

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=ca>

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=es>

**WARNING.** The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

**UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL PRIVADO**

**TESIS DOCTORAL**

**LA IDENTIDAD DE LA PERSONA Y EL DERECHO A CONOCER SUS PROPIOS  
ORÍGENES BIOLÓGICOS**

**GLÒRIA ORTEGA PUENTE**  
**DIRECCIÓN: DRA. JUDITH SOLÉ I RESINA**  
**DOCTORADO EN DERECHO**

**2022/2023**

“Y ahora me pregunto: «¿Quién soy yo?» (...) ¿Soy yo todos ellos, Soy uno solo y diferente de todos? No lo sé. Estamos sentados aquí juntos. Así, cuando me esfuerzo aquí, en esta mesa, por dar forma entre mis manos a la historia de mi vida para depositarla delante de vuestros ojos como una cosa completa, me veo obligado a recordar cosas perdidas en la lejanía, en las profundidades, sumergidas en estas innumerables existencias, con, vertidas en parte de ellas (...) sombras de gentes que uno hubiera podido ser; identidades que no nacieron jamás”

WOOLF, V. (1931) *Las Olas*, p.131.

“El descubrimiento de «quién» en contra distinción al «qué» es alguien -sus cualidades, dotes, talento y defectos que exhibe u oculta- está implícito en todo lo que ese alguien dice y hace. Sólo puede ocultarse en completo silencio y perfecta pasividad, pero su revelación casi nunca puede realizarse como fin voluntario, como si uno poseyera y dispusiese de este «quién» de la misma manera que puede hacerlo con sus cualidades. Por el contrario, es más que probable que el «quién», que se presenta tan claro e inconfundible a los demás, permanezca oculto para la propia persona, como el *daimón* de la religión griega que acompañaba a todo hombre a lo largo de su vida, siempre mirando desde atrás por encima del hombro del ser humano y por lo tanto sólo visible a los que éste encontraba de frente”

ARENDT, H. (1958) *La condición humana*, p. 203.

*A la Martina, l'univers  
és als seus ulls*

## **AGRADECIMIENTOS**

A través de estas líneas quisiera dar las gracias a todas las personas que me han apoyado en la realización de esta investigación.

Quisiera especialmente agradecer el apoyo y acompañamiento constante que me ha ofrecido desde el inicio mi directora de tesis, de la que tanto he aprendido y a la que tanto admiro. Es todo un modelo a seguir y contar con su confianza y ayuda ha sido todo un privilegio.

A mi familia, por tanto. Por estar siempre a mi lado. Sin ellos este aprendizaje no hubiera sido posible. A mis abuelas y abuelos, que siguen estando tan presentes.

A todas aquellas conexiones inexplicables que hacen de la vida lo que es.

**GRACIAS**

# SUMARIO

## ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN .....	12
--------------------	----

## CAPÍTULO I: LA IDENTIDAD DE LA PERSONA

1. LA IDENTIDAD DE LA PERSONA .....	14
1.1. EL SENTIDO DE LA IDENTIDAD .....	14
1.2. NOCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD. FUNDAMENTO .....	23
2. LAS DIMENSIONES DE LA IDENTIDAD .....	40
2.1. LAS MÚLTIPLES DIMENSIONES DE LA IDENTIDAD .....	40
2.2. ESTA ERA, LA ERA DIGITAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA IDENTIDAD EN EL ÁMBITO DIGITAL .....	45
2.2.1. <i>La denominada “identidad digital”</i> .....	60
2.2.2. <i>Identidad de la persona vs. identidad digital</i> .....	71
2.2.3. <i>Protección de otros derechos relacionados con la identidad digital</i> .....	78
2.2.4. <i>La tutela de la identidad digital</i> .....	84
3. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA .....	87
3.1. CARACTERES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA .....	87
3.2. OTROS DERECHOS ESTRECHAMENTE RELACIONADOS. DESLINDE .....	95
3.2.1. <i>Derecho al nombre, apellidos y pseudónimo</i> .....	97
3.2.2. <i>Derecho a la imagen</i> .....	99
3.2.3. <i>Derecho a la intimidad</i> .....	101
3.2.4. <i>Derecho al honor y reputación</i> .....	102
3.3. TUTELA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA COMO DERECHO AUTÓNOMO .....	106

## CAPÍTULO II: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA

<b>1. MARCO NORMATIVO</b> .....	110
1.1. MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL.....	114
1.1.1. <i>La identidad de los niños, niñas y adolescentes. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y las Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño (CRC). La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes</i> .....	115
1.1.2. <i>La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y las Observaciones generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD)</i> .....	131
1.1.3. <i>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). La identidad cultural</i> .....	134
1.1.4. <i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Comité de Derechos Humanos (CCPR). La identidad de las minorías y la identidad de género</i> .....	141
1.1.5. <i>Las Declaraciones de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). La identidad cultural. La identidad de la persona</i> .....	143
1.1.6. <i>Los principios de Yogyakarta. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. La identidad de género</i> .....	146
1.2. MARCO NORMATIVO COMUNITARIO .....	151
1.3. MARCO NORMATIVO ESTATAL.....	157
1.4. MARCO NORMATIVO AUTONÓMICO CATALÁN .....	163
<b>2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA EN LA JURISPRUDENCIA</b> .	167
2.1. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH).....	169
2.2. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE) .....	171
2.3. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (TC).....	172
2.4. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (TS)....	174

2.5.	DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (TSJCat).....	176
------	----------------------------------------------------------------------------------	-----

### **CAPÍTULO III: LA IDENTIDAD DE LA PERSONA Y EL CONOCIMIENTO DE SUS PROPIOS ORÍGENES. EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS**

<b>1.</b>	<b>RELACIÓN ENTRE LA IDENTIDAD DE LA PERSONA Y SUS ORÍGENES.....</b>	<b>177</b>
1.1.	ORÍGENES E IDENTIDAD .....	179
1.2.	EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES .....	188
1.3.	ORÍGENES Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO. ¿UN SISTEMA EN PUGNA CON LA CIENCIA? .....	195
1.4.	ORÍGENES Y SOCIEDAD ESPAÑOLA.....	202
<b>2.</b>	<b>MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS .....</b>	<b>219</b>
2.1.	MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL.....	220
2.1.1.	<i>El derecho de los niños, niñas y adolescentes a conocer sus orígenes. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) .....</i>	<i>220</i>
2.1.2.	<i>Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas .....</i>	<i>223</i>
2.1.3.	<i>Convenio número 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, hecho en Bruselas el 12 de septiembre de 1962.....</i>	<i>224</i>
2.1.4.	<i>Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.....</i>	<i>225</i>
2.1.5.	<i>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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.....</i>	<i>227</i>
2.1.6.	<i>Instrumentos internacionales del Consejo de Europa.....</i>	<i>227</i>
2.2.	MARCO NORMATIVO COMUNITARIO .....	233
2.3.	ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	234



## **CAPÍTULO IV: EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN**

<b>1. PLANTEAMIENTO DEL ANÁLISIS .....</b>	<b>241</b>
<b>2. ORÍGENES Y DETERMINACIÓN DE LOS PROGENITORES .....</b>	<b>243</b>
2.1. BREVE APUNTE A LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA FILIACIÓN..	243
2.2. <i>MATER SEMPER CERTA EST</i> .....	250
2.3. EL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA Y LAS PRESUNCIONES EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. ....	255
2.4. VOLUNTAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN .....	262
2.4.1. <i>Prevalencia de la voluntad en los mecanismos de determinación de la filiación</i> .....	262
2.4.2. <i>Voluntad vs. verdad biológica</i> .....	268
2.5. ACCESO A LA VERDAD BIOLÓGICA.....	271
<b>3. ORÍGENES Y DESCONOCIMIENTO O FALTA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN .....</b>	<b>282</b>
3.1. EL DESCONOCIMIENTO.....	282
3.1.1. <i>El desconocimiento de la madre y sus implicaciones en el derecho a conocer los orígenes</i> .....	283
3.1.2. <i>La prohibición del desconocimiento de la madre vs. desconocimiento del padre. ¿Discriminación por razón de género?</i> .....	289
3.1.3. <i>La no determinación de la filiación y la relación familiar de facto en la jurisprudencia del TEDH</i> .....	294
3.2. LA MATERNIDAD/PATERNIDAD Y EL CONOCIMIENTO DE LOS ORÍGENES.....	299

## **CAPÍTULO V: REALIDADES EN CONFLICTO CON EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS**

<b>1. PLANTEAMIENTO DEL ANÁLISIS .....</b>	<b>306</b>
<b>2. ORÍGENES Y RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA.....</b>	<b>308</b>

2.1.	TRATAMIENTO DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA. ¿ES COMPATIBLE CON EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA MENOR? .....	311
2.2.	EL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA. DE NUEVO, ¿DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO?.....	333
<b>3.</b>	<b>ORÍGENES Y ADOPCIÓN .....</b>	<b>334</b>
3.1.	LA PERSONA ADOPTADA Y EL ANCLAJE CON SU PASADO.....	334
3.2.	AL DETALLE: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ADOPCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES.....	345
3.2.1.	<i>Orígenes y adopción: marco normativo estatal y autonómico catalán.....</i>	<i>345</i>
3.2.2.	<i>Orígenes y adopción: los pronunciamientos del TEDH.....</i>	<i>371</i>
3.3.	ACCESO AL ORIGEN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD. TUTELA DEL CONOCIMIENTO.....	379
<b>4.</b>	<b>ORÍGENES Y PROCREACIÓN MEDIANTE EL RECURSO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA).....</b>	<b>382</b>
4.1.	LA FECUNDACIÓN ASISTIDA EN EL SISTEMA DE FILIACIÓN .....	382
4.2.	AL DETALLE: MARCO NORMATIVO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES.....	395
4.3.	DIFERENCIAS EN RELACIÓN CON LA ADOPCIÓN EN CUANTO AL TRATAMIENTO DEL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES.....	416
4.4.	LA ELIMINACIÓN DEL ANONIMATO COMO PREMISA PARA GARANTIZAR EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES.....	419
4.5.	LA AUTOINSEMINACIÓN O FECUNDACIÓN DOMÉSTICA.....	431
4.6.	OTROS ACUERDOS DE PROCREACIÓN.....	440
<b>5.</b>	<b>ORÍGENES Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....</b>	<b>443</b>
5.1.	GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y QUIEBRA ABSOLUTA DEL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA.....	443
5.2.	BREVE APUNTE A LA COSIFICACIÓN DE LA MUJER GESTANTE Y A LA VOLUNTAD PROCREACIONAL .....	447

5.3.	LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS NACIDOS POR ESTE MÉTODO: ¿DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES (BIOLÓGICOS)? .....	455
5.3.1.	<i>La desmembración de la maternidad, la pluralidad de intervinientes en la procreación y la omisión deliberada del derecho a conocer los propios orígenes .....</i>	457
5.3.2.	<i>El componente internacional de los contratos suscritos que se rigen por las leyes válidas en un ordenamiento interno, la falta de consenso y la inexistencia de Registros .....</i>	459
5.4.	AL DETALLE: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. LA VIDA PRIVADA Y LA IDENTIDAD DE LA PERSONA MENOR .....	464
5.4.1.	<i>Marco normativo relativo a la gestación por sustitución en España: la nulidad de pleno derecho.....</i>	464
5.4.2.	<i>Gestación por sustitución y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) .....</i>	470
5.4.3.	<i>Gestación por sustitución y Tribunal Supremo (TS) español .....</i>	490
5.5.	PERSPECTIVAS NORMATIVAS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, BIOÉTICA, Y DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES. EN BUSCA DE UNA FÓRMULA CONSENSUADA DE REGULACIÓN.....	505
5.5.1.	<i>Informe Final acerca de la viabilidad de los instrumentos de derecho internacional sobre la filiación legal de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: apuntes para la confección de un instrumento que regule la figura a nivel internacional .....</i>	507
5.5.2.	<i>Propuesta desde la International Social Service (ISS): Los Principios de Verona.....</i>	508

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>514</b>
--------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>523</b>
--------------------------	------------

<b>RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS .....</b>	<b>559</b>
---------------------------------------------	------------

## ABREVIATURAS

<b>Art/ art.</b>	Artículo
<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<b>DOGC</b>	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
<b>Et al.</b>	Y otros/as autores/as
<b>Ibidem</b>	En la misma referencia que la anterior
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LRC</b>	Ley del Registro Civil
<b>LTRHA</b>	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
<b>Núm. / núm.</b>	Número
<b>Op. cit.</b>	Obra citada
<b>pp.</b>	Páginas
<b>RRC</b>	Reglamento del Registro Civil
<b>SAP</b>	Sentencia de Audiencia Provincial
<b>ss.</b>	Siguientes
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STEDH</b>	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>STJUE</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo
<b>STSJ</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJCat</b>	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
<b>Vid.</b>	Véase
<b>Vol.</b>	Volumen
<b>Vs.</b>	Contra / en contra

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el estudio del concepto identidad y plantea si es posible configurar un derecho a la identidad de la persona en sentido amplio.

La noción de identidad de la persona se imbrica en la unicidad del ser humano como ser único y distinto de los demás y coadyuva con su dignidad y su personalidad. El quién somos y qué nos hace diferentes conecta fuertemente con nuestra distinta y auténtica configuración genética, con nuestros orígenes, siendo nuestro origen biológico el sustrato de nuestra identidad. De ahí que el derecho a conocer los propios orígenes se reconozca en múltiples instrumentos normativos nacionales e internacionales.

Sin lugar a duda, los sistemas de determinación de la filiación devienen esenciales para que la propia persona conozca sus orígenes biológicos. Por ello, en este trabajo se analiza este aspecto de nuestro derecho de filiación y se discute su coherencia con el derecho a conocer los propios orígenes biológicos, a la vez que se realizan propuestas de mejora para su urgente y necesaria reformulación.

Las múltiples cuestiones que se tratan en la presente investigación se formulan únicamente en el interés y desde la perspectiva de la identidad de la persona y el derecho a conocer los propios orígenes biológicos, dejando necesariamente al margen del estudio otros aspectos que no están directamente relacionados con el tema que nos ocupa.

En el primer capítulo se aborda la noción de identidad y de derecho a la identidad: se contempla la idea de identidad como concepto poliédrico y multidimensional; se hace hincapié en la proyección de la persona en la actual era digital; y se analiza cómo la doctrina ha tratado de configurar el derecho a la identidad de la persona y distinguirlo de otros derechos estrechamente conectados.

El segundo capítulo se dedica al tratamiento del derecho a la identidad a nivel supranacional, comunitario, estatal y catalán. También se efectúa un estudio de la jurisprudencia emanada de los distintos Tribunales en cada uno de estos ámbitos.

El tercer capítulo conecta la identidad con el origen biológico de la persona, que es su sustrato y lo que posibilita que la persona sea única y distinta, que tenga su propia y genuina identidad. Aquí se pone de relieve la especial idiosincrasia de la sociedad española en cuanto al conocimiento de los orígenes biológicos y se constata la confrontación entre la ciencia y el derecho en la materia en cuestión. En este capítulo

se efectúa, asimismo, un análisis normativo a nivel supranacional, comunitario e interno del derecho a conocer los propios orígenes.

El capítulo cuarto se dedica al análisis del sistema de determinación de la filiación en nuestro ordenamiento, con especial referencia a los supuestos en los que se desconoce esta filiación. Se evidencia que el derecho de filiación y el derecho de conocer los propios orígenes, aunque se hallen consustancialmente vinculados, operan en planos distintos. Se constata, asimismo, la confrontación entre la determinación legal de la filiación y la existencia de relaciones de maternidad y paternidad tal y como las venimos entendiendo.

Por último, en el capítulo quinto de la presente investigación se hace referencia a distintas realidades en las que el derecho a conocer los orígenes biológicos resulta vulnerado por el derecho de filiación. Son: el reconocimiento de complacencia; la adopción; el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en los casos de fecundación heteróloga; la gestación por sustitución y otros modos de procreación como la autoinseminación y los acuerdos de reproducción.

# CAPÍTULO I: LA IDENTIDAD DE LA PERSONA

**1. LA IDENTIDAD DE LA PERSONA.** 1.1. EL SENTIDO DE LA IDENTIDAD. 1.2. NOCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD. FUNDAMENTO. **2. LAS DIMENSIONES DE LA IDENTIDAD.** 2.1. LAS MÚLTIPLES DIMENSIONES DE LA IDENTIDAD. 2.2. ESTA ERA, LA ERA DIGITAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA IDENTIDAD EN EL ÁMBITO DIGITAL 2.2.1. *La denominada “identidad digital”.* 2.2.2. *Identidad de la persona vs. identidad digital* 2.2.3. *Protección de otros derechos relacionados con la identidad digital.* 2.2.4. *La tutela de la identidad digital.* **3. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA.** 3.1. CARACTERES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA. 3.2. OTROS DERECHOS ESTRECHAMENTE RELACIONADOS. DESLINDE. 3.2.1. *Derecho al nombre, apellidos y pseudónimo.* 3.2.2. *Derecho a la imagen.* 3.2.3. *Derecho a la intimidad.* 3.2.4. *Derecho al honor y reputación.* 3.3. TUTELA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA COMO DERECHO AUTÓNOMO.

## 1. LA IDENTIDAD DE LA PERSONA

### 1.1 EL SENTIDO DE LA IDENTIDAD

La identidad es definida por la *Real Academia Española* como “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás” y como “conciencia que una persona o colectividad tiene de ser ella misma y distinta a las demás”, acogiéndose también, otra acepción, “hecho de ser alguien o algo el mismo que se supone o se busca”.<sup>1</sup>

Para la psiquiatría, la identidad es “el resultado de la integración psíquica del conjunto de percepciones externas e internas que permiten reconocerse como yo único y reconocer a los demás como distintos a uno mismo”<sup>2</sup>. Para la *Asociación Americana de*

---

<sup>1</sup> Vid. Real Academia Española (RAE). Consultable en <https://dle.rae.es/identidad> (última consulta 01/02/2022).

<sup>2</sup> Definición extraída de la base de datos Aranzadi Instituciones. Vid. <https://insignis-aranzadidigital-es.eu1.proxy.openathens.net> (última consulta 12/01/2022).

*Psiquiatría* el término identidad alude a la “experiencia de uno mismo como único, con los límites claros entre el individuo y los demás, estabilidad de la autoestima y exactitud de la autoevaluación, la capacidad y habilidad para regular una gama de las experiencias emocionales”<sup>3</sup>. Profesionales de la psiquiatría que se ocupan de su estudio y de las patologías que afectan a la misma, tales como LÓPEZ-SANTÍN alertan de la dificultad que entraña el tratar de definirla. Para este autor, si bien el concepto es empleado en psiquiatría, son difusos sus referentes, “es una ficción construida narrativamente sobre la dialéctica entre lo que se es y se quiere ser”<sup>4</sup>, la identidad se va construyendo por la persona a cada acción, decisión y valoración que ejecuta y presenta, siendo la conciencia<sup>5</sup> y la personalidad las bases sobre las que puede construirse. En este sentido, para GÓMEZ BENGOCHEA la “conciencia de ser uno mismo y el mismo a través del tiempo”<sup>6</sup> constituye un aspecto esencial de la identidad, que es posible dada la estructura narrativa<sup>7</sup> continua que integra las vivencias de la persona y les dota sentido sobre su vida.

---

<sup>3</sup> Vid. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2015). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*. (5th. Ed.). Washington, DC.

<sup>4</sup> Vid. LÓPEZ SANTÍN, J.M. (2021) “La identidad en psiquiatría: aspectos conceptuales”. *Sociedad Iberoamericana de Información Científica*. Consultable en: <http://dx.doi.org/10.21840/siic/149458> (última consulta 5/03/2022).

<sup>5</sup> En este sentido, en cuanto a la conciencia, es necesario referirnos a la fenomenología de HUSSERL. El autor efectuó la siguiente afirmación: “las cosas son cuando se dan a una conciencia”. Vid. HUSSERL, E. (1950) *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. Springer-Science+ Business media.

La RAE acoge una acepción parecida de este término al definir la conciencia como “acto psíquico por el que un sujeto se percibe a sí mismo en el mundo” y como “capacidad del ser humano de reconocer la realidad circundante y de relacionarse con ella”. Consultable en: <https://dle.rae.es/> (última consulta 20/05/2022).

<sup>6</sup> Vid. GÓMEZ BENGOCHEA, M. (2007), *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Dykinson, p.30. La autora apunta a que, desde un punto de vista psicológico los autores han tratado de abordar aspectos de la identidad cómo “el concepto de uno mismo”, “el conocimiento del propio lugar en el entorno social”, “la conciencia de ser uno mismo y el mismo a través del tiempo”, “el sentimiento de uno mismo como ser valioso”, y “el sentimiento de ser capaz de dirigirse a uno mismo”. La autora conecta el derecho a la identidad con el derecho a la identidad biológica, tal y como se referirá en capítulos posteriores de la presente investigación.

<sup>7</sup> FREEMAN, M. (1996) “The new birth right? Identity and the child of the reproductive revolution”. *International Journal of Children’s Rights*, v.3, pp. 273-297. Para el autor, la base de la identidad narrativa es la identidad numérica -concebir que existimos aquí y ahora-, siendo la



ARCIERO, G.<sup>8</sup> afirma que la identidad se forma momento a momento, que en el proceso de la misma coexiste la permanencia de la persona en sí misma -mismidad-, la constancia de sí misma ante la multiplicidad de situaciones que vive, relacionados por el relato de sí misma -narrativa<sup>9</sup>- como elemento que conecta las anteriores. Añade que esta identidad se halla íntimamente y necesariamente ligada a los otros, los no yo. En este sentido, afirma que “nuestro existir es desde siempre co-originario con este ser hacia el mundo y hacia el rostro del otro que nos mira (...)”<sup>10</sup>.

Ya en este sentido, desde la psicología, ERIKSON postulaba que la identidad es buscada por el individuo durante toda su vida, y se halla ligada tanto al desarrollo propio del sujeto como al de la comunidad en la que habita y con la que interacciona y se le reconoce; siendo las manifestaciones de esta comunidad las que coadyuvan de forma indisoluble a la formación de la propia identidad del sujeto<sup>11</sup>. El autor hizo hincapié en la formación de la identidad y en las crisis que aborda el sujeto en relación con la misma, sobre todo en la etapa final de la infancia, la de la adolescencia, periodo en el que, según el autor, el individuo se ve abocado de forma urgente a la toma de decisiones que, aunque ya “delineadas”, le afectaran para siempre. Es en esta etapa, según el autor, cuando “el joven adulto adquiere un sólido sentido de su continuidad interna y de su identidad social que unirá lo que él fue de niño, y lo que él está por llegar a ser, y reconciliará su concepto de sí mismo y el reconocimiento que la comunidad hace de él”<sup>12</sup>. Para el autor, la adolescencia, empero, no sólo supone una crisis de identidad, ni el fin de la formación de la misma, y ello por cuanto, la identidad se vendrá

---

narrativa la que conecta a la persona con su pasado y permite que se proyecte en el futuro, “identity to be what we know and what we feel. It is an organizing framework for holding together our past and our present and it provides some anticipated shape to future life”.

<sup>8</sup> Vid. ARCIERO, G. (2003) *Estudios y diálogos sobre la identidad personal. Reflexiones sobre la experiencia humana*. Amorrortu editores, Buenos Aires. pp. 35-67.

<sup>9</sup> Ya en los postulados de GADAMER, aparece esta idea de narrativa, dialéctica y lenguaje. En este sentido, según GADAMER el pensamiento sólo es cuando se representa en el lenguaje, o, dicho de otro modo, el mundo y el pensamiento no son sin el lenguaje. Vid, entre otras, GADAMER, H.G (1994) *Hombre y lenguaje. Verdad y Método II*. Salamanca.

<sup>10</sup> Op. cit. ARCIERO, G. (2003) *Estudios y diálogos...*, p. 67.

<sup>11</sup> ERIKSON, E. (1956) “El problema de la identidad del yo”. *Journal of the American Psychoanalytic Association*. vol. IV, pp. 56-121. También en este sentido conviene referir, entre otras obras. ERIKSON, E. (1963) *Infancia y sociedad*. W W Norton & Company, New York.; o ERIKSON. E (1994) *Identidad: juventud y crisis*. W W Norton & Company, New York.

<sup>12</sup> Op. cit. ERIKSON, E. (1956) “El problema de la identidad...”, p. 68.

desarrollando durante toda la vida del sujeto, durante fases sucesivas, desde la infancia, puesto que “sus raíces se encuentran en el primer autoreconocimiento: existe, en el más temprano intercambio de sonrisas del niño, un algo de autorrealización, unido a un mutuo reconocimiento”, hasta el fin de su vida, siempre ligadas, eso sí, a las experiencias que vive en la sociedad en la que se integra y en la búsqueda por parte del individuo de la “adecuación psicosocial”<sup>13</sup>. Siguiendo con la psicología, desde una perspectiva antiesencialista y deconstructiva, se afirma incluso que no puede predicarse la existencia de un ser con una propia identidad, cuestionándose incluso que la conciencia sea propia del sujeto en sí mismo considerado<sup>14</sup>.

En el ámbito de la sociología, FROMM afirmaba que el único significado de la vida del ser humano era el acto mismo de vivir y que el ser podía llegar a esa determinación cuando fuera capaz de actuar espontáneamente<sup>15</sup> centrado en el momento presente, y sostenía que cada individuo es único, pues, los seres humanos, aunque iguales, nacen distintos, y la distinción estriba en la biología unida a las circunstancias en las que le toca vivir<sup>16</sup>. Este autor afirmaba que “esta base individual de

---

<sup>13</sup> Ibidem, pp. 56-121.

<sup>14</sup> En este sentido, Vid. DERRIDA, J. (1967) *De la grammatologie*. Collection Critique, Les Editions de Minuit, París. El autor postula que la conciencia del individuo quizá no es propia, sino que podría ser mediada y, por ende, el sujeto no es cognoscente.

Sobre las distintas corrientes de pensamiento en la disciplina de la psicología en relación con la identidad personal, resulta muy interesante la lectura de REVILLA, J.C. (2003) “Los anclajes de la identidad persona”. *Athenea digital*, nº4. Consultable en: <https://webs.ucm.es/centros/cont/descargas/documento23589.pdf> (última consulta 10/07/2022). El autor destaca como elementos que anclan la identidad de una persona, esto es, que impiden que se diluya su identidad, al cuerpo, al nombre propio, a la autoconciencia y la memoria, así como a las demandas de interacción con otros sujetos. Para este autor, la identidad personal no debe ser abordada desde un punto de vista existencialista, sino que debe ser entendida en un contexto de interacción social, habida cuenta de que “la identidad se construye necesariamente desde los otros, en y para las demandas que presentan las diferentes interacciones en las que estamos inmersos. Por eso, la identidad personal está sujeta a transformaciones, matizaciones, etc., que no cuestionan el autoreconocimiento del sujeto, en la medida en que este pueda establecer su derecho a mantener tal tipo de identidad en función de las concepciones sociales (...)”, p. 10.

<sup>15</sup> FROMM, E. (1988) *El miedo a la libertad*. 9ª edición, Paidós, Buenos Aires. “La libertad espontánea es libre actividad del yo e implica, desde el punto de vista psicológico, el significado literal inherente a la palabra *sponte*: el ejercicio de la propia y libre voluntad (...)”, p. 296.

<sup>16</sup> Ibidem, FROMM, E. (1988) “La libertad positiva, como realización del yo, implica la afirmación plena del carácter único del individuo. Todos los hombres nacen iguales, pero también nacen distintos. La base de esa peculiaridad individual se halla en la constitución hereditaria, fisiológica

la personalidad es tan distinta en cada persona como lo es su constitución física; no hay dos organismos idénticos. La expansión genuina del yo se realiza siempre sobre esta base individual; es un crecimiento orgánico, el desplegarse de un núcleo que pertenece peculiarmente a una determinada persona y solamente a ella”<sup>17</sup>. Para el autor el respeto por el carácter único de la personalidad del propio yo y el de los demás y el afán por perfeccionar esta personalidad, era fundamental para el desarrollo de la sociedad<sup>18</sup>. Ahora bien, FROMM alertaba de que la identidad se ve seriamente comprometida y se diluye en la figura del “seudoyó”, que define como un “agente que, en realidad, representa la función que se espera deba cumplir la persona, pero que se comporta como si fuera el verdadero yo. Es cierto que un mismo individuo puede representar diversos papeles y hallarse convencido subjetivamente de que él es él en cada uno de ellos. Pero en todos estos papeles no es más que lo que el individuo cree se espera (por parte de los otros) que él deba ser (...)”<sup>19</sup> y que provoca que su identidad quede relegada y que incluso el propio sujeto tenga dudas acerca de la misma y que ello pueda provocarle la frustración de la vida<sup>20</sup>.

Siguiendo en el plano sociológico, para GOFFMAN la identidad personal, se conforma por la “marca positiva” o “soporte de identidad”, -su imagen, su filiación, entre otras-, y la “combinación única de los ítems de la historia vital” que se adhiere al individuo por medio de esos soportes, y que, ambos combinados, denotan la unicidad de la persona<sup>21</sup>. Ya GOFFMAN alertaba también de que poco o nada tiene que ver la identidad de la persona con la identidad que esta muestra en sociedad, más si se halla “estigmatizada” por presentar algún atributo que no se ajusta al estándar de la sociedad

---

y mental con la que el hombre entra en la vida, así como en la especial constelación de circunstancias y experiencias que le toca luego enfrentar (...)”, pp. 301.

Nótese ya en este punto la especial trascendencia que arroja el autor a la base genética, su origen, como sustento de la identidad de la persona.

<sup>17</sup> Ibidem, FROMM, E. (1988), p. 301.

<sup>18</sup> Ibidem, FROMM, E. (1988) “Este respeto por el carácter único de la de la personalidad, unido al afán de perfeccionarla, constituye el logro más valioso de la cultura humana y representa justamente lo que hoy se halla en peligro (...)”, p. 302.

<sup>19</sup> Ibidem, FROMM, E. (1988), p. 239.

<sup>20</sup> Ibidem, FROMM, E. (1988), p. 291.

<sup>21</sup> GOFFMAN, E. (1963) *Estigma. Identidad deteriorada*. Amorrortu editores, Buenos Aires. pp. 72-75.

en la que se trata de integrar y que el sujeto tratará de ocultar<sup>22</sup>. También desde la sociología, para BERGER y LUCKMAN “las identidades son productos de la acción recíproca del organismo, la conciencia individual y la estructura social”<sup>23</sup>.

Para BAUMAN, en esta “modernidad líquida”<sup>24</sup> en la que vivimos, la identidad se halla tremendamente constreñida por la seguridad que produce el ser aceptado por los demás, lo que supone para el sujeto una lucha continua entre libertad y seguridad. Para el autor, no es posible en este contexto mantener siempre una misma identidad, no pudiendo predicarse la existencia de una identidad auténtica o verdadera, pues para el autor una misma persona cuenta con distintas identidades y las mismas se van amoldando en esta sociedad consumista, siendo incluso imposible querer arrogarse por parte de la persona una única identidad, aunque sea de forma temporal.

Relacionado con la anterior concepción, como jurista, ALPA también alude a que, si bien concebimos como necesaria la protección de la identidad, no es fácil responder a qué identidad nos estamos refiriendo, máxime en nuestros tiempos, pues “cada persona usa sus propias máscaras<sup>25</sup>, su imagen se parece a la que regresa de un espejo roto. Bajo la máscara no hay individuo que sea siempre igual a sí mismo, reducible a un *unicum* irrepitable”<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Ibidem, GOFFMAN, E. (1963) *Estigma...*, p. 72.

<sup>23</sup> BERGER, P.L. / LUCKMAN, T (1969) *La realtà come costruzione sociale*. Il Mulino, p.235.

<sup>24</sup> Vid. BAUMAN, Z. (2005) *Identidad*. Lozada, Buenos Aires. p, 218. El autor acuñó el término de modernidad o sociedad líquida para hacer alusión a la sociedad actual, en la que los vínculos entre los seres humanos se hallan profundamente debilitados en una sociedad consumista y volátil. Líquido. Porque en contraposición a los sólidos, que conservan su forma y persisten en el tiempo; los líquidos fluyen y constantemente se transforman. Vid. BAUMAN, Z. (2000) *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica. BAUMAN, al igual que PIZZORNO, alertaba de que en sociología había sido a finales del siglo pasado cuando había aparecido el concepto de identidad, imponiéndose de forma creciente.

Vid. PIZZORNO, A. (1989) “Algún otro tipo de alteridad: Una crítica a las teorías de la elección racional”. *Sistema*, 88, pp. 27- 42.

<sup>25</sup> Recuerda el autor a la obra de ZATTI, P. (2009) *Maschere del diritto volti della vita*. Giuffrè.

<sup>26</sup> ALPA, G. (2021) *Il diritto di essere se stessi*. La navi di Teseo. En esta obra titulada “El derecho a ser uno mismo” el autor afirma en su Preámbulo que: “Sembra facile riconoscere il diverso. Ma questa illusione è duplice: il diverso cambia, come cambiano le persone considerate *normali*. Ogni persona porta le sue maschere, la sua immagine somiglia a quella restituita da uno specchio frantumato. Sotto la maschera non c’è un individuo sempre eguale a se stesso, riducibile ad un *unicum* irripetibile. E tuttavia il diritto ha bisogno di certezze, tende a semplificare una realtà che è multiforme e in perpetua evoluzione. I segni svaporano, le

Desde la antropología, REMOTTI alertaba sobre el mal uso del concepto identidad desde su perspectiva antropológica y abogaba por “deshacerse” de este concepto<sup>27</sup>. El autor invoca el uso del término “otredad” en contraposición a la identidad, a la que trata de definir, aludiendo al pensamiento de Hume, como una ficción de la memoria y la imaginación, “fundada en premisas falsas”<sup>28</sup> para podernos dar una necesaria sensación de certeza y estabilidad, cuando la persona es un ser social en construcción y no encierra una única unidad sustancial, así “soy único e irreplicable no como individuo, sino como dividuo, como conjunto de relaciones sociales”<sup>29</sup>.

---

classificazioni si moltiplicano, le regole non tengono il passo con le trasformazioni della tecnica. Si avverte il bisogno di identità, ma di quale identità? (...)”, p.8.

<sup>27</sup> REMOTTI, F. (1996) *Contro l'identità*, Laterza. También puede consultarse la transcripción del Seminario en el que participó REMOTTI F. (2010) “L'ossessione identitaria” in *Rivista Italiana di Gruppoanalisi*, XXV, 2011, 1, pp. 9-29, en el que puede leerse “Stiamo meglio tutti, sotto il profilo personale e sotto il profilo politico, se ci liberiamo del mito dell'identità, che come una cappa rende cupa la nostra esistenza” (...) “E' possibile parlare di una identità nel senso di un nucleo permanente?”. El autor plantea, invocando a los postulados de HUME, que si preguntamos a los demás si somos la misma persona que hace un año, coincidiremos en que somos el mismo nombre y apellidos, pero que no somos los mismos atendiendo a las transformaciones continuas que vive el ser humano por el mero transcurso del tiempo y las vivencias personales del día a día. Así, “Se osserviamo la realtà, qualunque tipo di realtà (fisica, sociale, psicologica), noi vediamo una continua trasformazione. Se considero me stesso nel momento in cui vi sto parlando, in cui svolgo un determinato ruolo, una certa funzione, posso dire di essere davvero l'identico individuo che circa un anno fa venne qui a parlarvi (...)? Cosa mi direte? Alcuni diranno: come no? è sempre lui, Francesco Remotti. Ma ci sono dei però. Cosa vuol dire: è sempre lui, Francesco Remotti? Che contenuto ha un'affermazione di questo genere? Molte cose sono cambiate in Francesco Remotti. Intanto – lo noterete – è ulteriormente invecchiato: vi è stata perciò un'ulteriore evidente alterazione nel suo aspetto. E chissà quanti altri cambiamenti sono avvenuti sotto altri aspetti. In che senso possiamo dire che comunque è sempre lo stesso Francesco Remotti? È possibile parlare di una identità nel senso di un nucleo permanente? Alcuni potrebbero dire che sì, ci sono stati tanti cambiamenti in questo soggetto che porta il nome Francesco Remotti e che però, sotto a questo livello dei cambiamenti, c'è un nucleo sostanziale, che tiene e che garantisce la sua identità personale. (...)”.

<sup>28</sup> Para REMOTTI, F. (2010) “L'ossessione...”, op. cit. quizá el origen del error estriba en la concepción aristotélica de sustancia, entendiendo al hombre como ser sustancia y a ésta inalterable. Para el autor, en la deconstrucción de los argumentos de la identidad, sobre todo la colectiva, se alcanza a comprobar el error en sí mismo considerado al formular el concepto identidad.

<sup>29</sup> Ibidem. El autor afirma: “Ciascuno di noi è un “dividuo”, ma rappresenta nello stesso tempo una situazione unica. Io sono unico e irripetibile non come individuo, ma come dividuo, come insieme di relazioni sociali. In questo modo, l'irripetibilità non solo non va affatto perduta, ma anzi viene esaltata”.

Ya en este punto es preciso advertir la complejidad de tratar de definir la identidad. Distintas disciplinas se han ocupado de su estudio desde antaño<sup>50</sup> de forma

---

<sup>50</sup> Su sentido ha sido una preocupación siempre constante a lo largo de la historia, siendo una cuestión inicialmente abordada por la filosofía. Desde el principio filosófico metafísico de identidad [A = A] en correlación con el principio de no contradicción, en base al que A no sólo es igual a A, sino que es diferente de lo que no sea [A (A ≠ no A)], numerosos filósofos han abordado el concepto de identidad. Así, Aristóteles, Descartes, Leibniz, Locke, Kant, Hume, Heidegger, Husserl, entre innumerables autores.

Aristóteles concebía al ser como sustancia cuya identidad viene dada por su esencia (Vid. *Metafísica* que data de 384-382 a.c.). ARISTÓTELES (2014), *Metafísica*. Traducido por Tomás Calvo Martínez, Gredos.

Descartes se preguntaba que “Y habiendo notado que en la proposición «yo pienso, luego soy» no hay nada que me asegure que digo verdad, sino que veo muy claramente que para pensar es preciso ser, juzgué que podía admitir esta regla general: que las cosas que concebimos muy clara y distintamente son todas verdaderas, y que sólo hay alguna dificultad en notar cuáles son las que concebimos distintamente”. Vid. DESCARTES, R. (2010) *Discurso del método*. Traducido por Manuel García Morente, Austral.

LEIBNIZ se planteó cómo justificar la identidad de una persona como ser idéntico en tanto que sustancia individual en el espacio-tiempo. Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, M. et al. (2012) “El fundamento lógico-metafísico de la identidad personal en la filosofía de Leibniz en torno a 1686. Análisis, influencia y revisiones”. *Thémata, Revista de Filosofía*, nº46, p. 241.

Para LOCKE, la identidad personal, del sujeto racional, el concebirme como yo distinto a los demás no dependerá ya de la sustancia, sino que depende de la conciencia y de la memoria experiencial. Así; “(...) cuando vemos, oímos, olemos, gustamos, sentimos, meditamos o deseamos algo, sabemos que actuamos así. Así sucede siempre con nuestras sensaciones o percepciones actuales, y es precisamente por eso por lo que cada uno es para sí mismo lo que él llama él mismo (...). Pues como el estar provisto de conciencia siempre va acompañado de pensamiento, y eso es lo que hace que cada uno sea lo que él llama sí mismo, y de ese modo se distingue de todas las demás cosas pensantes, en eso consiste únicamente la identidad personal”. Vid. LOCKE, J. (1980) *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Editora Nacional, cap. 27, Madrid. pp 492.

KANT concibió al “yo” desde distintas teorías; en la denominada “Crítica de la razón pura” aduce que: “La conciencia de sí mismo (apercepción) es la simple representación del yo (...) Si la facultad de ser consciente ha de aprehender lo que está en el espíritu, tiene entonces que afectarle y sólo de ese modo puede producir una intuición de sí misma, cuya forma empero, anteriormente en el espíritu, determina en la representación del tiempo el modo cómo lo múltiple está reunido en el espíritu; y entonces, éste se construye a sí mismo, no como él representaría, siendo inmediatamente activo por sí mismo, sino según el modo cómo es afectado por dentro; consiguientemente no como es, sino como se aparece a sí mismo.(...). Vid. KANT, E. (2003) *Crítica de la razón pura*. Editorial Losada, Buenos Aires. pp. 117.

Para HUME la identidad personal no existe. Para Hume el “yo” es una invención, un conjunto de percepciones unidas por la memoria y la imaginación. “Algunos filósofos se figuran que lo que llamamos nuestro yo es algo de lo que en todo momento somos íntimamente conscientes (...). Desgraciadamente, todas esas afirmaciones son contrarias a la experiencia (...) puedo aventurarme a afirmar que todos los demás seres humanos no son sino un haz o colección de percepciones diferentes, que se suceden entre sí con rapidez inconcebible y están en un perpetuo flujo y movimiento. Nuestros ojos no pueden girar en sus órbitas sin hacer que sus percepciones varíen. Y nuestro pensamiento es aún más variable que nuestra vista. Todos los demás sentidos y facultades contribuyen a este cambio: no existe un solo poder del alma que permanezca

profusa y su definición y elementos conformadores difieren entre las distintas disciplinas y entre los diferentes autores que las profesan. La identidad, en suma, el qué soy yo, ha sido una constante estudiada<sup>31</sup> por la filosofía, la sociología, la psiquiatría, la

---

inalterable, siquiera por un momento. La mente es una especie de teatro en el que distintas percepciones se presentan en forma sucesiva; pasan, vuelven a pasar, se desvanecen y mezclan en una variedad infinita de posturas y situaciones. No existe en ella con propiedad ni simplicidad en un tiempo, ni identidad a lo largo de momentos diferentes, sea cual sea la inclinación natural que nos lleve a imaginar esa simplicidad e identidad”. Vid. HUME, D. (1992) *Tratado de la naturaleza humana*. Tecnos, 1992, pp.353-370.

Para REID, T. “Mi identidad personal (...) implica la existencia continua de esa cosa indivisible que llamo mí mismo. Sea lo que sea este yo, es algo que piensa, delibera, resuelve, actúa y sufre. Yo no soy pensamiento, yo no soy acción, yo no soy sentimiento; soy algo que piensa, actúa y sufre.”, vid. REID, T. (1878) *Essays on the Intellectual Powers of Man*, Essay III- Of Memory, 10<sup>a</sup> ed., J H Butler & Co. ed., Philadelphia, p. 243.

NIETZSCHE en su última obra se preguntaba acerca de “¿Quién soy yo?”, “Cómo se llega a ser lo que se es?”. Vid. NIETZSCHE, F. (2004) *Ecce Homo. How One Becomes What One Is*. Algora Publishing.

HEIDEGGER trataba de dar respuesta al concepto identidad desde una perspectiva distinta y como constelación de estructuras distintas del “Dasein”. Puede consultarse al respecto BUTIERREZ, L.F. (2020) *Heidegger y la identidad personal*. Prometeo Editorial, Buenos Aires.

Para ARENDT “actuando y hablando, los hombres muestran lo que son, revelan activamente la unicidad de su identidad personal, y de esta forma hacen su aparición en el mundo humano”, siendo la acción y el discurso lo que vehicula la revelación del propio ser. Vid. al respecto, TERENZI, P. (2012) “Identidad y auto-representación social en Hannah Arendt”. *Revista Tábano* n°8.

HUSSERL conforma la idea de identidad a partir de los sentimientos, que distingue entre “sensaciones afectivas” y “actos afectivos”, y construye distintos planos de identidad personal que confluyen en el sujeto. Para ahondar en la cuestión puede consultarse un interesante artículo de CRESPO, M. (2016) “Fenomenología, sentimientos e identidad. La contribución de la fenomenología husserliana de los sentimientos a la cuestión de la identidad personal”. *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 33, núm. 2 (2016). pp. 605-617.

ZAMBRANO, que abarcó el estudio de la identidad desde la narrativa, afirmó que “Nuestra vida corre dispersa y confusa, por los anhelos y por el tiempo. Llegar a ser, sólo es posible logrando la unidad”. Los seres nunca llegan a ser del todo, requiere confesión como autoreflexión para con los demás. El alma para Zambrano es el centro de identidad del ser humano. Vid. ZAMBRANO, M. (1995) *La Confesión*. Biblioteca de ensayo Siruela, p.62.

Para PARFIT, D. la identidad no es lo que importa y discute la continuidad en el tiempo y plantea la idea de “yoes sucesivos”. Vid. PARFIT, D. (2004) *Razones y personas*. ed. de 1984 traducida, Mínimo Tránsito – A. Machado Libros, pp.371-600.

Para un breve análisis entre algunas de las distintas corrientes filosóficas acerca de la identidad personal puede consultarse BALLESTEROS, J. (2001) “Identidad personal y técnicas de reproducción asistida”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 2, pp. 137-150.

<sup>31</sup> Tal y como señala PINO, G. (2010) “L’identità personale” en S. RODOTA, S. y ZATTI, P. (eds.), *Trattato di biodiritto I. Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milán, pp. 297-321; “Alla locuzione « identità personale » possono essere attribuiti vari significati, che ruotano tutti attorno ad un unico denominatore: l’identità personale è la formula che riassume ciò che rende una persona ciò che essa è. È facile capire come una definizione di questo tipo apra più problemi di quanti ne

psicología, la biología y abordada también por la literatura<sup>32</sup>, a lo largo de sus tiempos. En esta investigación, por razones obvias de extensión y por no ser objeto de la misma, no podía más que acoger una modesta mención al sentido de la identidad.

## 1.2. NOCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD. FUNDAMENTO

En este punto se recopilan las concepciones del derecho a la identidad acogidas por algunos de los juristas que se han dedicado al estudio del mismo<sup>33</sup>. De la recopilación

---

risolva: l'individuazione di cosa renda una persona (o più in generale un'entità) « se stessa », e la stessa persona (o la stessa entità) nel corso del tempo, è un problema tra i più controversi nella storia della riflessione filosofica 1, cui si aggiungono l'antropologia, la sociologia, e la filosofia politica: si tratta di capire come la costruzione dell'identità personale sia formata o quantomeno influenzata dalla tradizione, dalla cultura, dalla società, e in genere dai valori della comunità di riferimento. E tutto questo, ovviamente, ha anche delicate ripercussioni sulla riflessione giuridica e politica (...)", p. 297.

<sup>32</sup> Piénsese, entre otras, en la novela de PIRANDELLO, L. (1927) *Uno, nessuno e cento milla*, Benporad ed.; en la que el autor trata sobre la soledad del propio ser humano que no es ante los demás el mismo, sino todas las personalidades que le arrojan los demás. Es ninguno, porque no le queda más posibilidad que verse como los demás le ven, es decir, en sus cien mil diversas personalidades. A este autor refería también FALZEA, A. (1985) "Il diritto all'identità personale: motivi di perplessità" en *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*. Milano-Dot.A.Giuffrè Editore, fruto del Congreso de Messina de 1982 p.89. O, por ejemplo, entre muchos otros autores, también el filósofo FERRUCCI, P. (1997) en su obra *Nuestros maestros los niños*, Emecé, reflexionaba sobre la identidad con las siguientes palabras: "¿Quién soy yo? Soy un psicólogo, soy un marido, soy un padre. Es mi identidad convencional. Es una especie de abreviatura escenográfica que yo, como todos, adopto en la vida diaria para salvarme del caos. Nada más práctico que los roles: no puedo contar cada vez la historia de mi vida. (...) Y nada más tranquilizador: si tengo un rol soy alguien. Todos los engranajes de nuestra vida ordinaria giran precisamente gracias a esas ruedecillas. Pero existe un problema. Nos aficionamos tanto a los roles, que terminamos por considerarlos nuestra verdadera identidad y la de los otros. Y aunque incompleto y postizo, acaba por imponerse. Nos convertimos en la fachada, mientras que el alma imprevisible, misteriosa y creativa, se pierde.", pp.65-66. Desde la dramaturgia, también Titzina Teatro en su obra *Búho* (2022) refieren a la identidad de la persona poniendo el acento en que cada persona a lo largo del tiempo es y se proyecta en distintas "versiones" de sí misma, alimentada y conformada por las múltiples circunstancias que le afectan y destacando en un papel principal el papel de la memoria, con su oscuridad y eliminación selectiva de recuerdos en la concepción de la percepción por los demás, y, en consecuencia, de uno en sí mismo considerado.

<sup>33</sup> A este respecto, señalo algunas obras que remiten a su estudio: ESTRADA ALONSO, E. (1988) "El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo". *Cuadernos Civitas.*; CARAPELLE, R. (1986) "Diffamazione a partito político e diritto di querella". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*; ZAGNONI BONILINI, P. (1987) "Sull'onore delle "collettività, Responsabilità



de las numerosas y muy diversas concepciones se extrae que no existe una noción única ni pacífica entre la doctrina examinada, lo que no hace más que constatar la dificultad existente a la hora de tratar de concebir un derecho a la identidad. Gran parte de la dificultad estriba en la base conceptual y en la dificultad para definir la identidad en sí misma considerada, tal y como ya se ha puesto de relieve en el anterior apartado y que cohonesta con las teorías que a continuación se abordan.

DE CUPIS dedicó gran parte de su estudio al análisis de los derechos de la personalidad, entre ellos, el derecho a la identidad personal<sup>34</sup>. La primera monografía que publicó lleva por título “El derecho a la identidad personal. Primera Parte: el derecho a un nombre”<sup>35</sup>. En esta obra el autor plasma, por primera vez, su concepción de derecho a la identidad, desligada del derecho a un nombre. En este sentido el autor afirmaba “Entre los diversos derechos de la personalidad, merece especial atención el derecho a la identidad personal. De hecho, no solo tiene más manifestaciones; pero los principales entre ellos -el derecho a un nombre y el derecho a un título- son figuras que presentan, en varios aspectos, un interés muy relevante para el jurista”<sup>36</sup>, a lo que añadía más adelante, “El sujeto, como unidad de vida social y jurídica, necesita afirmar su propia individualidad distinguiéndose de los demás sujetos y resultando ser quien realmente es. El bien que satisface esta necesidad es el bien de la identidad, que consiste precisamente en distinguirse en las relaciones sociales de las demás personas, resultando por lo que uno realmente es. Es difícil determinar si este bien procede, o más bien sigue, en la jerarquía de los modos morales de ser de la persona, los bienes del honor y la confidencialidad; en todo caso, no hay duda de que tiene una gran importancia, porque el hombre concede un gran valor a afirmarse no sólo como persona, sino como persona determinada, evitando la confusión con los demás”<sup>37</sup>.

---

civile e previdenza” en BOCCHINI, F. / QUADRI, E. (2014) *Diritto privato*. Quinta edizione, Giappichelli; entre otras.

<sup>34</sup> DE CUPIS, A. se concibe como uno de primeros autores que estudió este derecho, formulándolo, tratando de desligarlo de otros derechos de la personalidad y dotándolo de relevancia jurídica. Sus consideraciones, publicadas en primer lugar en una monografía con título *El derecho a la identidad personal. Primera parte: el derecho a un nombre*, 1949, y; posteriormente en otras obras, fueron plasmadas por la jurisprudencia italiana años después.

<sup>35</sup> Vid. DE CUPIS, A. (1949). *El derecho a la identidad personal. Primera Parte: el derecho a un nombre*. Giuffrè editore, Milan.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p.11.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p.13.

El autor, concebía la identidad personal como “ser uno mismo (...) constituyendo la misma verdad de la persona”<sup>38</sup>. Para DE CUPIS, es en la proyección personal del ser en sociedad, cuando el sujeto busca afirmar su individualidad, distinguirse de los demás, ser quien es realmente, cuando el ordenamiento debe proteger su esencia, su verdad, de identidad personal; pues es en esta proyección social cuando su identidad personal puede resultar lesionada. Para el autor, es en esta proyección social de la identidad, cuando su verdad debe ser protegida de ofensas producidas por posibles “tergiversaciones”<sup>39</sup>. Así, para DE CUPIS la identidad personal equivale a ser uno mismo, al ser “verdad” que, precisamente por ser verdad, no puede ser eliminado. El ser uno mismo es también el ser en sociedad, siendo “precisamente esta proyección social de la identidad la que, siendo susceptible de ofensa externa”<sup>40</sup> al ser proyectada, debe ser tutelada como bien jurídico por el ordenamiento.

Para el autor el erigirse como un ser puro, distinto a todos los demás, es una cualidad personal, más propiamente, una cualidad moral del ser humano que se proyecta en sociedad afirmando su propia individualidad. Así, “la persona aspira a ser, en el ámbito social, lo que realmente es, con sus propias cualidades y sus acciones; este interés, dirigido a una proyección social de la propia identidad personal, que corresponde a la realidad del mismo yo, puede llamarse precisamente interés en la identidad personal, y su protección jurídica implica la obligación de respetar la verdad personal.”

También es muy destacable la contribución de FERNÁNDEZ SESSAREGO, que se dedicó de forma profusa a su estudio en diversas obras<sup>41</sup>. El autor, basándose en la

---

<sup>38</sup> DE CUPIS, A. analiza la noción de la identidad personal y la necesaria tutela jurídica que debe desplegarse para protegerla. Pueden destacarse del mismo autor diversas obras como DE CUPIS, A. (1961) *Trattato di diritto Civile e commerciale, I diritti della personalità*, Vol. II. Milano-Dott.A.Giuffrè editore. O también, DE CUPIS, A. (1952) “La verità nel diritto”. *Foro italiano, Vol IV*. Recoge DE CUPIS en esta última que: “L’identità personale, vale a dire l’essere sè medesimo, coi propri caratteri e le proprie azioni, costituendo la stessa verità della persona, non può, in sè e per sè, essere disfruta: chè la verità, proprio per essere la verità, non può essere eliminata”, p.3.

<sup>39</sup> *Travissamenti*, esto es, para DE CUPIS, A. (1961) tergiversaciones de la personalidad individual intrínseca a cada sujeto específico, a su esencia personal. Serían tergiversaciones las representaciones de la persona que no se “adhieren” a su verdad personal - y, por ende, suponen un “sacrificio de la libertad personal”- causadas por omisión de elementos, como acciones o caracteres, o por la introducción de elementos irreales. Un tipo específico de tergiversación sería, según el autor, las que provocan la confusión de una persona con otra. p.3.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Como culminación a su estudio, -aunque, con posterioridad, continuó con el mismo y fueron publicadas otras obras-, resulta imprescindible la lectura de FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992).

filosofía iuspositivista y partiendo de la concepción del ser y la libertad desde la perspectiva del existencialismo, tal y como habían configurado y preconizado diversos autores<sup>42</sup>, formuló en su obra su concepción del derecho a la identidad personal, situando la vida humana como elemento primario del derecho, pues este “responde a una necesidad existencial como es la de reglar la intersubjetividad<sup>43</sup> según valores”<sup>44</sup>. Conforme a su postulado, la persona en sí misma considerada es un ser único e irrepetible desde el momento en que es concebido, al presentar una configuración genética totalmente auténtica, o como él refiere, “original”. Esta persona, que, a su vez

---

*El derecho a la identidad personal*. Astrea. También resulta necesario destacar sus artículos: FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1997) “Daño a la identidad personal”. *THEMIS Revista De Derecho*, (36), pp.245-272.

Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11743> (última consulta 14/02/2022). Vid. También, FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1996) “Daño al proyecto de vida”. *Derecho PUCP*, (50), pp.47-97.

<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.003> (última consulta 15/02/2022), y FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2001). “¿Qué es ser «persona» para el Derecho?”. *Derecho PUCP*, (54), pp.289-333. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200101.011> (última consulta 15/02/2022).

<sup>42</sup> La filosofía existencialista es el punto de partida de FERNÁNDEZ SESSAREGO y desde la que se plantea la concepción de la identidad para después trasladarla a la esfera del derecho. Invoca a autores como MARCEL, SARTRE, HEIDEGGER, MOUNIER o JASPERS que, desde sus distintos postulados, proyectan su preocupación por el hombre dotado de libertad para hacer juicios valorativos y tener preferencias que lo esculpen como tal. Según MARCEL el acto libre “contribuye a hacerme lo que soy, a esculpirme, mientras que, en cambio, el acto contingente o insignificante, el acto que podría cumplir cualquiera, no contribuye en nada a esta especie de creación que realizo de mí mismo” Vid. MARCEL, G. (1971) *El misterio del ser*. Edhasa, p. 298. Por su parte, MOUNIER postulaba que “mil fotografías combinadas no conforman un hombre que camina, que piensa y que quiere”. Vid. MOUNIER, E. (1972) *Manifiesto al servicio del personalismo*. Taurus ediciones, p.26.

SARTRE en sus obras creó la concepción de “el-ser-en-sí” entendiendo como tal el hombre en sí mismo en su perspectiva interna y aludiendo a la “facticidad”, esto es, a su cuerpo físico, que coadyuva con el “ser-para-el-otro”, este es, el mismo ser desde la “mirada” de los demás, como límite, imposición, e incluso agresión, que se contraponen a la libertad, alejándole de su posibilidad de ser “él mismo” y deformando su identidad. Vid. SARTRE, J.P. (1943) *El ser y la nada*. Librairie Gallimard.

También cabe referir la noción de “ente” desde la concepción de HEIDEGGER, M. (1927) *Sein und Zeit*. SMC Press; o cómo nos preguntamos acerca del ser que conocemos, del hombre como ente. El ente es para este autor “todo aquello de que hablamos, que mentamos, relativamente a lo que nos conducimos de tal o de cual manera” y, a su vez, “aquello que somos nosotros mismos y la manera de serlo”, p.6.

<sup>43</sup> Concepto sobre el que MARCEL, G. (1971) *El misterio...*, op. cit. predicaba que el hombre se preocupa del ser mismo “en la medida en que tomo consciencia, más o menos indistinta de la unidad subyacente que me une a otros seres cuya realidad presiento”. p.214.

<sup>44</sup> Op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992) *El derecho...*, p. 12.

es igual, en el plano formal, a todas las demás<sup>45</sup>, valiéndose de su libertad, puede “elaborar su propio proyecto existencial, su programa de vida, de acuerdo con valores, bajo el dictado de su personal vocación. Porque soy libre, soy idéntico a mí mismo”<sup>46</sup>. La idea de la libertad<sup>47</sup> como sustento o base de la concepción de la identidad personal impregna toda la obra del autor. Añadía el autor que la realización del proyecto existencial, que es “único, intransferible, no intercambiable”, de cada ser humano es lo que define su determinada personalidad y es esta libertad y la posibilidad de creación lo que le dota de una “especial dignidad”.

Así, según FERNÁNDEZ SESSAREGO “desde la concepción, el ser humano tiene una determinada identidad, innata<sup>48</sup>, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte. Todos los momentos de la vida del ser humano son así etapas sucesivas de expansión y crecimiento de una única realidad (...). A la identidad estática, que se hace patente desde el momento inicial de la vida se sumarán luego (*añado: dinámicamente*), en el transcurso del discurrir vital, otros elementos complementarios de la misma”<sup>49</sup>.

Para el autor, la existencia del ser humano creador -autocreador de su personalidad-; la libertad -con la que está dotado y que le otorga la posibilidad de realizar juicios estimativos o valorativos y que es el fundamento de la identidad en tanto

---

<sup>45</sup> Ibidem. Afirma el autor que: “la peculiar estructura del ser humano hace posible que éste, sin dejar de ser idéntico a sí mismo, sea también, simultánea y esencialmente, un ser coexistencial. Es decir, un ser que sólo puede ser aprehendido y comprendido dentro de la sociedad”. p.13.

<sup>46</sup> Ibidem, p.13.

<sup>47</sup> Ibidem. Aunque reconoce que la libertad se halla condicionada en la sociedad, por lo que no es absoluta, alude a que es en los momentos más cruciales del hombre, cuando se enfrenta a situaciones de “angustia” -término que acuña de HEIDEGGER-, en los que “el ser humano debe adoptar decisiones de suma importancia, de las que generalmente depende el rumbo de toda la existencia”, cuando en estos precisos momentos el ser humano conquista su ser libertad, pues “la libertad, a pesar de todo, está ahí, instalada en el centro de su mismo ser.” p.246.

<sup>48</sup> El autor en su obra fundamenta el concepto de identidad en la idea de libertad, pero también, tal y como se infiere de sus postulados, en esta “identidad” que denomina “innata” y que sitúa como elemento estático de la misma y a la que alude como “vida”. Parece que en esta descansa la mismidad del ser humano y este vector, junto a la libertad permiten que cada sujeto sea único. Lo que nos conectará con posteriores capítulos de esta investigación.

<sup>49</sup> Se aprecia en su razonamiento la premisa de BOECIO que data del Siglo VI, en cuanto a que el ser humano es una sustancia indivisa, una conjunción de cuerpo y psique.

en cuanto es la que permite el “despliegue de la personalidad en el tiempo”<sup>50</sup>-; la integración en la comunidad; así como su temporalidad<sup>51</sup>; conforman los elementos esenciales para concebir la identidad del ser humano<sup>52</sup>.

La identidad, junto a la vida y a la libertad, de la que goza como ser ontológicamente libre, son concebidos por el autor como la que denomina “trilogía de intereses”<sup>53</sup> que deben ser protegidos de forma privilegiada por el Derecho. Para el autor “la identidad supone ser uno mismo y no otro, pese a la integración social. Esta raigal y profunda faceta de la existencia, que es la mismidad<sup>54</sup> del ser, se erige en un primordial interés personal que requiere de protección jurídica, al lado y de la misma manera que

---

<sup>50</sup> Vid. op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1997) “Daño a la identidad...”, p. 248.

<sup>51</sup> Vid. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992) *El derecho ...*: “La temporalidad es una estructura esencial de la existencia. Si concebimos al ser humano como temporalidad, verificaremos que sólo es dable aprehenderlo como un tránsito, como un ser fluido, en continuo movimiento, a partir de ciertos elementos estáticos, invariables. Lo estático y lo dinámico se combinan, se complementan, para determinar, en cada instante del discurrir existencial, la identidad personal.”, p.10.

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> En cuanto a la denominada por FERNÁNDEZ SESSAREGO “trilogía de intereses” refiriéndose a la vida, la libertad y la identidad, para este autor “Vivir es desplegar la libertad en el tiempo, para crear proyectando, de acuerdo a instancias valorativas. (...) La realización de cada hombre, no obstante ser igual a los demás, lo hace sólo idéntico a sí mismo. Ello no podría ocurrir si el ser humano no fuera capaz de vivir la vida de la libertad. La libertad, que es pura decisión, permite que la vida de cada uno, su propia biografía, sea única, singular, intransferible. Esta posibilidad, que fluye del propio existir, hace posible que el ser humano, que cada ser humano, sólo sea idéntico a sí mismo. De ahí que vida, libertad e identidad constituyan las tres más importantes características de la existencia humana. La vida es la vida de la libertad que, por ser tal, hace que cada ser humano sea sólo idéntico a sí mismo. Vida, libertad e identidad conforman la trilogía básica para la comprensión de la extraordinaria y compleja naturaleza del ser humano.” Op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1997) “Daño a la identidad personal...”, p.247.

<sup>54</sup> Evoca a los postulados de RICOEUR, P. (1990) en lo relativo al concepto de la ipseidad. Para este autor la mismidad -ser una misma persona, esa persona, *idem*-, debía concebirse como unida a que quién somos depende de cómo gestiono qué soy -*ipse*-, cohonestándolo con los aspectos que el sujeto no podrá modificar y que serán así independientemente de las elecciones y el autoconcepto del sujeto -alteridad-, p.15. Vid. RICOEUR, P. (1990) *Soi-même comtne un autre*. Éditions du seuil, París. Resulta interesante también la lectura de INDELLICATO, M. (2020) “Paul Ricoeur: l’alterità nel cuore della persona” en PAGANO, R. / SCHIEDI, A. (Coords.) *Identità, Pluralità, Diversità. Il riconoscimento, ovvero l’essere per l’altro*. Quaderni del Dipartimento Jonic, EDJSGE, pp. 136-146. RICOEUR alude a la “identidad narrativa” del sujeto evocando a la afirmación de ARENDT, H. (1958) *La condición humana*. The University of Chicago, “sólo podemos saber quién es o era alguien conociendo la historia de la que es su héroe, su biografía, en otras palabras”.

acontece con otros esenciales intereses personales, tales como la libertad o la vida.”<sup>55</sup> Así, la identidad personal es para el autor “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad (...) todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Este plexo de características de la personalidad de cada cual se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su mismidad, en lo que ella es en cuanto específico ser humano”<sup>56</sup>. A lo que se le aúna que este ser que es en sí mismo y no otro, en su mismidad, se despliega en el tiempo, puesto que, tal y como refiere a continuación el autor, “se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos, pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro. La identidad es fluida, como el ser mismo. No es algo acabado y finito, sino que ella se crea en el transcurrir del tiempo, con el tiempo. Por ello, no es estática sino cambiante. Se enriquece y se empobrece, se modifica.”<sup>57</sup>

Esta concepción de la identidad de la persona sigue acogándose en nuestro derecho y ha venido siendo objeto de estudio por numerosa doctrina, que revela la necesidad de proteger la identidad de la persona más allá de los aspectos que la hacen públicamente identificable, más allá del nombre y de la imagen, y de otros medios de identificación, como “la voz, las huellas dactilares, la firma digital, los datos informáticos, los códigos asignados por las administraciones”<sup>58</sup> habida cuenta de que la identidad personal no sólo se construye ni se agota con estos elementos.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992) *El derecho...*, p. 14.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>58</sup> Vid. RAFFIOTTA, E.C. (2010) “Appunti in materia di diritto all’identità personale”. *Forum di Quaderni costituzionali*, pp. 1-18. También, en este sentido, RODOTÀ, S. (2007) “L’identità nell’orizzonte del diritto privato – Quattro paradigmi per l’identità”. *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 4/2007; GETE-ALONSO, M.C. (2017) “Expresiones jurídicas del ejercicio de la identidad personal y de la autodeterminación”. *Joaçaba*, v. 1º, pp. 661-678,

<https://doi.org/10.18593/ejil.13162> ;

Vid. también, BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho a la identidad y la identidad digital”. *Anuario Derecho Civil (ADC)*, tomo LXXV, fasc. III (julio-septiembre), pp. 923-986.

Consultable en:

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2022-30092300986](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2022-30092300986) (última consulta 18/01/2023).

<sup>59</sup> También en este sentido, SALVADOR GUTIÉRREZ, S. (1999) “Derecho a la identidad”. *Actualidad civil*, nº4, p. 1472.

GETE-ALONSO constata que la persona, como ser social, desde el nacimiento se integra en un contexto geográfico, histórico, cultural y social. Las personas que le rodean también le influyen y le condicionan, afectando fuertemente a la conformación de su propia identidad, así “la meta de la persona, mientras está en la fase de desarrollo completo persigue alcanzar su identidad individual, hallarse a sí misma, física y psíquicamente; una individualidad que la diferencia de los demás y la hace peculiar, propia. A esa identidad se llega a través de la percepción, comprobación y reconocimiento de lo que es y alcanza el corpus (lo físico) y al animus (la *psique*) y también a la función, el rol que asume en el grupo social (...)”<sup>60</sup>. Para la autora, la identidad no emana de forma exclusiva de la autocreación del propio yo -creación asentada para los autores anteriormente referidos en la libertad de la persona-, sino que, para la autora, esta creación para la autodeterminación del propio sujeto se halla fuertemente condicionada o, más bien, depende, en gran parte, de las influencias que reciba -en menor o en mayor grado- del contexto en el que vive y que prácticamente no puede eludir. Así lo reafirma al indicar que “el ser social persona (...) no es neutro o puro, es decir sólo lo que quiere y prevé la individualidad desligado por completo del entorno y de cualquier injerencia; el ser social persona está previsto y determinado por los modelos, y las funciones o roles que la sociedad en la que se inserta como persona ha delimitado como «normales» o propios de quienes componen el grupo (...)”<sup>61</sup>. Tal y como refiere la autora, la identidad de la persona “es la representación que ella misma se hace de sí, que responde a lo que siente en su fuero íntimo y es lo que da sentido a su mundo interior”<sup>62</sup> como poder de autodeterminación, y, a su vez, también la subjetividad del ser que se proyecta en el exterior, como ser social que es<sup>63</sup>.

VILA-CORO BARRACHINA afirmaba que el derecho a la identidad personal se desdobra en “derecho a la propia herencia genética y derecho al hábitat natural que

---

<sup>60</sup> GETE ALONSO, M.C. (2017) “Identidad e identificación de la persona” en TORRES GARCÍA, T.F (dir.), INFANTE RUIZ, F.J. y otras (coord.) (2017) *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*. Tirant lo Blanch. pp. 83-144.

<sup>61</sup> Ibidem. Nótese que un aspecto trascendental para la conformación de la propia identidad es, para la autora, la pertenencia a un determinado entorno. Esta precisión nos conecta también con el origen en sí mismo considerado de la persona y la esencialidad connatural a su propio yo, cuestión que será abordada más adelante.

<sup>62</sup> Vid. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación de la filiación. *Stato Quo*” en GETE-ALONSO, M.C. (2021) / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*. Tirant Lo Blanch, p. 49.

<sup>63</sup> Ibidem.

como ser humano le es propio”<sup>64</sup>. Así, la persona tiene derecho a su identidad personal, esto es, al respeto a su esencia como ser humano, a su genoma; y, a su vez, a su hábitat, que es el que descodifica su mensaje genético. Ambas perspectivas confluyen y generan la identidad de la persona, que debe ser respetada y protegida por el derecho.

Para PIÑAR MAÑAS, de un lado, existe una vertiente de la identidad ligada a la identificación de la persona, que conforma su “identidad formal u oficial”, en la que confluyen aspectos como el nombre y los apellidos, el sexo, el lugar y la fecha de nacimiento, el domicilio; en palabras del autor contar con esta identidad “es presupuesto para la propia dignidad de la persona, para ser titular de derechos y obligaciones, para tener una existencia en el mundo del Derecho y por tanto en el de los derechos”<sup>65</sup>. Y, a su vez, de otro lado, pero conectada indisolublemente con aquella otra vertiente, existe “una identidad que se define en función de los elementos que cada uno quiere que se resalten o le definan”<sup>66</sup>.

En este punto se hace necesario advertir la dificultad que entraña la hipotética protección del yo verdadero proyectado en el mundo exterior, en la sociedad y su tratamiento por el derecho, unido indisolublemente a aquél como ser humano<sup>67</sup>. Esta necesaria protección del sujeto parte de la premisa de que el verdadero yo real es el que el sujeto proyecta. Ahora bien, esta premisa no siempre se cumple y se advierte muy complejo discernir cuándo el sujeto está realmente proyectando su verdadero yo, a lo que se le aúna que su naturaleza es cambiante, y quizá, además, distinta, dependiendo

---

<sup>64</sup> Vid. VILA-CORO BARRACHINA, M. D. (1995) “El derecho a la identidad personal”. *Cuadernos de Bioética*, V.6, pp. 407-414.

Consultable en: <https://previas.haddock.es/bioeticaweb/el-derecho-a-la-identidad-personal-dra-vilai-coro/> (última consulta 2/05/2022). En palabras de la autora: “El derecho a la identidad personal se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al hábitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del hábitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Este transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético.”

<sup>65</sup> Vid. PIÑAR MAÑAS, J.L. (2018) “Identidad y persona en la sociedad digital” en DE LA QUADRASALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO / PIÑAR MAÑAS (Dirs.) *Sociedad Digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, pp. 95-111.

<sup>66</sup> *Ibidem*. p.97.

<sup>67</sup> Vid. op. cit. BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”. Recoge el autor que “el vínculo necesariamente imbricado que existe entre el hombre y el Derecho (“Ubi societas ibi Ius”) (...) termina uniendo a uno y otro en una sola realidad”, p. 925.



del contexto en el que se relaciona. En este sentido, si retomamos los postulados de BAUMAN, entre muchos otros autores, no es posible mantener siempre una misma identidad, no pudiendo predicarse la existencia de una identidad auténtica o verdadera, pues para el autor, tal y como ya se ha referido, una misma persona cuenta con distintas identidades y las mismas se van amoldando en esta sociedad consumista, siendo incluso imposible querer arrogarte una única identidad, aunque sea de forma temporal<sup>68</sup>. A lo que cabe añadir, que estas distintas identidades se manifiestan de un modo acuciante en esta era digital<sup>69</sup>.

Volviendo a la hipotética proyección del yo real, TOMMASINI<sup>70</sup> ya advertía que el sujeto no puede pretender que el derecho proteja una identidad “artificial o irreal” construida por el sujeto, sino que la identidad merecedora de una protección jurídica es sólo la “proyección externa de la personalidad siempre que ella refleje la verdad de los valores y acciones que son propios del sujeto”. También FERNÁNDEZ SESSAREGO, en este sentido, afirmaba que el sujeto tiene el “deber” de “ser auténtico en las manifestaciones externas de su personalidad”, siendo sólo esta “verdad personal” la que es susceptible de tutela jurídica. Insistía el autor en que “el derecho a la identidad personal significa (...) el respeto que merece la verdad biográfica de toda persona. Es decir, todo aquello que configura el que cualquier ser humano sea el que es y no otro”, esto es, su “verdad personal”<sup>71</sup>, a lo que atisba una dificultad: la libertad misma implica que la persona sea impredecible y ello hace que esta verdad personal mute, y esta deberá ser valorada por el juez basándose en “datos objetivos”<sup>72</sup>.

También DE CUPIS había reflexionado sobre si era posible obligar al sujeto a “contribuir a su proyección social, no alterando su propia verdad (...)”, como obligación aparejada al derecho a la identidad y que implicaría imponerle a la persona la obligación de “aparecer a los demás como igual a él” y concluyó que, aparte de los deberes contractuales en materia patrimonial o de las obligaciones de identificarse relacionadas con el orden público, no puede existir tal prohibición en derecho, puesto que, aunque pueda ser moralmente reprobable, su hipotética prohibición “implicaría una prohibición

---

<sup>68</sup> Op. cit. BAUMAN, Z. (2005) *Identidad*. p. 188.

<sup>69</sup> Al respecto, Vid. especial mención a la identidad en la era digital en el § 2.2 de este capítulo.

<sup>70</sup> Vid. TOMMASINI, R. (1981) *Il diritto all'identità personale. L'identità dei soggetti tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della persona*. Cedam. p. 89.

<sup>71</sup> Vid. op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1997) “Daño a la identidad...”, p. 250.

<sup>72</sup> Vid. op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992) *El derecho...*, p. 246.

general de mentir sobre uno mismo, deformando la propia personalidad individual”<sup>73</sup>, por lo que, el derecho a que los demás respeten la identidad personal del propio sujeto “no va acompañada de una obligación (...) de respeto a la propia identidad en favor de los demás”<sup>74</sup>.

A toda esta dificultad, se le añade, asimismo, que la percepción de nuestra proyección del yo -verdadero o no y, además, cambiante-, como manifestación espiritual de la persona, es interpretada por los demás desde su propia perspectiva subjetiva. Esta identidad proyectada del yo existencial, y que puede erigirse como un más allá en la protección de los derechos de la persona, no es de fácil aprehensión. En este sentido, el autor, FERNÁNDEZ SESSAREGO ya afirmaba que “ello no sólo porque toca un asunto muy ligado a la profundidad propia del a menudo irrefrenable yo personal, sino también por la ambigüedad que le es consustancial en tanto que, con frecuencia, han de confrontarse por los jueces dos versiones sobre la identidad personal no necesariamente coincidentes. Nos referimos, de una parte, a la patencia que cada cual tiene de su verdad personal, de lo que constituye su auténtica manera de ser, de su identidad, en suma y, de la otra, la visión que se forman los demás de dicha personalidad en su proyección social”<sup>75</sup>. La preocupación y dificultad, pues, estriba en que no siempre la conciencia del propio sujeto acerca de su identidad personal se identifica con la conciencia de la identidad personal del mismo que tienen los demás, siendo sumamente complicado apreciar cuál es la verdad personal.<sup>76</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO insistía sobre esta cuestión y esgrimía que “el interés que se tutela como identidad personal no es aquél de matiz subjetivo que la persona tiene de sí misma”, pues es necesario

---

<sup>73</sup> Vid. op. cit. DE CUPIS, A. (1961), *Trattato di diritto...* p. 17.

<sup>74</sup> Ibidem.

<sup>75</sup> Hace clara alusión el autor a op. cit. SARTRE (1943) *El ser...*, y su concepción de la “mirada” y el “ser-para-el-otro”. Pero, “si el ser es en sí, ello significa que no remite a sí, como lo hace la conciencia (de) sí, el ser mismo es ese sí. Lo es hasta tal punto, que la reflexión perpetua que constituye al sí se funde en una identidad. Por eso el ser está, en el fondo, más allá del sí, y nuestra primera fórmula no puede ser sino una aproximación debida a las necesidades del lenguaje”, p.16. “En torno a ese hombre a quien no conozco y que está leyendo en el metro, el mundo entero está presente. Y no es sólo su cuerpo -como objeto en el mundo- aquello que lo define en su ser: es también su tarjeta de identidad, la dirección de la estación del metro en la que ha subido, el anillo que lleva en el dedo. No a título de signos de lo que él es -esta noción de signo nos remitiría, en efecto, a una subjetividad que no puedo ni siquiera concebir y en la cual, precisamente, él no es, propiamente hablando, nada, puesto que él es lo que no es y no es lo que es-, sino a título de características reales de su ser”, p.185.

<sup>76</sup> Término acogido por FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992) *El derecho...*,p. 41; y al que hacía alusión ya DE CUPIS, A. en su obra.

discernir entre la concepción que cada persona tiene de sí misma y los “elementos objetivos” de los que se infiere la misma, cuando el sujeto proyecta en sociedad, a través de comportamientos y manifestaciones externas de su personalidad<sup>77</sup>.

Para GIARDINA la identidad se halla ligada a la idea de transformación de sujeto, no puede concebirse solamente ya como un medio de identificación, sino que se le anexan “valores evocadores de la condición humana”, propios de la “realidad compleja” del ser humano ante los que la realidad jurídica debe adaptarse, concibiendo a la identidad como “la custodia de la subjetividad”, debiendo reconocer y partir el ordenamiento de la premisa de la multiplicidad de identidades que concurren en el ser humano<sup>78</sup>.

Alcanzado este punto, podemos hacer mención al término conciencia desde una perspectiva jurídica. En este sentido, para LLAMAZARES FERNÁNDEZ la conciencia viene precedida de la consciencia<sup>79</sup>, pues solo podemos entender lo que está bien o lo que está mal -conciencia- si existe consciencia, esta es, para el autor, la percepción “tanto de la propia identidad como de la propia historia: de lo que se es, de lo que se puede ser y de lo que se debe ser”<sup>80</sup>. Para el autor son la consciencia sobre la identidad personal y el ideal de persona que adopte la sociedad de ese momento histórico en el

---

<sup>77</sup> Vid. op. cit FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992) *El derecho...*, p. 40.

<sup>78</sup> Vid. GIARDINA, F. (2012) “Delle persone fisiche” en BARBA A. / PAGLIANTINI, S. (Coords.) *Commentario del Codice Civile*. Utet, p.22.

<sup>79</sup> Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2011) *Derecho de la libertad de conciencia*. Vol.I, 4ª edición, Thomson Reuters, pp. 15-17. Para el autor, la consciencia “es la capacidad o facultad para percibir la propia identidad personal como radical libertad, en lo que cada uno es similar y distinto de «lo otro» y de «los otros» (vivencia de lo común y de lo singular), de sus posibilidades y de sus límites, sintiéndose sujeto único al que han de referirse todos los cambios, transformaciones y acciones, dando así unidad a la propia historia (de lo que hace, de lo que le hacen y de lo que le acontece).” p.15.

Para ahondar más en la cuestión, en cuanto a la distinción entre los términos *conciencia* y *consciencia*, desde una perspectiva científica, puede consultarse la obra de CAMPILLO ÁLVAREZ, J. E. (2021) *La consciencia humana*. Editorial Arpa, Barcelona. Para el autor, el término adecuado para referirnos a las cuestiones aducidas es el de consciencia, a la que concibe como “un dispositivo extraordinario que nos convierte en un ser vivo excepcional. Nos permite saber que existimos, que tenemos un pasado y un futuro y que hemos de morir, Nos faculta para pensar, sentir, intuir y desplazarnos con nuestra imaginación a lo largo y ancho del tiempo y el espacio”; y por esta entiende “una propiedad subjetiva del cerebro que aún no podemos explicar mediante la fisiología ni se ajusta a las leyes conocidas de la naturaleza” p.21. Sorprende que la ciencia conozca tan poco acerca de la consciencia humana.

<sup>80</sup> Ibidem. p. 16.

que vive el sujeto, los elementos que construyen la conciencia. Esta conciencia y las conductas externas de la persona son la base de su dignidad personal; siendo la conciencia y la libertad los pilares de la dignidad humana, para la consecución de un ideal, “la máxima realización del libre desarrollo de la personalidad singular”<sup>81</sup>. En su obra LLAMAZARES FERNANDEZ se basa en la identidad personal del sujeto para configurar su derecho a la libertad de conciencia.

GETE-ALONSO afirma que la búsqueda de la identidad por parte de cada persona es una constante en la vida de la misma, desde que nace hasta que muere; en palabras de la autora, la persona se preocupa por “llegar a determinar y asumir todo aquello que constituye su propia esencia, su individualidad única e irrepetible y que contribuye a formar la consciencia de sí” y, además, la persona se preocupa por “lograr el reconocimiento de los demás como miembro del grupo social, es decir como individuo integrado en éste por sí y sin reproche alguno porque su ser único coincide con los valores que aquél admite y practica”. La autora concibe que “la identidad se engarza en la condición humana de la persona y designa el conjunto de los rasgos propios e inherentes de cada ser, que caracterizan e individualizan frente a los demás, marcan y revelan la diferencia. También, en otro aspecto, indica aquello a través de lo que la sociedad identifica a la persona. El término se refiere a la conciencia (la percepción y el sentimiento) que cada persona tiene de ella misma como distinta de las demás a la vez que perteneciente al grupo cultural correspondiente. Los rasgos de identidad se componen de las cualidades, las características físicas (morfológicas) y psíquicas, los sentimientos y afectos, los modos de comportarse en la vida peculiares de cada individuo (que constituyen lo propio) pero también su significación en la conformación e integración social, en tanto que la persona como ser social, de relación, se inserta en un grupo, en un contexto cultural de un momento histórico determinado y su significación y valoración de los demás en la conformación e integración social”<sup>82</sup> y todo ello lo conecta con la autodeterminación de la persona.

Volviendo al derecho a la identidad personal, no han faltado autores que se han mostrado críticos o reacios a contemplar el derecho a la identidad personal, declarando sus reservas. En este sentido, podemos referir a FALZEA que se manifestó “perplejo”

---

<sup>81</sup> Ibidem. p. 16.

<sup>82</sup> Vid, op. cit. GETE ALONSO, M.C. (2017) “Identidad e identificación de la persona” en TORRES GARCÍA, T.F (dir.), INFANTE RUIZ, F.J. y otras (coord.) (2017). *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*. Tirant lo Blanch. pp. 83-144. También, vid. GETE-ALONSO, M.C. (2018) “La inscripción de nacimiento en la ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad”. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1, pp. 34-43.

ante la concepción de tal derecho. Para FALZEA “nunca habrá dos sujetos que ven a la persona de la misma manera, de modo que la unidad de la persona en la imagen que otros forman nunca tendrá los mismos caracteres (...)”, a lo que añadía que, aún en el caso en el que se pudiera “perfilar una imagen social de la persona con cierto grado de finitud objetiva” habría una imagen (entendida como proyección) social de la persona siempre distinta, dependiendo del contexto social en el que interactuara la persona, coexistiendo en el sujeto diversas identidades<sup>85</sup>.

Además, a todo lo anterior, se le añade otra cuestión. Lo que proyecta una persona de sí misma, partiendo de la base que sea real y que le atañe en este momento de su desarrollo, de su temporalidad -pues es cambiante-, quizá para el propio sujeto no define (o sí) su identidad, esto es, su yo real o verdadero -si es que se puede predicar una única verdad-, pues no lo concibe (o sí) como algo reseñable para que deba ser tenido en consideración por los demás. O quizá, es más, el otro sujeto, no lo concibe así cuando para la persona que proyecta sí lo es. Aún más allá, conectado con la temporalidad de la identidad, quizá en un momento para la persona esos atributos que proyectó eran conformadores de su propio yo real pero ahora ya no lo son, o del mismo modo, antes no lo eran y ahora sí adquieren esa significatividad por parte de la persona y por ello las cree en este momento merecedoras de protección. En definitiva, lo que me define ahora quizá en un momento distinto de mi propia existencia y evolución ya no, y lo que yo proyecto en el otro sujeto ajeno a mí, quizá -o muy probablemente-, no sea del todo coincidente con lo que él percibe que yo quiero proyectar, pues esta subjetividad en la percepción va intrínsecamente ligada a la propia identidad del otro ser humano, ser

---

<sup>85</sup> Vid. op. cit. FALZEA A. (1985) “Il diritto all’identità personale: motivi di perplessità” en *La lesione dell’identità personale e il danno non patrimoniale*. Milano-Dot.A.Giuffrè Editore, fruto del Congreso de Messina de 1982 en el que tuvieron un papel muy significativo y revelador las discusiones doctrinales acerca del derecho a la identidad, pp. 87-90. El jurista se mostraba preocupado por la formulación del derecho a la identidad como derecho de la personalidad autónomo, dada la imprecisión conceptual de base. Así, “(...) l’immagine di una persona è il modo con cui essa è vista dagli altri. Ma non vi saranno mai due soggetti che vedono la persona allo stesso modo, sicché l’unità della persona nella immagine che gli altri si formano non avrà mai i medesimi caratteri e si dissolve nel nulla, restando come reale soltanto la moltitudine incomponibile delle immagini che si formano in ciascuno dei consociati. E se anche fosse possibile, procedendo con forti processi astrattivi, delineare una immagine sociale della persona con un qualche grado di oggettività finitezza, sarebbe poi la molteplicità dei contesti sociali a fare arrestare nella molteplicità ogni itinerario sociale di unificazione. La identità della persona resterebbe sempre diversa a seconda che si guardi l’individuo nel contesto sociale della famiglia, dell’ambiente di lavoro, del raggruppamento politico, (...) L’astrazione dissolvitrice e il caleidoscopio sociale delle immagini sociali sono le barriere insormontabili di ogni identità personale. La identità personale nella società e nel diritto, può essere soltanto formale (nome, immagine, fisionomia, tratti segnaletici) e non anche, come qui si vorrebbe, sostanziale. (...)” p. 89.

que, como yo, también es único y auténtico y que tiene su propia manera de entender el mundo que le rodea.

Algunos autores han apuntado a la incertidumbre e inseguridad que puede provocar la proliferación de este derecho, asentado en un concepto sumamente indeterminado y complejo, como lo es la identidad, que nunca ha sido una cuestión pacífica para las demás disciplinas<sup>84</sup>. Otros autores, como PIÑAR MAÑAS, han apuntado que el creciente interés que suscita este derecho a la identidad se explica con la digitalización de los procesos y los cambios en la visión de entender el mundo de los sujetos en esta era digital<sup>85</sup> y la necesidad de proteger sus datos. Para PIÑAR MAÑAS, la creciente preocupación por el derecho a la identidad de la persona va ligada al incesante desarrollo de las nuevas tecnologías en la era digital. Para el autor la era digital puede comprometer a la persona como sujeto de la identidad<sup>86</sup> y es necesario que exista cohesión entre las perspectivas del derecho, la técnica y la ética, invocando a los principios como el de la dignidad de la persona, como principios que deben siempre regir a pesar del continuo avance de la técnica. En este sentido, también para ARCE es en la era digital actual el contexto en el que resulta más relevante invocar el derecho a la identidad en aras de proteger la identidad de la persona ante el uso masivo de los datos que la identifican y definen<sup>87</sup>. BATUECAS también plantea que la preocupación por este derecho se ha revelado tras la protección de un plano concreto de gran trascendencia para la identidad, el digital; lo que no concuerda con la fase incipiente en la que se halla el ordenamiento en lo que a la configuración del derecho a la identidad se refiere,

---

<sup>84</sup> PINO G. (2003) *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*. Il Mulino Ricerca, pp.155-180. En esta obra se recoge un interesante estudio respecto las tesis a favor y en contra de la creación de este derecho.

<sup>85</sup> Vid. apartado 2.2 de este Capítulo.

<sup>86</sup> Vid. op. cit. PIÑAR MAÑAS, J.L. (2018), al afirmar que: “La identidad es del ser humano, no de la máquina. Es de la persona. Esta afirmación, que parecería obvia, no lo es tanto, y menos aún lo será en el futuro.” p.103.

<sup>87</sup> Vid. ARCE JIMENEZ, C. (2022) “Desafíos para la ciudadanía y el sistema de los derechos fundamentales en la era digital”. *Derechos y Libertades*, nº46, *Época II*. Vid. en este sentido, también BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”, op. cit, cuando afirma que “las tecnologías actuales posibilitan que con una sola acción sea relativamente sencillo vulnerar una pluralidad de signos o rasgos de la identidad de las personas. (...)” y refiere la facilidad para terceros de “construir” la identidad de una persona que no sea coincidente con la de la misma; p. 940.

habiendo sido la identidad digital la que ha revelado la necesidad de reconocer este derecho “matriz”<sup>88</sup>.

Sin embargo, otros autores habían explicado también la preocupación por este derecho por acontecimientos históricos pasados, entendiendo que el mayor interés por la identidad personal surge a partir de la Segunda Guerra Mundial, contexto en el que surgió cierta preocupación por la individualidad del ser humano<sup>89</sup>. Para SIMMEL la persona para sentirse importante trata de diferenciarse de los demás para desligarse de la consideración de parte de la masa sin más<sup>90</sup>. Otras autoras como VILA-CORO BARRACHINA, sin embargo, señalan otras causas que explicaban la creciente preocupación por la identidad de la persona, como los progresos de la biología molecular y de la genética<sup>91</sup>.

Así, se constata en la doctrina que la invocación del derecho a la identidad atañe a la identidad de la persona en múltiples aspectos, todos ellos consustanciales al ser humano, pues no sólo se refiere a la identidad en el sentido de identificación de la persona, sino que alcanza a otros elementos o vertientes del ser, que le hacen distinto a los demás y lo revelan único para consigo mismo y ante los demás, siendo estos, entre

---

<sup>88</sup> Ibidem. p. 14.

<sup>89</sup> ZENO-ZENCOVICH, V. (1993) *Identità personale*. Estratto dal Digesto, IV Edizione, vol. IX Civile, Utet. p.3p.3. Destaca el autor como contexto en el que emerge la preocupación por la identidad personal el cambio de concepción en cuanto a la protección jurídica de los aspectos de la personalidad tras la Segunda Guerra Mundial, y la progresiva difusión de los medios de comunicación de masas. También en este sentido, BELTRÁN DE FELIPE, M. (2010) “¿Qué es el derecho a la identidad?” en ALAMILLO DOMINGO, I. et. al. *Robo de identidad y protección de datos*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 37; así como BARTOLOMÉ TUTOR, A., (2016) “El derecho a la identidad” en MARTÍNEZ GARCÍA, C (Coord.) *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Aranzadi, pp. 726-743.

<sup>90</sup> Vid. SIMMEL, G. (2002) *Cuestiones fundamentales de sociología*. Gedisa, Barcelona.

<sup>91</sup> Vid. op. cit. VILA-CORO BARRACHINA, M. D. (1995) “El derecho...”.

otros, la identidad biológica o genética, la identidad sexual, la identidad de género<sup>92</sup>, la identidad colectiva, o la identidad digital, como más adelante se abordará<sup>93</sup>.

En otro orden de cosas, pero no menos relevante, ALPA destaca que, mientras la dignidad ha sido tratada históricamente por los juristas como un elemento irrenunciable, “fundamental e irreprimible”<sup>94</sup>, no ha sido así con la identidad, que ha sido utilizada al antojo del poder de forma “perversa”<sup>95</sup> para “degradar a la persona” en detrimento de sus derechos fundamentales, utilizada para crear contextos de odio y de violencia al servicio del poder, o para “encubrir actos atroces o de sesgo para separar colectivos”<sup>96</sup>. Por lo que el autor alude a lo largo de su obra a la imprescindible necesidad de que la configuración jurídica de la identidad sea respetuosa y garantice la protección de los derechos humanos, advirtiendo del grave peligro que entraña su utilización como herramienta discriminatoria<sup>97</sup>.

---

<sup>92</sup> Vid. En cuanto a la expresión Género, cabe referir que es definida por una Guía del Consejo de Europa como:” A social construct that informs roles, attitudes, values and relationships between women and men. While sex is determined by biology - the biological differences between men and women - gender is determined by society; almost always functioning to subordinate women to men.” Vid. BRANDER, P. et al. (2020) *Compass – Manual for human rights education with young people*. 2n edition, Council of Europe Publishing, p. 482.

<sup>93</sup> En este sentido, vid. entre innumerables, op. cit. BARTOLOMÉ TUTOR, A. (2016) en MARTÍNEZ GARCÍA, C (Coord.) *Tratado del Menor...*

<sup>94</sup> Vid. op. cit. ALPA (2021) *Il diritto...*, p. 286.

<sup>95</sup> Ibidem.

<sup>96</sup> Vid. ZATTI, P. (2007) “Dimensioni ed aspetti dell’identità nel diritto privato attuale”. *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 4/2007, *sup*. También, en este sentido, vid. REMOTTI, Z. (1997), op.cit.

Para entender esta concepción basta recordar las atrocidades del nazismo en base al elemento identitario.

<sup>97</sup> Vid. op. cit. ALPA, G. (2021) *Il diritto....* En palabras del autor, “l’identità è uno strumento, che di volta in volta può assolvere ad una funzione liberatoria o persecutoria. E il livello di civiltà di una società è dato dalla misura con cui è in grado di assicurare a ciascuno il *diritto di essere se stessi*”, p.289.



## **2. LAS DIMENSIONES DE LA IDENTIDAD**

Resulta imprescindible constatar, tal y como se colige de lo anterior, que la identidad de la persona se proyecta y fluye en una multiplicidad de ámbitos y planos que coadyuvan en el ser persona. De nuevo, numerosos autores han tratado de extraer y clasificar estos planos donde se proyecta, integrándolas en distintas dimensiones que componen la noción de identidad. En este apartado, se tratarán de enumerar las distintas dimensiones de la identidad analizadas por la doctrina.

### **2.1. LAS MÚLTIPLES DIMENSIONES DE LA IDENTIDAD**

De la obra de FERNÁNDEZ SESSAREGO es imprescindible volver a reiterar en la presente investigación la distinción que acogió y desarrolló, y que pervive en nuestros días, entre la vertiente estática y la vertiente dinámica de la identidad personal -esta última en la que se centra con mayor profusión su estudio y sobre la que propugna una mayor protección por parte del Derecho-; así como, en otro orden de cosas, la distinción o deslinde entre el derecho a la identidad personal y los signos distintivos de la persona, -tales como, el derecho al nombre-, el derecho a la imagen, el derecho a la intimidad, y al honor, entre otros.

En cuanto a la distinción entre las distintas vertientes de la identidad, para el autor, “la identidad dinámica se diferencia de la estática, no obstante que ambas, complementariamente, como totalidad unitaria, perfilan globalmente la identidad de la persona, en cuanto ella supone la inexorable conjunción de las dos vertientes. La igualdad de un sujeto respecto a sí mismo, en que consiste la identidad, se produce necesariamente en ambos planos, tanto en el dinámico como en el estático. La identidad estática, a la cual nos referimos común y genéricamente cuando aludimos al concepto identidad personal, se suele también conocer, simplemente, como identificación”<sup>98</sup>. Como elementos propios de la vertiente estática, el autor situó los elementos descriptivos, registrales -tales como, el nombre, seudónimo, sexo, filiación, lugar o fecha de nacimiento-, así como los biológicos, fotográficos, dactiloscópicos, morfológicos, las características físicas o el timbre de la voz, a los que catalogó de, por principio, invariables. Añadía el autor, que estos elementos o atributos que permiten

---

<sup>98</sup> Vid. op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO. C. (1992) *El derecho...*, p. 26.

identificar a la persona en su sentido de diferenciación de los demás, esta identidad estática “no agota el conocimiento de un ser humano. Sólo nos proporciona datos de su contorno. A él, necesariamente, tenemos que agregar, como complemento necesario para identificar plenamente a una persona, todo cuanto se comprende en la rica y compleja identidad dinámica”, “en su más cabal y completa extensión”, constituyendo esta faceta de la identidad, la dinámica, que explica a partir de la libertad, y que concibe como “el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se exhiben en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política y con los rasgos psicológicos de cada sujeto. Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior. Es, en síntesis, el bagaje de características y atributos que definen la verdad personal en que cada cual consiste.”<sup>99</sup>, y, se diferencia claramente de la vertiente estática de la identidad, por cuanto, en esencia, los elementos que la integran son fluidos y cambiantes.

El autor insistía en relación a la necesaria concepción y protección jurídica de la identidad en su doble vertiente, habida cuenta de que, si bien los ordenamientos jurídicos protegen los elementos estáticos de la identidad, para el autor se requiere una mayor conciencia y protección de otros elementos que la integran igualmente, y que se sitúan en su esfera dinámica. Así, “la identidad no se confunde con la identificación, cuyos datos son generalmente invariables, sino que por su calidad ontológica de ser libre el hombre está también dotado de una identidad dinámica, la cual está conformada por las características de su personalidad. De ahí que la identidad esté esencialmente vinculada con la libertad, desde que el ejercicio de ésta permite el despliegue de la personalidad en el tiempo. La biografía de un ser humano no se contrae a poner sólo en evidencia su nombre o el día en que nació, sino, principalmente, a resaltar sus obras, el producto de su libre quehacer vital en el tiempo, bosquejar el perfil de su personalidad<sup>100</sup>. La pregunta ¿quién eres? no se reduce, por cierto, a una respuesta que pone sólo de manifiesto elementos estáticos de la identidad sino, sobre todo, aquellos de carácter dinámico propios de su personalidad”<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>100</sup> Vid. FERNÁNDEZ SESSAREGO. C. (1950) *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*. Tesis, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

<sup>101</sup> Vid. op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO. C. (1997) “Daño a la identidad...”, p. 248. En este sentido, op. cit. ERIKSON, E. (1994) *Identidad...*, ya postulaba que, aunque identidad e identificación tenían “raíces comunes” ninguna de las identificaciones podría “sumadas unas a otras, transformarse en una personalidad en funcionamiento”; p.15.

El autor mostraba una gran preocupación respecto a la preservación de esta verdad personal cuando es proyectada en sociedad. Aludía en sus consideraciones y concepciones acerca de esta vertiente dinámica, que el sujeto “tiene derecho a ser representado fielmente en su proyección social”, que se le respete su verdadero yo “a que se le conozca y defina en su verdad personal, tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos, tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser el mismo y no otro”<sup>102</sup>.

Otros autores han apuntado a dimensiones distintas. Para ZENO-ZENCOVICH la identidad personal acoge dos concepciones, una más antigua relativa a los datos personales contenidos en registros públicos que sirven para identificar a la persona y distinguirla respecto las demás ante las administraciones públicas, y otra más reciente, que emana de la doctrina y la jurisprudencia italiana, y que abarca también una “síntesis de la historia de cada sujeto que permite a los demás identificarlo con una persona muy específica cuya vida pasada y presente se caracteriza por ciertos eventos (...)”<sup>103</sup>. En este orden de cosas, también PINO recoge esta distinción entre ambas dimensiones, a las que denomina “dimensión extrínseca o externa de la identidad personal” y “dimensión sustancial”<sup>104</sup>; así como ALPA, que alude a la doble dimensión de la identidad, refiriendo, de un lado, a la esfera de la identificación y, del otro, a la que refiere como “identidad ideal”<sup>105</sup>, entendida esta última como “derecho a ser representados por lo que son, con sus valores, sus ideas, su historia”<sup>106</sup>, y es en esta dimensión en la que se sitúa el derecho a la identidad personal propiamente analizado, conformando estos elementos su “patrimonio intelectual”<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> Ibidem, p.15

<sup>103</sup> Op. cit. ZENO-ZENCOVICH, V. (1993), *Identità personale...*p.3.

<sup>104</sup> Op. cit. PINO, G. (2010) “L’identità...”, p. 301.

<sup>105</sup> Afirma BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”, que la jurisprudencia italiana ha venido utilizando indistintamente los conceptos de “identidad personal” e “identidad ideal”, y que “si esta sinonimia también pretendieran utilizarla los juristas españoles (...) sería preferible el uso de cualquier otra expresión” al no contar el término ideal con historia en nuestro derecho (...). Para el autor, estas expresiones podrían ser “identidad intelectual” o “identidad espiritual o moral” (...), pp. 933-935.

<sup>106</sup> Op. cit., ALPA, G. (2021) *Il diritto...*, p. 220.

<sup>107</sup> Vid. ALPA, G. (2015) *Manuale di Diritto privato*, 9ª edición, Wolters Kluwer y también, op. cit. ALPA (2021) *Il diritto...*. En esta última, en palabras del autor, “La persona ha un suo «involucro»

Para GETE-ALONSO las manifestaciones de la identidad de la persona son la individual y la de relación, siendo “dos caras de la misma moneda”. Para la autora, deviene esencial también considerar la doble vertiente de la identidad, y la formula como “la individual (yo) y la de relación (los demás)”. Para la autora “se entiende que la identidad personal comporta varios ámbitos directamente relacionados con la autodeterminación y la configuración de la persona que se corresponden a las condiciones, atributos y conductas de ésta, objeto de regulación, más o menos amplia (...) derecho al nombre, el derecho a conocer los orígenes, y la identidad en las condiciones personales, donde se incluye la sexual y la identidad de género, selección que obedece a que son los que en la actualidad, presentan más conflictividad, por su parca, incompleta, o en su caso inadecuada regulación”<sup>108</sup>.

Para PIÑAR MAÑAS, en la identidad, junto a la vertiente formal de la identidad, coexiste otra vertiente formada por lo que cada persona entiende que quiere resaltar o proyectar para que le sean atributos definitorios, donde la privacidad<sup>109</sup> deviene

---

ideale, non è composta soltanto di dati percepibili in quanto visibili, ma anche di dati costituiti dal patrimonio ideale (...)” p.221.

<sup>108</sup> Op. cit. GETE-ALONSO CALERA, M. C. (2017) “Expresiones jurídicas...”.

<sup>109</sup> Nótese que privacidad e intimidad no son conceptos coincidentes. Como ya señala BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”, la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (BOE-A-1992-24189) señaló en su Exposición de Motivos, que: “El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.

Ello es así porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona.

sumamente trascendental, pues esta permite o posibilita “mantener e incluso reivindicar o hacer valer la identidad que queremos para nosotros o la que realmente tenemos, y que paradójicamente define asimismo la identidad que queremos mostrar hacia fuera. La privacidad permite controlar mi yo y expresar el yo que quiero transmitir a los demás”<sup>110</sup>, afirmando el autor que la privacidad es un elemento consustancial a la democracia.

ZANNONI postulaba, sin embargo, que la identidad se halla conformada por tres dimensiones. La primera la conforma la identidad personal relacionada con la realidad biológica, que, a su vez, puede deslindarse entre identidad genética e identidad filiatoria. La segunda dimensión estaría integrada por los caracteres físicos de la persona; y la tercera, por su realidad existencial. En cuanto a la primera de las dimensiones referidas, esto es, la identidad como realidad biológica, el autor alude a que toda persona debe poder conocer sus orígenes biológicos y tener derecho a ser reestablecido en la familia a la que pertenece. En este plano distingue entre identidad genética – que alude al patrimonio genético que convierte a la persona en auténtica e irrepetible, y que ha heredado de sus progenitores biológicos- e identidad filiatoria –se refiere al emplazamiento de la persona en un determinado contexto familiar integrado por los progenitores que se le reconocen jurídicamente y que no son coincidentes con los biológicos-. En otro orden de cosas, concibe que el derecho a la identidad personal integra otra dimensión, la relativa a los atributos físicos de la persona concreta. En este plano situaríamos todos los rasgos externos distintivos de la persona, que la individualizan frente a los demás, y; en tercer lugar, la última dimensión, se hallaría integrada por la realidad existencial de la persona – entendiendo por ésta el “proyecto existencial” de esa persona en concreto, formado por sus creencias, valores, costumbres, ideología o pensamientos.<sup>111</sup>

Volviendo a ALPA, en la “dimensión sustancial” de la identidad coexisten, a su vez, por lo menos hasta tres dimensiones de la identidad, cuales son, la que atañe a lo que la propia persona cree ser o se percibe a sí mismo- ¿quién soy? -, la que versa sobre cómo quiere ser representada, en cómo quiere proyectarse hacia el exterior, cómo se

---

Uno y otro límite han desaparecido hoy: Las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos, o remotos que fueran éstos. (...).”

<sup>110</sup> Op.cit. PIÑAR MAÑAS (2018) “Identidad y persona...”, p.98.

<sup>111</sup> Vid. ZANNONI, E. (2005) *Prueba del ADN*. Astrea, Buenos Aires, pp 183-186. Sobre estas consideraciones se volverá más adelante en la presente investigación.

construye para los no yo - ¿cómo soy? -, y la que alude a cómo las demás la representan, como es percibido por los no yo externamente en base a su cultura y reglas sociales - ¿cómo ven que soy? -, y son estos tres aspectos los que “constituyen el sustrato sobre el cual la ley construye su dimensión identitaria”, pues la identidad es “un yo polifacético”<sup>112</sup>. A su vez, y en paralelo, este mismo jurista refiere a las identidades impuestas y a las identidades construidas, entendiendo por identidad impuesta, las exigencias de la sociedad en la que nos toca vivir, que por medio de las normas otorgan u imponen coactivamente unas determinadas “categorías dictadas” que clasifican y “enjaulan” a las personas<sup>113</sup>. Asimismo, el autor, relaciona esta concepción de identidades impuestas con la identidad individual y con la entidad colectiva. Es esta última, en palabras del autor, “particularmente importante para los juristas, porque el derecho, fruto de las decisiones de la comunidad, por su parte construye el camino de la identidad de cada uno de nosotros, desde el momento del nacimiento hasta el final, y la identidad construida por el individuo es un duelo continuo entre la identidad que a uno le gustaría tener y la identidad que la sociedad nos impone”<sup>114</sup>, contraponiendo el autor esta identidad construida desde el exterior y la identidad como construcción desde el ser en sí mismo o construcción subjetiva.

## **2.2. ESTA ERA, LA ERA DIGITAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA IDENTIDAD EN EL ÁMBITO DIGITAL**

La identidad de la persona como se ha venido entendiendo, fundamentalmente como elemento inherente a la dignidad humana, coexiste en la actualidad desde hace

---

<sup>112</sup> Vid. op. cit., ALPA, G. (2021) *Il diritto...*, p.10. El autor en esta interesante obra refiere a que el concepto es sumamente difícil de formular por sus múltiples facetas y que es tan cambiante que “e da quando inizia a quando finisce l’identità che aveva preso in esame all’inizio si è già modificata. L’identità diventa perciò un concetto inafferrabile, anche per il giurista”, p. 18. Refiere que, L’identità è un io sfaccettato, che si presenta uno e triplice: l’io in quanto tale, cioè l’individuo come si percepisce e come si pone nell’essere se stesso; l’io come si proietta all’esterno e come si costruisce per gli altri; l’io come viene percepito all’esterno, dagli altri, che costruiscono la sua identità sulla base della loro cultura e delle regole sociali. (...)”, p. 18.

<sup>113</sup> Resulta interesante esta faceta o dimensión de la identidad tal y como la concibe ALPA (2021) *Il diritto...*, op. cit., al aludir a la “identità imposte e identità costruite”. Alude el autor, a este aspecto desde la historia hasta nuestros días, piénsese actualmente en la clasificación por sexos, nacionalidad, o estado civil.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 287.

unas décadas con las que podríamos denominar identidades digitales. Desde la aparición de Internet<sup>115</sup> y la globalización en el uso de las nuevas tecnologías, las personas han tenido acceso a aplicaciones o a redes sociales en las que la identidad como tal queda sumamente desdibujada, traspasada e incluso vulnerada. En la nueva era el mundo como lo veníamos conociendo ha cambiado y lo ha hecho para siempre<sup>116</sup>. En este nuevo contexto, en esta etapa de la historia marcada por la digitalización<sup>117</sup>, las personas dotadas de nuestra identidad -o mejor dicho, identidades- coexistimos con otras identidades que trascienden al yo real o auténtico y a los de los demás; estas identidades que podríamos denominar digitales nos inundan en la actualidad y ponen en entresijo al Derecho, mejor dicho, a la configuración tradicional de los derechos de la personalidad, y, más concretamente, a las notas que les son predicables y a su ejercicio y protección por el ordenamiento.

La interacción de cada uno de los sujetos en la era digital deja huellas, un rastro digital, convirtiéndose cada persona en un conjunto de información. Cualquier acción llevada a cabo por el sujeto, tan cotidiana como buscar información por internet, visitar una página web, hablar o enviar un mensaje por teléfono, hacer uso del correo electrónico, realizar pagos con tarjetas de crédito, utilizar un GPS, y un innumerable etcétera, se traduce en conjuntos de información que convierten a cada persona en un ser prácticamente transparente y en objetivo de terceros que extraen rédito de sus preferencias y obtienen un lucro con la obtención de estos datos a escala mundial<sup>118</sup>. La elaboración de perfiles a partir de datos que introduce voluntariamente la persona en la red o bien extraídos de la “estela digital detectada por diferentes dispositivos

---

<sup>115</sup> En la “Declaración conjunta del vigésimo aniversario: desafíos para la libertad de expresión en la próxima década”, Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la CADHP, 10 de julio de 2019; aboga por la obligatoriedad de los estados de reconocer el derecho al acceso y el uso de internet como un derecho humano y una condición esencial para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Consultable en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d30a7d84.html> (última consulta 01/06/2022).

<sup>116</sup> Vid. SCHIAVI, P. (2019) “Reputación on line ¿La identidad digital es tan importante como la real?”. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, año 1, nº6, p.155.

<sup>117</sup> Op.cit, BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”, p. 925. Apunta el autor que, en esta nueva era, la era digital, los juristas se ven obligados a adaptarse ante la incidencia de las nuevas tecnologías en el Derecho.

<sup>118</sup> Al respecto, puede consultarse el artículo del ex secretario general del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE) PÉREZ BES, F. (2018) “Identidad y blockchain en la obra Criptoderecho. La regulación de blockchain”. *La Ley (LA LEY 13760/2018)*

rastreadores de forma ajena a nuestra voluntad y consentimiento”<sup>119</sup> son fenómenos del denominado Big Data<sup>120</sup> que compromete gravemente “la soberanía sobre nuestra identidad personal” y es capaz de moldear a las personas y guiarlas hacia los intereses de las estructuras de poder.<sup>121</sup>

El uso globalizado de la informática tras la irrupción de Internet en prácticamente todos los ámbitos de la vida de las personas supone grandes ventajas, pero también entraña enormes riesgos para los sujetos. Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han irrumpido fuertemente en la vida de las personas permitiéndoles una comunicación masiva a gran escala y la posibilidad de entablar negocios jurídicos desde casa o desarrollar su trabajo por medios telemáticos, aspectos todos ellos que con anterioridad a la era digital eran impensables. También han supuesto un cambio de entender el mundo. -basta pensar en las tareas tan cotidianas

---

<sup>119</sup> Op. cit. ARCE JIMENEZ, C. (2022) “Desafíos...”, p. 250.

<sup>120</sup> MORENTE PARRA, V. (2019) “Big data o el arte de analizar datos masivos. Una reflexión crítica desde los derechos fundamentales”. *Derechos y Libertades*, nº41, Época II, pp. 225-260. La autora indica que, el “*Big Data* como oráculo digital”, “se vale de un nuevo tipo de análisis de datos, consistente en la identificación de patrones conductuales y que, como consecuencia de ello, delimita un nuevo conocimiento sobre el individuo. Si bien Big Data supone una herramienta informática muy útil (...) es innegable la situación de riesgo en la que se sitúan algunos bienes jurídicos como la información personal o el libre desarrollo de la personalidad a través del uso de Big Data. Los *perfiles* conductuales son utilizados como herramientas de selección y exclusión tanto de individuos como de grupos humanos, lo que puede llevar a la toma de decisiones basadas únicamente en criterios algorítmicos y con graves consecuencias para las personas. Esta posibilidad de “clasificación personal” puede poner en serio riesgo el valor más esencial de nuestro sistema jurídico-político, la dignidad humana”, p. 225.

En el artículo 4.4 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (consultable en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>) hallamos una definición de «elaboración de perfiles», siendo esta: «toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física».

<sup>121</sup> Vid. RICHARDS, N.M./ KING, J.H. (2013) “Three Paradoxes of Big Data”. *Stanford Law Review Online*. Consultable en: <https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-and-big-data-three-paradoxes-of-big-data/> (última consulta: 25/04/2022). Los autores afirman que: «The power of big data is thus the power to use information to nudge, to persuade, to influence, and even to restrict our identities. Such influence over our individual and collective identities risks eroding the vigor and quality of our democracy. If we lack the power to individually say who “I am,” if filters and nudges and personalized recommendations undermine our intellectual choices, we will have become identified but lose our identities as we have defined and cherished them in the past».



como comprar por Internet-. Pero las innumerables ventajas también conllevan grandes riesgos<sup>122</sup> para la protección de la identidad y también de la intimidad de las personas<sup>123</sup>, incluso de su salud<sup>124</sup>, lo que se traduce en retos que el ordenamiento debe tratar de superar en aras de garantizar la preservación de sus derechos más fundamentales.

---

<sup>122</sup> A este respecto, vid. PLATERO ALCÓN, A. (2021) *El derecho al olvido en Internet. La responsabilidad civil de los motores de búsqueda y las redes sociales: estudio doctrinal y jurisprudencial*. Dykinson. El autor afirma que, a pesar del peligro para los usuarios a la hora de divulgar información personal “Los principales riesgos para la privacidad y para la protección de datos personales de los usuarios de las redes sociales, no vienen determinados por su propio uso, sino por la labor realizada por el prestador de servicios, la empresa titular de la red social (...)”. p.171.

<sup>123</sup> Estudios científicos revelan el riesgo de la compartición de datos en la red. En el caso de la divulgación visual como la usual compartición de *selfies* (auto fotografía de rostro/s) que hacen a una o a varias personas identificables entraña riesgos como la suplantación de identidad, el acoso, el uso indebido, la recontextualización, entre otros, pero, además, también entraña riesgos ocultos como, compartir inadvertidamente metadatos que revelan datos acerca de cuándo y dónde se tomó una imagen. En este sentido, MASUR, P./ DIFRANZO D./ BAZAROVA, N. (2021) “Behavioral contagion on social media: Effects of social norms, design interventions, and critical media literacy on self-disclosure”. *PLoS ONE*, Vol. 16 (7). Consultable en: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0254670> (última consulta 26/04/2022)

En cuanto a las vulneraciones en la privacidad de los datos y la difusión incontrolada de los mismos sin consentimiento de los usuarios por *Facebook* resulta interesante el artículo de TELLO, L. (2013) “Intimidad y «extimidad» en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook”. *Comunicar*, nº41, XXI. Consultable en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/comunicar/article/view/26806> (última consulta 03/04/2022).

<sup>124</sup> Piénsese en los los casos de adicción o falta de autocontrol en el uso de las redes sociales. A este respecto puede consultarse el estudio científico de DU, J./ KERKHOF, P./ VAN KONINGSBRUGGEN, G. M. (2021) “The reciprocal relationships between social media self-control failure, mindfulness and wellbeing: A longitudinal study”. *PLoS ONE*, Vol. 16 (8). Consultable en: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0255648> (última consulta 26/04/2022).

Además, es necesario referir a las enfermedades de salud mental cuya aparición o desarrollo está directamente relacionado con el mal uso de las aplicaciones en la red. Es destacable el informe del estudio efectuado por ROYAL SOCIETY FOR PUBLIC HEALTH (2007) #StatusOfMind, Social media and Young people’s mental health and wellbeing. Consultable en: <https://www.rsph.org.uk/our-work/campaigns/status-of-mind.html> (última consulta 26/03/2022) que destaca como problemas de salud mental potenciales de los jóvenes usuarios, la ansiedad, la depresión, la falta de sueño, repercusiones en la confianza y seguridad hacia el propio cuerpo, cyberbullying, miedo a aislarse del grupo social si no se está conectado (Fear of Missing Out – FoMO).

SOLÉ RESINA afirma que la huella digital es el rastro que se deja en Internet, que en la red global proporciona una información sobre la persona, que en calidad y cantidad puede ser muy relevante y que antes de que existiera internet era mucho más difícil de obtener y recopilar<sup>125</sup>. PLANAS BALLVÉ define la huella digital como el conjunto de información sobre la persona que se crea de forma voluntaria a través de la actividad virtual: páginas web, correo electrónico, post en blogs, imágenes subidas en redes sociales, entre otras<sup>126</sup>. A este respecto, y tal y como advierten GHEZZI, GUIMARES PEREIRA y VESNIC-ALUJEVIC, este rastro digital que permanece y sigue a la persona supera los límites de la memoria humana, pues la “memoria absoluta” de Internet es infalible<sup>127</sup>. En cuanto a esta memoria digital “infinita”<sup>128</sup> se pronuncia también ARCE al afirmar que distintos factores ponen en entresijo la libre determinación de la identidad en la Red, señalando “la ruptura de la lógica lineal del tiempo propia del mundo analógico; pasado, presente y futuro conviven simultáneamente en internet”; así como que “la multiplicidad de espacios donde transitan los datos personales que configuran la identidad, en muchos casos escapan del control efectivo de la persona”, debido, expone el autor, a que, en la era digital “lo privado se construye en el espacio público”, espacio en el que la identidad se dispersa e incluso puede volverse “incognoscible” para el propio sujeto<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> Vid. SOLÉ RESINA, J. (2018) “Las voluntades digitales: marco normativo actual”. *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXXI, fasc. II, pp. 417 y ss.

<sup>126</sup> PLANAS BALLVÉ, M. (2020) “El fenómeno sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por los responsables parentales”. *CEFLegal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 228, pp. 37-66.

<sup>127</sup> Vid. GHEZZI, A./ GUIMARES PEREIRA, A./ VESNIC-ALUJEVIC, L. (2014) *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. Palgrave Macmillan, p.12. “Linked to the «absolute memory» of the Internet, such a portrait may consist of past characteristics that are eternally present. The results can be harmful in different ways (...)”.

<sup>128</sup> Op. cit ARCE JIMENEZ, C. (2022) “Desafíos...” , pp. 244.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 245. También, RODOTÀ, S. (2014) *El derecho a tener derechos*. Editorial Trotta; cuando refiere que: “ (...) Estamos además ante una identidad «dispersa» por el hecho de que las informaciones que afectan a una misma persona están contenidas en bancos de datos diferentes y donde cada uno de ellos ofrece solo una parte o un fragmento de la identidad. Arriesgamos entrar en el tiempo de la identidad «incognoscible» por parte del interesado, dislocada como está en lugares de arduo, cuando no de imposible, acceso, de los que desconocemos incluso su existencia misma. (...)”, p. 163. Para RODOTÀ “Nuestra identidad es, pues, el resultado de una operación en la que son otros los que llevan la voz cantante en un proceso de elaboración o difusión constantes. Estamos frente a una identidad «inestable», a la merced de humores ajenos, de prejuicios o de intereses de quien recoge, conserva o difunde los datos personales. Se crea así una situación de dependencia que determina la construcción de una identidad «externa» con

GETE-ALONSO distingue entre huella digital, perfil digital y reputación digital, conceptos que, aunque se interrelacionan son distintos entre ellos. La autora define a la huella digital como el rastro imborrable que se deja en Internet al interactuar, aquella información que permanece de uno mismo cuando se realiza cualquier actividad al utilizar Internet, en los lugares por los que pasa. Por perfil digital, GETE-ALONSO concibe a todo lo que la persona hace y dice en las redes acerca de sí mismo, sea o no sea real, comprendiendo las manifestaciones sobre su perfil y la presencia en los medios digitales además de circunstancias personales como el lugar en el que se encuentra, la intensidad con la que interactúa, el grado de aceptación por los demás, el idioma en el que se expresa, entre otras. En cuanto a la reputación digital, la autora afirma que equivale a la reputación real, pero en el ámbito de la red, esto es, la consideración que se tiene acerca de la persona en el entorno digital, y que se forma fundamentalmente por los comentarios a sus publicaciones o intervenciones en la red<sup>150</sup>.

Para FERNÁNDEZ BURGUEÑO “en la web social la generación de reputación y configuración de identidades es constante, creciente y viral” al compartir y recibir informaciones y opiniones de manera global “aparentemente sin contraprestación”, construyendo la persona la identidad digital en base a sus propias interacciones en la red y las reacciones causadas a las percepciones de terceros usuarios, lo que configura la “reputación digital” de la persona<sup>151</sup>. Siguiendo con la reputación, aunque recae en la consideración del sujeto por parte de los demás, según GIONES-VALLS, SERRAT-BRUSTENGA es modulable o puede ser construida en la era digital por el propio sujeto<sup>152</sup>.

---

formas que reducen el poder de control por parte del interesado. ¿Tantas personas cuantos son los sujetos que utilizan nuestros datos? De nuevo topamos con la vida en su aspecto más poliédrico, en la multiplicidad de imágenes que transmitimos, construidas todas con los mismos materiales, aunque articulados de maneras diferentes, según el punto de vista del observador, de la selección de las noticias utilizadas. La identidad y, junto a ella, la persona se declinan en plural. Justamente porque somos esa multiplicidad, porque la vida es un movimiento multiforme, no podemos ejercer un poder de reducción de esta complejidad que se transforme en la imposición a todos del modo único con que nos vemos o con el que queremos ser vistos. Lo que tenemos derecho a pedir es que los diversos modos de representarnos no se transformen en una especie de montaje descoyuntado de fragmentos de nuestra historia. La proyección hacia fuera de la vida privada debe respetar un criterio fundamental: no ser juzgados y representados fuera de contexto. De esta manera, la persona trata de volver a entrar en sí misma sustrayéndose a la tiranía de la «exterioridad» (...)” p.163.

<sup>150</sup> Vid. GETE-ALONSO, M.C. (2020) “Aproximación a la identidad digital. Situación de la persona menor de edad” en SOLÉ RESINA, J. / ALMADA MOZETIC, V. (Coords.) *Protección de los menores de edad en la era digital*. Juruá editorial, p.80.

<sup>151</sup> Op. cit. FERNÁNDEZ BURGUEÑO (2012) “Aspectos jurídicos...”.

<sup>152</sup> Op. cit. GIONES-VALLS, A./ SERRAT-BRUSTENGA, M. (2010) “La gestión...”.

La reputación, que no es solo fruto de nuestra creación, sino que depende de cómo somos juzgados por los demás, es sumamente volátil y frágil y es “un componente central de nuestra identidad: refleja quienes somos y da forma a cómo interactuamos con los demás”.<sup>133</sup>

En este sentido, para SCHIAVI el contenido masivo de datos personales en la red a disposición de cualquier persona en cualquier lugar del mundo y de forma permanente, gratuita y siempre disponible, genera “una especie de biografía digital pública”<sup>134</sup> que le crea asimismo una reputación que deviene ya imprescindible para las empresas o clientes a la hora de contratar a la persona en cuestión o establecer algún tipo de relación jurídica. El autor insiste en que tan sólo es necesario teclear nuestro propio nombre en cualquier buscador para hacernos a la idea de nuestra reputación online.

Para MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ “cuando las relaciones humanas son confiadas, y la memoria humana está relegada, a infinitos bancos de datos y a una amalgama ilimitada de herramientas y sistemas, que permiten el almacenamiento por tiempo indefinido y la accesibilidad inmediata, con independencia del contexto espacio-temporal, perdemos la capacidad de controlar nuestra propia identidad y existencia”<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Vid. SOLOVE, D.J. (2007) *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*. Yale University Press, que afirma: “As social reputation–shaping practices such as gossip and shaming migrate to the Internet, they are being transformed in significant ways. Information that was once scattered, forgettable, and localized is becoming permanent and searchable. Ironically, the free flow of information threatens to undermine our freedom in the future.” p.4. “Our reputation can be a key dimension of our self, something that affects the very core of our identity. Beyond its internal influence on our self-conception, our reputation affects our ability to engage in basic activities in society. We depend upon others to engage in transactions with us, to employ us, to befriend us, and to listen to us. (...)” p.31; “Our good reputation can quickly be lost, with deleterious consequences to our friendships, family, jobs, and financial well-being. We must all cope with the fragility of reputation, the delicate porcelain vessel that carries our ability to function in society. (...)”. p.34.

<sup>134</sup> Op. Cit, SCHIAVI, P. (2019) “Reputación on line ¿La identidad digital es tan importante como la real?”. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, año 1, nº6, pp. 153-165. El autor afirma que todo ello “tiene un altísimo impacto en nuestra vida, ya sea privada -em el entendido de que todavía hoy podemos seguir hablando de vida privada-, en nuestra vida profesional y en nuestra vida “digital”, la cual se alimenta en forma permanente con la carga masiva e indiscriminada de contenidos -fotos, imágenes, videos, audios- y todo lo que a diario publicamos en internet y las redes sociales (...) hoy en día puede afirmarse que ninguna empresa selecciona y/o contrata personal sin realizar previamente un “perfil público” del candidato con toda la información que relacionada a él se encuentre en internet y en las redes sociales.” p.156.

<sup>135</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M. (2022) “Una aproximación jurídico-filosófica a la memoria y al olvido desde la teoría de los derechos fundamentales”. *Derechos y Libertades*, nº46, Época II, p.194.

Afirma la autora que, en el mundo digital, en el que los hechos pasados se perpetúan sin prácticamente restricción a disposición de cualquiera y de forma absolutamente descontextualizada y atemporal, la dignidad como fundamento de todo orden democrático se halla comprometida; y que por ello debe ampliarse su protección y proteger y garantizar otros derechos personalísimos ligados a la nueva era, tales como el derecho al olvido<sup>136</sup> y el derecho a la autodeterminación informativa<sup>137</sup>.

Otros autores, en este sentido, también apuntan a la necesidad de replantearse o repensar algunas instituciones jurídicas que ya conocemos o bien aceptar el nacimiento de conceptos distintos para explicar y proteger aspectos que no se habían suscitado con anterioridad a esta nueva era<sup>138</sup>. Es necesario, en este sentido, replantearse cómo se concibe la intimidad en nuestros días, pues la sobreexposición de nuestros datos se produce en detrimento de nuestra intimidad<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Para un análisis del derecho a la autodeterminación informativa y del derecho a la protección de datos de carácter personal, resulta muy interesante la obra de MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2016), “Vida sin intimidad. Una aproximación a los efectos de las intromisiones tecnológicas en el ámbito íntimo”. *Derechos y Libertades*, nº37, *Época II*, pp. 51-84.

<sup>138</sup> Vid. en este sentido, entre otros, op. cit. BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”, p.925.

<sup>139</sup> Cabe preguntarse qué ha pasado para que un valor tan importante a lo largo de nuestra trayectoria jurídica, como la intimidad, tal y como lo veníamos entendiendo, parezca haber sido relegado por la sociedad en esta era. La sobreexposición de los datos que integran el ámbito privado de las personas e incluso de sus hijos e hijas menores es ingente, lo que hace que nos preguntemos qué ha sucedido para que haya cambiado tanto la idea de lo íntimo, la trascendencia para la persona y la concepción de cómo debe ser protegida. Algunos autores abogan por la necesidad de aceptar un cambio de paradigma, afirmando que, quizá es necesario en esta era replantearse el concepto de la intimidad, desde la perspectiva de los nativos digitales (en contraposición a los “inmigrantes digitales”, concepto acuñado por primera vez por PRENSKY, M. (2001) “Digital Natives, Digital Immigrants”. *On the Horizon*, MCB University Press, Vol. 9 No. 5. Para este autor “It’s very serious, because the single biggest problem facing education today is that our Digital Immigrant instructors, who speak an outdated language (that of the pre-digital age), are struggling to teach a population that speaks an entirely new language. (...)”, p.2.) pues para ellos lo que no puede ser visto en la red no existe y el estar sólo ahora equivale a no estar conectado.

Vid, en este sentido WINOCUR, R. (2012) “La intimidad de los jóvenes en las redes sociales”. *Revista TELOS*, nº91. Consultable en:

<https://telos.fundaciontelefonica.com/archivo/numero091/#contenido>

(última consulta 18/05/2022), que afirmaba “parece pertinente abandonar el presupuesto y lugar teórico de referencia de todo lo que tradicionalmente se considera parte del reino de la privacidad y estar abiertos a que las respuestas traigan nuevas definiciones sobre lo íntimo, lo privado y lo público que no necesariamente implican una pérdida de la intimidad en la perspectiva de los

---

jóvenes”. Para la autora los adolescentes no tienen la necesidad de “separar la vida *on line* de la vida *off line*” pues ambos ámbitos no funcionan el uno sin el otro<sup>139</sup> y, es más, “lo público y lo privado-intimo, siguen representando dos ámbitos que pueden distinguirse en la experiencia cotidiana”<sup>139</sup>. Quizá, como sostiene SOZIO deba desarrollarse una nueva ética de la comunicación, un humanismo digital para que la identidad digital no se vea perdida y desvinculada de la vida del ser humano y de la conformación de su identidad tal y como la veníamos entendiendo.

Vid. también SOZIO, M. (2020) “Il lato oscuro dell’infosfera identità e comunicazione digitale” en PAGANO, R. / SCHIEDI, A. (Coords.) *Identità, Pluralità, Diversità. Il riconoscimento, ovvero l’essere per l’altro, Quaderni del Dipartimento Ionic*. EDJSGE, pp. 334-343.)

Algunos autores han invocado el término de “extimidad”, término formulado por el psicoanalista Jacques LACAN en 1958. “¿Cuál es, pues, ese otro con el cual estoy más ligado que conmigo mismo, puesto que en el seno más asentido de mi identidad conmigo mismo es él quien me agita? Su presencia no puede ser comprendida sino en un grado segundo de la alteridad, que lo sitúa ya a él mismo en posición de mediación con relación a mi propio desdoblamiento con respecto a mí mismo, así como con respecto a un semejante” Vid. LACAN, J. (2009) *Escritos 1. La instancia de la letra*. Siglo xxi editores, México, 3ª edición, p.491. Posteriormente, la noción de “extimidad” fue acogida con matices por autoras como SIBILIA, P. (2008) o TELLO, L. (2013). Las autoras aluden al concepto de “extimidad” entendida como intimidad expuesta en esta era digital. En este sentido, vid. SIBILIA, P. (2008) *La intimidad como espectáculo*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires. Para la autora “(...) asediados por la falta de autoevidencia que afecta a la realidad altamente mediatizada y espectacularizada de nuestros días, los sujetos contemporáneos sienten la presión cotidiana de la obsolescencia de todo lo que existe. Inclusive, y muy especialmente la fragilidad del propio yo. Tras haberse desvanecido la noción de identidad, que ya no puede mantener la ilusión de ser fija y estable, la subjetividad contemporánea oyó rechinar casi todos los polares que solían sostenerla (...) el yo no se siente más protegido por el perdurable rastro del pasado individual ni tampoco por el ancla de una intensa vida interior. Para fortalecerse y para constatar su existencia debe, a cualquier precio, hacerse visible”, p. 252. La autora se pregunta acerca de cómo afectan en la creación de la identidad en esta “transición de un mundo hacia otro”, esto es, “¿Cómo influyen todas estas mutaciones en la creación de <modos de ser>? ¿Cómo alimentan la construcción de sí? En otras palabras, ¿de qué manera estas transformaciones contextuales afectan los procesos mediante los cuales se llega a ser lo que se es? No hay duda de que esas fuerzas históricas imprimen su influencia en la conformación de cuerpos y subjetividades: todos esos vectores socioculturales, económicos y políticos ejercen una presión sobre los sujetos de los diversos tiempos y espacios, estimulando la configuración de ciertas formas de ser e inhibiendo otras modalidades. (...)” p.19. En este sentido, vid. también OROZCO PARDO, G. (2010) “Intimidad, privacidad “extimidad” y protección de datos del menor. ¿Un cambio de paradigma?” en BOIX REIG, J. (Dir.) *La protección jurídica de la intimidad*. Iustel. pp. 381-403. En palabras del autor: “Tal vez sea el momento de cambiar el paradigma ya que del binomio intimidad/privacidad está surgiendo un nuevo concepto que desafía ambos derechos fundamentales: la «extimidad»”, p. 403.

En este sentido, también MARTINEZ LÓPEZ-SÁEZ, recogiendo parte de los postulados de RODOTÀ, afirma que “no somos nosotros los que decidimos quiénes somos, para el mundo digital y exterior, somos quien la Red y los motores de búsqueda dicen que somos. Parece que estemos destinados a vivir dos vidas, la real y la virtual, pero a pesar de ello, en los tiempos que corren, parece sólo importar la segunda (...) Parece que, en una época en la que la verdad es todo aquello que existe (en la Red), somos testigos de un nuevo tipo de dictadura: la dictadura de la

En la nueva era, algunos autores afirman que, a las múltiples facetas que conforman la identidad personal se le añaden los denominados datos de carácter personal, que comprenden numerosa información que permite identificar a los sujetos, tales como, patrones de consumo o preferencias culturales; lo que entraña graves riesgos que implican incluso riesgos de deformar la identidad que concebimos de los demás si nos basamos en propensiones a las que los datos apunten<sup>140</sup>. En esta era los derechos de la personalidad se ven seriamente comprometidos<sup>141</sup>. En este sentido, ARCE

---

verdad postmoderna. Parece, además, que ante esta nueva realidad, estamos destinados a quedar invadidos, sometidos y manipulados, en función de los datos que recogen y exponen sobre nosotros, incluso “de manera invisible” por mecanismos ingeniosos y máquinas pensantes” construidas y operadas bajo premisas legítimas pero con intenciones encubiertas y riesgos impredecibles.” en op.cit. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M. (2022) “Una aproximación...”, pp. 207 - 208.

Vid. también, op. cit. RODOTÀ, S. (2014) *El derecho...*, cuando alude a que la identidad de la persona siempre ha sido fruto de “interacciones sociales, con sus raíces en el espacio privado, pero que se explicita y se precisa en el espacio público. En los últimos tiempos, sin embargo, este fenómeno ha cambiado de dimensión y de escala a causa de las innovaciones ligadas a las tecnologías de la información y de la comunicación. Justamente la racionalidad tecnológica ha formalizado un modo de afrontar la cuestión de la identidad con unos procedimientos de construcción en los que la contribución del otro no es que vaya junto a la autonomía de la persona, sino que se superpone a ella, la sustituye. Ya existen procedimientos automáticos de decisión en las más diversas materias, por ejemplo con el algoritmo de Google, que establece qué informaciones deben aparecer en primer lugar cuando se busca algo; la compleja decisión sobre lo que es la identidad de una persona queda transferida a sistemas que ordenan según su propia lógica las informaciones recibidas y proyectan hacia el exterior «su» representación de la persona. (...)”, p. 277. “¿Queda encerrada la identidad en una jaula construida por otros? (...)”, p. 277.

<sup>140</sup> Vid. MAYER-SCHÖNBERGER V./ CUKIER, K. (2013) *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner Noema. “Al mismo tiempo, los datos masivos nos sitúan frente a enormes riesgos. Vuelven ineficaces los principales mecanismos técnicos y legales que existen actualmente para proteger la privacidad. Antes, sabíamos muy bien lo que constituía información personalmente identificable -nombres, números de afiliación a la seguridad social, registros fiscales, etcétera- y, por ende, resultaba relativamente sencilla de proteger. Hoy en día, hasta los datos más inocuos pueden revelar la identidad de una persona si un recopilador de datos ha reunido los suficientes” (...) además de suponer una amenaza a la privacidad, estos usos de los datos masivos suscitan otro problema único y preocupante: el riesgo de que podamos juzgar a la gente no solo por su comportamiento real, sino por las propensiones a las que apunten los datos (...). A lo que añade una interesante reflexión: “el futuro tiene que seguir siendo algo que podamos moldear según nuestras intenciones. Si no, los datos masivos habrán pervertido la esencia misma de la humanidad: el pensamiento racional y la libertad de elección”. pp. 235-236.

<sup>141</sup> Los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se ven inmensamente comprometidos y los ordenamientos jurídicos a todos los niveles y a escala mundial se han tratado de adaptar a fin de poner límites a la compartición de datos masiva y a preservar la intimidad de los usuarios, promulgando leyes relativas a la protección de los datos de carácter personal o a la

---

autodeterminación informativa, pero, con todo, no parece ser suficiente para salvaguardar la integridad de estos derechos.

Podemos referir aquí la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1983, que se pronunció sobre la Ley del censo, en cuya virtud se definió el denominado derecho a la autodeterminación informativa como resultado del derecho a la autodeterminación de la persona<sup>141</sup>, afirmando ya por aquel entonces que el libre desarrollo de la personalidad implica la protección del individuo contra la recogida, almacenamiento, utilización y transmisión ilimitada de los datos relativos a la persona.

En nuestro país, numerosa jurisprudencia constitucional que se refiere al derecho fundamental -y también de la personalidad- de la autodeterminación informativa desgajado del derecho a la intimidad, por todas podemos señalar el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre Vid. STC 292/2000, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TC:2000:292), que en su FJ 5 esgrime "(...) el Tribunal ya ha declarado que el art. 18.4 CE contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo "un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama 'la informática'", lo que se ha dado en llamar "libertad informática" (FJ 6, reiterado luego en las SSTC 143/1994, FJ 7, 11/1998, FJ 4, 94/1998, FJ 6, 202/1999, FJ 2). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, FJ 5, 94/1998, FJ 4).

Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran."

De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.



---

De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.

Pero también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; 89/1987, de 3 de junio, FJ 3; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, y en general las SSTC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo), el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 254/1993, FJ 7).

Para el Alto Tribunal, la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado (FJ 6).

Así, mientras que el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, alejando su vida privada de una publicidad no querida, el derecho a la protección de datos garantiza a los sujetos un poder de disposición sobre esos datos. Poder de disposición que decae si el sujeto desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin.

La protección de la intimidad de la persona no está exenta de ser ponderada ante la posible colisión de otros derechos, como la libertad de expresión o la libertad de empresa. Tampoco es ajena al control implacable de los estados que en pro de la seguridad y protección nacional imponen un control y una supervisión de las personas en el uso de las nuevas tecnologías que comprometen el derecho a la autodeterminación de la persona y, por ende, su libre desarrollo de su personalidad y las bases mismas del Estado de Derecho.

indica que la persona aspira a construir libremente su identidad como elemento esencial para el desarrollo de su personalidad, pero en la era digital los datos sobre la persona conformadores de la identidad deben ser especialmente protegidos ante la diferente idiosincrasia de la nueva realidad virtual, en la que la información permanece de forma descontextualizada e incontrolable en la red<sup>142</sup>. No cabe duda de que estos datos almacenados y que perviven en la Red comprometen la libertad de la propia persona de construir su propia identidad y de proteger las proyecciones de la misma.

---

Es necesario también indicar que el tratamiento de los datos personales alcanza la categoría de derecho fundamental en virtud del artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/c 364/01), en cuya virtud: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.” Consultable en:

[https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

También, en el mismo sentido, se recoge este derecho a la protección de datos de carácter personal en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012/C 326/01), a cuyo tenor: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes. Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea.”

Consultable en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

El legislador estatal también se ha venido ocupando de la protección de los datos personales. Anteriormente, con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) que, tras el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (consultable en: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>), fue derogada por la ya referida Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE-A-2018-16673), que adapta la legislación nacional al Reglamento europeo. En el artículo 4.1 del Reglamento (UE) se recoge como definición de «datos personales»: “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya *identidad pueda determinarse, directa o indirectamente*, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

<sup>142</sup> Op. cit. ARCE JIMENEZ, C. (2022) “Desafíos...”.

La sobreexposición a la Red y el volcado masivo de datos personales de forma voluntaria, que configura, según TOSI una “verdadera ostentación pública de la identidad digital”<sup>145</sup> atenúa esta protección, que deberá ser ponderada en función del caso concreto. El autor indica que la identidad digital se halla investida de la protección como derecho fundamental a pesar de su patrimonialización, en la que no rige de forma absoluta la libertad negocial, estando sujeta su protección a mandatos indisponibles<sup>144</sup>.

Algunos autores, como REYES MÉNDEZ, tras propugnar los beneficios que conlleva el uso de las nuevas tecnologías, postulan que, aunque un individuo, como opción personal, reniegue del uso de Internet, ello no le exime de soportar intromisiones en la red acerca de su propio ser ni implica que su identidad no pueda ser suplantada<sup>145</sup>. Además, el autor alerta también que “todo lo que se publica en internet queda para la posteridad”.

La irrupción de las nuevas tecnologías y la proliferación del uso de las mismas no han venido tampoco acompañadas de un conocimiento del sujeto usuario acerca del real alcance de la compartición de datos en la red y de cómo trasciende este uso en los derechos que se puedan ver comprometidos. La no suficiente información del usuario unido al posible desinterés o falta de concienciación sobre la necesidad de velar por sus propios derechos de la personalidad han colocado a la persona en objetivo fácil<sup>146</sup> para

---

<sup>145</sup> Vid. TOSI, E. (2019) *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*. Giuffrè Francis Lefebvre, p. 17.

<sup>144</sup> Ibidem. TOSI, E. (2019), p. 19.

<sup>145</sup> Vid. REYES MÉNDEZ, D. (2019) “¿Cómo gestionar eficazmente la identidad digital? Hacia una nueva proyección cultural de la persona”. *Diario La Ley, nº9328, Sección Tribuna (LA LEY 15094/2018)*. El autor afirma que: “Es posible no querer tener una identidad digital y no participar activamente en la nueva cultura digital. Esta es una opción personal, no obstante, que no garantiza que otras personas hablen o publiquen material de un individuo determinado, o bien suplante su identidad en Internet”.

<sup>146</sup> Científicos han contrastado que la interacción con otros sujetos en las redes sociales hace que puedan ser predecibles datos de nuestra intimidad que hayamos querido preservar del mundo digital. En este sentido, HORVÁT, E.A. / HANSELMANN, M. et al. (2012) “One Plus One Makes Three (for Social Networks)”. *PlosOne, Vol. 7 (4)*. Los autores concluyen en su estudio que “Altogether, our results indicate that knowledge of the social network between members of a platform along with part of the contacts to non-members is sufficient to infer a substantial part of the network between non-members. This perhaps surprising finding has been afforded by leveraging relational information provided by members in a unilateral, non-consensual manner. Ultimately, it evokes the question of the ownership and exploitation of relational data in the information age (...)”, p.7.

Consultable en: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0034740> (última consulta 25/04/2022).

irrumper en su intimidad, captar y utilizar a su conveniencia todos los datos que sean de interés por parte de grandes empresas, terceros y Estados, amparándose en el funcionamiento del modelo económico imperante o en el favorecimiento de la interacción entre individuos pero “desbordando los preceptos éticos imperantes hasta la actualidad”<sup>147</sup>, existiendo una gran brecha, además, entre los denominados “nativos digitales” y los “inmigrantes digitales”<sup>148</sup>.

En otro orden de cosas, a nivel económico, expertos avanzan que la identidad digital también resulta un “elemento esencial” en el mercado único digital que

---

<sup>147</sup> Vid. op. cit. TELLO, L. (2013) “Intimidad...”. Afirma la autora que “pese a que las redes sociales favorecen la interacción (...), lo cierto es que las contraprestaciones de su uso en materia de intimidad, desbordan los preceptos éticos imperantes hasta la actualidad.”, p.206. La autora indicaba que “específicamente invasivas serán las técnicas empleadas para monitorizar la información obtenida en la red social Facebook, cuya arquitectura favorece la pérdida de control de la intimidad a través de la captación de pautas de comportamiento, el empleo de datos derivados de los perfiles, los cambios en la política de privacidad sin consentimiento y el reconocimiento facial. Estos aspectos insólitos hasta el momento han provocado que países como Irlanda, Estados Unidos, Canadá y Alemania hayan elaborado informes para valorar el grado de intromisión de la compañía norteamericana en la vida privada de los ciudadanos, quienes no tienen conocimiento de adónde van a parar sus datos ni cuál es el objeto que persiguen quienes hacen acopio de ellos. Como mostraremos, estos datos son claves no solo por ser personales, sino porque proporcionan información de los individuos que éstos creen inadvertida, y porque los destinatarios de tales datos son desconocidos por los propios individuos”, p.206.

Respecto al control social del sujeto y los peligros que entraña el uso de las nuevas tecnologías prontamente manifestó su preocupación RODOTÀ en su obra, RODOTÀ, S. (1973) *Elaboratori elettronici e controllo sociale*. Il Mulino. En esta alertaba ya por aquel entonces de los peligros de control sobre la voluntad de las personas y las posibles incidencias en sus derechos civiles con el control de los datos masivos respecto a facetas íntimas de la vida de las personas.

Un ejemplo de la invasión a los datos personales de los usuarios de la red es el cometido por Facebook, que vulnera la privacidad de sus usuarios para obtener rédito, de lo que se desprende la importancia de la información para las nuevas estructuras de poder. Puede leerse artículo periodístico en el diario *The New York Times*:

<https://www.nytimes.com/es/2018/12/19/espanol/facebook-privacidad.html> (última consulta 02/05/2022).

Vid. también, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 (ECLI:EU:C:2014:317).

<sup>148</sup> En contraposición a los “inmigrantes digitales”, concepto acuñado por primera vez por PRENSKY, M. (2001), op. cit. Para este autor “It’s very serious, because the single biggest problem facing education today is that our Digital Immigrant instructors, who speak an outdated language (that of the pre-digital age), are struggling to teach a population that speaks an entirely new language. (...)”, p.2.

proyectan las instituciones europeas, erigiéndose la identidad digital como “uno de los pilares de la criptoconomía”<sup>149</sup>.

A todo esto, se le aúna que ya en la era digital estamos asistiendo a una nueva fase, tal y como ya se ha referido, a una nueva revolución ante la Inteligencia Artificial, el *Bigdata*, la robótica y las nanotecnologías. Tal y como afirma VILASAU I SOLANA la cuestión estriba en cómo pueden gobernar estas tecnologías y si el Estado de Derecho y los principios democráticos podrán seguir regulando en este nuevo contexto preservando al sujeto a fin de que pueda desarrollar su identidad con una protección efectiva de sus derechos<sup>150</sup>.

### **2.2.1. La denominada “identidad digital”**

En esta era, caracterizada por el uso, por parte de la persona, de las nuevas tecnologías para poderse comunicar, recibir información, o comprar, pero también, y de forma muchas veces principal, para compartir momentos de su intimidad en un perfil creado en una o varias redes sociales, el sujeto se convierte en un ser transparente y en fuente de información y poder, aún más susceptible de ser objetivo y servir a los intereses del sistema económico y político. Aparece en este contexto un nuevo concepto, el de identidad digital, al que ya han aludido numerosos autores.

En ese acceso, presencia, interacción en el mundo digital, la persona introduce datos personales, individualizados y que le identifican, del mismo modo que en los registros -como Registro Civil- propios de la identidad que entendemos como estática; y además, cada vez que accede a la red deja el denominado rastro, creando una huella y un perfil, y con ello, interacción tras interacción, estará conformando lo que quiere ser en la red, lo que quiere que se conozca de la persona en cuestión, el cómo quiere auto-

---

<sup>149</sup> Para mayor detalle, puede consultarse CEDIEL SERRA, A. (2019) “Residencia Fiscal Virtual, Identidad Digital y Criptomoneda” en LUCAS DURÁN (Coord.) *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*. Ministerio de Hacienda del Gobierno de España, nº 6/2019, pp. 176-180. Consultable en: [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2019\\_06.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2019_06.pdf) (última consulta 26/04/2021).

<sup>150</sup> VILASAU I SOLANA, M. (2019) “Las exigencias de información en el RGPD y en la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales, ¿contribuyen a la formación de un consentimiento de mejor calidad?” en GARCÍA MAHAMUT, R. et al. *Reglamento General de Protección de Datos. Un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*. Tirant lo blanch, pp.209-236.

significarse y como quiere que le conciban los demás, por lo menos en un momento concreto de su existencia. Esto es, una identidad, en ambas dimensiones, acogiendo la distinción de FERNÁNDEZ SESSAREGO, pero con una evidente particularidad: puede que los datos arrojados a la Red no se correspondan con el yo real, con su verdad personal<sup>151</sup>, ni siquiera sean coincidentes con los datos identificativos, llamémosle oficiales, puesto que en la gran mayoría de interacciones en la red no son corroborados con aquéllos; y, además, puede que la misma persona cree y se procure distintas identidades digitales, hecho que puede darse fácilmente cuando se crean perfiles en distintas redes sociales, que pueden asemejarse, en más o en menos -o no-, a la identidad -o identidades- que subyace al sujeto que las crea, por no hablar de la suplantación de identidades digitales por parte de terceros que las utilizan sin tener nada que ver con el creador en origen de las mismas.

En este contexto, la protección y el ejercicio conforme a Derecho a la autodeterminación informativa deviene elemento clave para la formación de una identidad digital. Pues en el ámbito digital la persona puede perder el control de los datos que arroja a la Red y puede no conocer el alcance de sus interacciones en la misma. Tampoco podrá fácilmente suprimir los datos ni poner freno a su difusión, hechos que comprometerán la formación, desarrollo y evolución de esta identidad digital, evolución mucho más frenética en el mundo digital que en el ordinario dado el alcance exponencial de transmisión de información en la red. A su vez, tal y como ya se ha referido, estos datos que va introduciendo la persona a lo largo de su existir permanecen en la red sin poder ser fácilmente extraídos de la misma, incluso tras su fallecimiento<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Acogiendo la denominación de DE CUPIS y FERNÁNDEZ SESSAREGO.

<sup>152</sup> El legislador ha tratado de abordar estas cuestiones. En Cataluña, es necesario referirnos a la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña, BOE-A-2017-8525, en cuyo Preámbulo se hace constar: “Las personas utilizan cada vez con más frecuencia los entornos digitales para desarrollar las actividades de su vida personal y profesional. Estas actividades generan una diversidad de archivos que, una vez muerta la persona, también forman su legado. Del mismo modo, después de la muerte pueden quedar unos derechos y unas obligaciones de naturaleza jurídica diversa sobre los diferentes archivos que haya generado la actividad de los prestadores de servicios, respecto a los cuales debe decidirse qué hacer. (...) Para gestionar la huella en los entornos digitales cuando la persona muere o cuando tiene la capacidad judicialmente modificada y para evitar daños en otros derechos o intereses tanto de la propia persona como de terceros, la presente ley establece que las personas pueden manifestar sus voluntades digitales para que el heredero, el legatario, el albacea, el administrador, el tutor o la persona designada para su ejecución actúen ante los prestadores de servicios digitales después de su muerte o en caso de tener la capacidad judicialmente modificada. Mediante estas voluntades digitales, las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, en caso de muerte, que la desaparición física y la pérdida de personalidad que supone se extiendan igualmente a los

En este sentido y cohonestándolo con la autodeterminación informativa, MORENTE alude a que el “empoderamiento del titular de la información personal en la realidad digital” flaquea y se desdibuja. Para la autora, la persona, a través de sus interacciones en la red “construye su yo digital o *alter ego* informático, que viene a constituir una parte ineludible de nuestra identidad personal”<sup>153</sup>; en esta era digital la autora postula que la identidad se halla condicionada por dos factores, cuales son, el temporal y el del “relato simultáneo”. El factor temporal se refiere a la proyección de los perfiles creados hacia el futuro, pues “la memoria digital es infinita”, lo que puede comprometer la suerte de posibles opciones futuras -es común que un cierto perfil ideológico que fue creado en el pasado blinde el acceso a un posible empleo futuro-, lo que se traduce en una grave restricción al libre desarrollo de la personalidad. En cuanto al “relato simultáneo” que destaca la autora como “factor condicionante”, MORENTE alude a que “la identidad digital no solo depende de nuestra narración, de nuestras acciones, omisiones o interacciones con otras personas, sino que es el resultado de un diálogo simultáneo y permanente que escapa a nuestro control”, al poder alcanzar fácilmente a conocer otras identidades a través de la identidad de otra persona, lo que es fenómeno propio de las redes sociales<sup>154</sup>. Según ALPA en esta era digital la persona se transforma “combinando su dimensión corporal con la dimensión virtual”, refiriéndose la primera al ambiente en el que vive, y la segunda a “la proyección al infinito del mundo informático”<sup>155</sup>.

Nótese que si ya entraña dificultades definir qué es la identidad y desgajarla de los demás derechos de la personalidad, en este contexto la dificultad aumenta exponencialmente. La proyección social de la identidad, llamémosle ordinaria, tal y como venía siendo considerada y cuya tutela constituía el bien jurídico a proteger en los ordenamientos en los que se ha configurado el derecho a la identidad personal como derecho independiente, nada tiene que ver con la proyección de la identidad digital actual que no se asemeja en nada a la proyección social para la que fue concebida. ALPA pone énfasis en que la identidad digital se halla íntimamente conectada también con la

---

entornos digitales y que eso contribuya a reducir el dolor de las personas que les sobrevivan y de las personas con las que tengan vínculos familiares, de afecto o amistad, o bien que se perpetúe la memoria con la conservación de los elementos que estas determinen en los entornos digitales o con cualquier otra solución que consideren pertinente en ejercicio de la libertad civil que les corresponde en vida (...).”

<sup>153</sup> Op. cit. MORENTE PARRA, V. (2019) “Big data...”, p.247.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 251.

<sup>155</sup> Op. cit. ALPA, G. (2021) *Il diritto...*, p. 248.

dignidad de la persona, pues la identidad “se reconstruye virtualmente sobre la base de los datos recopilados de la red y atribuidos a la persona”<sup>156</sup>.

En los casos en que los datos identificativos propios de la identidad real puedan corroborarse en el acceso a la Red, esta identidad digital puede asemejarse con mayor intensidad a la, llamémosle, real. Esto es, en casos en que en la interacción el sujeto deba identificarse por medio, por ejemplo, de certificado digital, o incluso cuando el sujeto realiza una compra por Internet mediante pago con tarjeta, pues los datos necesariamente coincidirán con los reales, en términos generales. Sin embargo, esto no es así en el acceso e interacción a través de las redes sociales u otras plataformas, en las que no es extraño no tener prácticamente que introducir datos o que sea suficiente para el acceso datos como el nombre, el sexo, la fecha de nacimiento o edad y el lugar de residencia. Datos similares a los que sirven para la identificación ordinaria pero fácilmente sorteables o falsificables, pues rara vez son corroborados por los prestadores del servicio.

A esto se le aúna que en la red podemos encontrarnos con otra inmensidad de identidades digitales, que ni tan siquiera emanan de la creación humana, sino que son creadas de forma aleatoria por tecnologías que crean perfiles ficticios, perfiles que existirán en la red pero que no han sido ni tan siquiera creados por personas.

Ello nos lleva a advertir que no siempre las identidades digitales pueden concebirse como extrapolaciones de la persona o como una extensión de su propio yo auténtico, por cuanto muchas veces no se van ni a asemejar a la identidad real, incluso en algunos supuestos terceros suplantarán una determinada identidad. Y ni siquiera tampoco podemos afirmar que esas identidades en cualquier caso sean creadas por una persona puesto que pueden ser creadas por tecnologías carentes de personalidad jurídica.

ARCE postula que la era digital supone grandes retos para la ciudadanía como la venimos entendiendo, pues en esta nueva era, de transformación profunda, se “cuestiona la configuración tradicional de la propia persona como titular de la ciudadanía (...) la digitalización transversal de la sociedad ha producido un

---

<sup>156</sup> Ibidem, p. 286.



desdoblamiento de la persona: mi «yo analógico» y mi «yo digital» (..)»<sup>157</sup>, adelantándose este último incluso al del propio nacimiento de la persona<sup>158</sup>.

Debe incidirse también en los riesgos que entraña para la identidad la proliferación del uso de redes sociales y plataformas por parte de las personas menores, sin un control o un adecuado conocimiento del funcionamiento y riesgos<sup>159</sup>. También en

---

<sup>157</sup> Op. cit, ARCE JIMENEZ, C. (2022) “Desafíos...”, pp. 243.

<sup>158</sup> Basta pensar, por ejemplo, tal y como también indica el autor, en la compartición de datos, generalmente por parte de los progenitores, de ecografías del nasciturus en las redes sociales.

<sup>159</sup> En cuanto a la interacción en las redes de los hijos e hijas menores por parte de sus progenitores, representantes u otros familiares, vid. op. cit. FLORIT FERNÁNDEZ, C. (2021) “Kidfluencers: menores de edad emancipados autónomos en internet”. *Actualidad Civil n°2, Sección Persona y derechos, A fondo, febrero 2021. Wolters Kluwer. (LA LEY 2180/2021)*. También resulta muy interesante la lectura de la obra op. cit. de PLANAS BALLVÉ, M. (2020) El fenómeno sharenting..., que define al fenómeno -sharing representations of one’s parenting or children online- como “la práctica de los padres de utilizar las redes sociales para comunicar información personal, especialmente imágenes, sobre sus hijos menores de edad. “, pp. 251.

También en este sentido vid. AMMERMAN YEBRA, J. (2018) “El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana, n°8, bis (extraordinario)*, que refiere a que los progenitores “comienzan a crear una identidad digital de los menores a veces incluso antes de su nacimiento, mostrando a todo aquel que acceda a su cuenta los logros y desencuentros de sus hijas e hijos. Lo harán normalmente sin el consentimiento de los menores, acusadamente cuando son de corta edad, y en su doble posición tanto de representantes legales y por tanto garantes de los derechos de la personalidad de los menores, como de narradores de las historias personales de estos.” Lo que constituye una vulneración de los derechos de la personalidad de los menores por parte de sus progenitores y los expone a graves riesgos.

En este sentido, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE-A-2018-16673, dispone en su artículo 7, relativo al consentimiento de los menores de edad, que “1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.”; asimismo, en su artículo 84, en cuanto a la protección de los menores en Internet, preceptúa que: “1. Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales. 2. La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos

este sentido, GAMERO apuntaba a la necesidad de guiar y supervisar a los/las adolescentes hasta que alcancen la madurez suficiente para utilizar internet, mostrando su preocupación por la sobreexposición sin suficiente conocimiento ni educación acerca del uso de las nuevas tecnologías, especialmente en la creación de perfiles de identidad<sup>160</sup>. ANDREU MARTÍNEZ alude a que la necesidad creciente de fomentar la participación de la persona menor en las cuestiones que le afectan traspasa también al contexto digital “desarrollando su personalidad” en las redes, creándose “una identidad digital, una biografía digital, una reputación online (...)”<sup>161</sup>. Esta reputación online, según BATUECAS no debe confundirse con la identidad digital, pues para la conformación de esta última las opiniones que los terceros expresen no pueden conformar su identidad digital a menos que la propia persona las reconozca o se pruebe su certeza<sup>162</sup>.

En cuanto al concepto de identidad digital, los autores coinciden en asociar la identidad digital al desarrollo de las tecnologías de la información y a vincular la

---

fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.” A su vez, el artículo 92 trata de ocuparse de la protección de datos de los menores por parte de los centros educativos y personas físicas o jurídicas en los que los menores desarrollen actividades, estableciendo que: “Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información.

Cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta ley orgánica”.

<sup>160</sup> Op. cit. GAMERO, R. (2009) “La configuración...”. La autora afirma en este sentido, que “Sin duda, la mejor manera de ayudarles es complementar su formación con un proceso de alfabetización mediática, que les ayude, no ya a usar las herramientas (en esto, en general, no tienen ningún problema), sino a saber hacer y a saber ser en la Red a través de ellas. En esta tarea, los padres y los educadores juegan un papel esencial, ya que tienen que concienciar a sus hijos de la necesidad de ser responsables a la hora de usar las tecnologías ayudándoles a trabajar en sus competencias digitales”.

<sup>161</sup> Vid. ANDREU MARTÍNEZ, M.B. (2018) “Los menores y sus derechos en la sociedad digital” en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO / PIÑAR MAÑAS (Dir.) *Sociedad Digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, pp. 417-437.

<sup>162</sup> En este sentido, BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”, p. 959.

identidad digital con el conjunto de datos sobre la persona que la identifican en ese medio, como parte integrante del mundo 2.0<sup>163</sup>.

Para FERNÁNDEZ BURGUÑO “la identidad digital es el ser o el pretender ser en la red”<sup>164</sup>, y va íntimamente ligada a la consciencia que tiene la persona de sí misma como distinta a las demás en su interacción en la red. Según GETE-ALONSO puede definirse la identidad digital como el conjunto de datos propios de individualización de una persona frente a los demás que resulta de lo que aparece en el mundo digital acerca de ella<sup>165</sup>. Para PÉREZ BEZ el concepto de identidad digital se relaciona con “aquellas interacciones que, a lo largo del tiempo, un usuario de Internet ha venido desarrollando a través de ese medio, y que hace que el resto confíe en que tales acciones han sido llevadas a cabo por quien dice ser”<sup>166</sup>. CHAUDRON, S. y EICHINGER, H definen la identidad digital como “un conjunto de atributos -información digital- vinculable a una entidad -individuo, organización o cosa-, que es creado por la propia entidad, enriquecida por otras entidades que interactúan socialmente deliberadamente, o no, conscientemente, o no, y que permite el reconocimiento de la entidad por otros como socio confiable de comunicación e intercambio, posiblemente mediante identificación y autenticación. (...), sigue siendo una descripción y un reconocimiento de una entidad (individuo, organización o cosa) basado en un conjunto de atributos; una construcción social en constante evolución que es multifacético y vinculable a prácticamente un número ilimitado conjunto de atributos que crecen con las actividades digitales de la entidad”<sup>167</sup>. La identidad digital también es definida como la creación a partir de la

---

<sup>163</sup> Este término es acuñado desde el año 2003, en que tuvo lugar la proliferación de herramientas en Internet (blogs, redes sociales, canales de compartición, etc.) que permitían al usuario interactuar dejando de ser prácticamente un mero receptor proporcionándole un papel mucho más activo.

<sup>164</sup> FERNÁNDEZ BURGUÑO (2012) “Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación online”. *adComunica, Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº3. Consultable en: <https://www.e-revistas.uji.es/index.php/adcomunica/article/view/5062> (última consulta 20/03/2022)

<sup>165</sup> Vid. op. cit. GETE-ALONSO (2020) “Aproximación a la identidad digital...”, p. 80.

<sup>166</sup> Vid., op.cit. PÉREZ BES, F. (2018) “Identidad...”.

<sup>167</sup> CHAUDRON, S. y EICHINGER, H (2018) “Eagle-eye on Identities in the digital world”. *Joint Research Centre (JRC), Publications Office of the European Union*. Consultable en: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC110266> (última consulta 12/03/2022).

propia actividad en Internet y de la actividad de los demás, y aparte de poder ser múltiple, al hallarse “fragmentada”, puede también ser distinta a la “analógica” por la simple razón de que cada cual quiere mostrar lo que le parece mejor de sí mismo, como “self-presentation”, “la identidad digital puede mostrar cómo es de diversa la propia vida y como es de múltiple la propia identidad”, tal y como propugnan GIONES-VALLS y SERRAT-BRUSTENGA<sup>168</sup>.

BATUECAS concibe a la identidad digital como el “conjunto de signos o rasgos (atributos) de una persona que son consustanciales a ella de una manera inequívoca en el entorno digital y que permiten diferenciarla de los demás” y, asimismo, sostiene que la distinción entre identidad e identificación existente en el plano físico o analógico debe transponerse al plano digital, y, en consecuencia, debe distinguirse entre identidad digital e “identificación digital o electrónica”<sup>169</sup>. Para el autor la identidad digital no debe entenderse como otra identidad distinta o diseccionada a la real, sino como la “manifestación del individuo en un entorno distinto”.

Para PIÑAR MAÑAS, a diferencia de la identidad personal, que se construye en base a la realidad física, la identidad digital con la que coexiste “depende de factores que no siempre operan en el mundo físico o lo hacen de un modo muy diverso”. Para el autor, en la creación de la identidad digital concurren elementos propios de la identidad que cada uno quiere arrogarse y otros que le vienen dados por terceros. El autor afirma que la identidad digital puede “llegar a ser definida no desde la autonomía de la persona sino heterónomamente. El poder de los algoritmos puede configurar la identidad de la persona, una identidad controlada, diseñada y vigilada.”<sup>170</sup> Este control se superpone y puede incluso anular la libertad en el desarrollo de la personalidad de los sujetos con los

---

<sup>168</sup> Al respecto, vid. GIONES-VALLS, A./ SERRAT-BRUSTENGA, M. (2010) “La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital”. *Textos universitaris de biblioteconomia i documentació*, nº24, Universitat de Barcelona. En palabras de las autoras, “Una misma persona puede tener diferentes identidades, por ejemplo, como fan de un grupo de música internacional, como miembro de una comunidad religiosa y como integrante de una saga familiar. Estas tres identidades pertenecen a la misma persona y eso se puede ver fácilmente reflejado en Internet”, p. 5.

<sup>169</sup> Vid. op. cit. BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”, p. 946. Afirma el autor, que: “la identificación digital está referida al proceso de comprobación de la veracidad de los datos que representan de manera única a una persona y que en el entorno virtual se viene denominando también “autenticación” (...).”

<sup>170</sup> Op.cit. PIÑAR MAÑAS (2018) “Identidad y persona...”. El autor afirma que si en base a nuestras preferencias captadas online -online behavioral advertising- se nos muestran siempre opciones semejantes “a largo plazo y de forma casi desapercibida puede llegar a condicionar e incluso definir desde fuera la personalidad del ser humano, que poco a poco pasa a ser más controlable y maleable”, p.102.

peligros que ello entraña para la libertad del ser humano en manos de estructuras de poder.

Podríamos entender que la formación de la identidad digital de un sujeto comienza en el momento en que introduce datos en la red. Algunos de estos datos, como refería, coincidirán con los datos identificativos de su persona y pueden ser contrastados en los registros públicos o corroborados a través de medios tecnológicos como el certificado digital. Ahora bien, coincidan o no, como he apuntado, muchas veces no serán contrastados con los reales. Es más, su inicio puede no haber sido llevado a cabo por el propio sujeto, sino por terceros, tal y como apunta GAMERO (2011), al advertir que la compartición de datos en la red por parte de los usuarios sin un control suficiente les expone a graves vulneraciones de sus derechos y a que “la huella que se deja en Internet puede condicionar las relaciones futuras”<sup>171</sup>.

Otros autores se refieren a la visibilidad de los datos como creación de la “marca” personal<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> Vid. interesante artículo de GAMERO, R. (2009) “La configuración de la identidad digital”. *Revista notaenter-IE*, nº 131. Consultable en: [https://cursa.ihmc.us/rid=1H8FQCI5D-R3NH13-47X/acerca\\_de\\_la\\_identidad\\_digital.pdf](https://cursa.ihmc.us/rid=1H8FQCI5D-R3NH13-47X/acerca_de_la_identidad_digital.pdf) (última consulta 27/04/2022), en el que la autora refiere la problemática por la explotación comercial de los contenidos digitales confeccionados por los usuarios de Facebook aunque estos hubieran eliminado sus cuentas, y en la que afirma que: “(...) tener el control absoluto y la propiedad sobre su información personal para desactivarla en cualquier momento puede no ser compatible con la posibilidad o, mejor dicho, la funcionalidad de compartirla con otros”.

<sup>172</sup> Al respecto, vid. op. cit. GIONES-VALLS, A./ SERRAT-BRUSTENGA, M. (2010) “La gestión...”, en la que afirman que “cabe preguntarse hasta qué punto es visible la propia «marca» personal, nuestro nombre. Para las empresas el solo hecho de generar señales de cualquier tipo ya se tiene en cuenta como una acción de marketing; a escala personal hay que valorar si esto es algo beneficioso o no.” p.6.

En cuanto a la marca personal, resulta interesante el artículo de PETERS, T. (1997) “The Brand Called You, Fast Company”, consultable en: <https://www.fastcompany.com/28905/brand-called-you> (última consulta 20/05/2022). Para el autor, con la proliferación de la tecnología digital todos deben ser su propia marca, destacarse y autosignificarse en la red, como clave del éxito, como lo han hecho las grandes empresas. Así, ya por aquel entonces, el empresario afirmaba respecto a la marca personal (personal branding) que: “(...) very single Web site sponsor. In fact, the Web makes the case for branding more directly than any packaged good or consumer product ever could. Here’s what the Web says: Anyone can have a Web site. And today, because anyone can ... anyone does! So how do you know which sites are worth visiting, which sites to bookmark, which sites are worth going to more than once? The answer: branding. The sites you go back to are the sites you trust. They’re the sites where the brand name tells you that the visit will be worth your time — again and again. The brand is a promise of the value you’ll receive. (...) The key to any personal branding campaign is “word-of-mouth marketing.” Your network of friends, colleagues, clients, and customers is the most important marketing vehicle you’ve got; what they say about

En cuanto al contenido de la denominada identidad digital, BATUECAS sostiene que los únicos datos que pueden integrar el contenido de la identidad digital son los datos “oficiales” propios de la identificación de la persona<sup>173</sup>, los datos relativos a su identidad ideal (o de la identidad intelectual o moral) que sean reconocidos por la propia persona de forma auténtica, con independencia de que los haya publicado esta o un tercero, y, por último, los datos que integren la identidad de la persona de forma contrastable -pertenencia a una asociación, intervenciones públicas en las que se reflejen sus pensamientos como interacciones en redes...-; son datos estos últimos, que, aunque no hayan sido reconocidos por la propia persona, siempre que se pueda constatar que objetivamente guardan una relación con ella, integran su identidad digital. Para el autor los únicos datos susceptibles de poder construir e integrar la identidad digital son estos y requieren de veracidad y exactitud. El autor esgrime que, a diferencia de los anteriores, existen otros datos que no pueden conformar la identidad digital, cuales son, “las opiniones que los terceros expresen en Internet sobre una persona”, a menos que sean reconocidos por esta o bien se acredite su veracidad; “los perfiles que se hayan elaborado a partir del tratamiento de datos personales para la posterior toma de decisiones automatizadas” o bien “las acciones que una persona haya llevado a cabo en Internet” -por ejemplo el historial de visitas a páginas web-<sup>174</sup>.

La inmensa cantidad de datos arrojados a la red, se irán tejiendo y quedarán registrados y almacenados a cada acceso o interacción con cualquier otra persona de la red, lo que generará un acervo de datos o información que conformará lo que esa persona

---

you and your contributions is what the market will ultimately gauge as the value of your brand (...).”

En relación a este concepto, vid. también PÉREZ ORTEGA, A. / PLANA, J.R. et al. (2011) *Personal Branding*. Madrid Excelente.

<sup>173</sup> Op. cit. BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”. Para el autor, de acuerdo con la mayoría de autores, identidad e identificación operan en “planos distintos. La identidad actúa en el plano de permitir o sustentar el desarrollo de la personalidad del individuo, de vivir conforme a lo que piensa y siente, mientras que la identificación se reserva (aunque no exclusivamente) para actuar en el plano administrativo, con la finalidad de individualizar a la persona dentro del grupo”; a lo que añade la autora que es necesario traspasar esta diferenciación al plano digital, y que esta identificación (o *autenticación*) engloba menos rasgos que la que los que se integran en el plano de la identidad *ideal*. p. 947.

<sup>174</sup> Vid op. cit. BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”, p. 964. Cabe referir que respecto al historial de compra de la persona en Internet, la autora refiere a esta, acogiendo el término de ALPA, como la “identidad comercial virtual”, que no es coincidente con la identidad digital, aunque también pudiera entenderse merecedora de protección.

es el mundo digital y la concepción de ella por parte las demás en ambos planos, analógico o real y digital.

Siguiendo con el contenido de la identidad digital, GETE-ALONSO afirma que el contenido de la identidad digital es en parte necesario, en parte voluntario y en parte inevitable. Define la autora al contenido necesario como el mínimo al que la persona no se puede sustraer, estaríamos hablando de los datos básicos requeridos para el acceso; en cuanto al contenido voluntario se refiere al contenido creado por la persona y se refiere a la existencia de un contenido inevitable como aquella acumulación de datos no controlada por la persona que tiene lugar a partir de cualquier interacción en la red, bastando con la mera navegación<sup>175</sup>. Para GETE-ALONSO cada persona tiene una identidad digital por cada lugar, página, etc., a la que accede en Internet, sea cual sea su grado de participación<sup>176</sup>.

Sin embargo, otros autores como ROSALES DE SALAMANCA propugnan que en la era digital hay que diferenciar entre identidad digital -que se equipara a la “analógica” por concebirla como la propia identidad cuando interactúa en la red- y la identidad virtual, que entiende como un híbrido entre “el nombre comercial y la propiedad intelectual”<sup>177</sup>, una creación del sujeto que puede englobar diversas identidades y que difiere de la identidad digital, pues esta última es única y se incardina en la identidad de la persona. Otros autores diferencian entre identidades “formales” e “informales”, dependiendo de si el perfil creado en la que se integra información compartida se asemeja a una de nuestras identidades reales o no, partiendo de la premisa de las distintas identidades que integra un ser humano a lo largo de su existencia<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> Los caracteres más relevantes predicables de la identidad digital para GETE-ALONSO son: a) Es subjetiva o personalísima, tanto por sus componentes como por su pertenencia y creación, aunque en su conformación y modulación constante intervengan terceros usuarios del entorno digital. Según la autora es como quiere y siente la persona para sí y para que la reconozcan en la red; b) Es social, puesto que nace para exhibirse al resto de usuarios, con vocación de compartirla con un grupo más o menos reducido de usuarios; c) Es indirecta, pues la identidad digital también es conformada por datos de terceros, como afirma la autora, la identidad digital cristaliza en una identificación obtenida por parte de terceros; y, por ello, d) Es compuesta; y e) es valorable económicamente.

<sup>176</sup> Op. cit. GETE ALONSO, M.C. (2020) “Aproximación...”, p. 93.

<sup>177</sup> ROSALES DE SALAMANCA RODRIGUEZ, F. (2016) “Testamento Digital” en OLIVA LEÓN, R./ VALERO BARCELÓ, S. (Coord.) *Testamento ¿Digital?*. Colección desafíos legales, p. 28.

<sup>178</sup> Vid. ROCA, G. (2012) “¿Qué dice la Red de ti? Redes sociales e identidad digital”. *Revista TELOS*, nº91.

### **2.2.2. Identidad de la persona vs. identidad digital**

Si tratamos de coherencia esta/s identidad/es digital/es que se arroga el individuo con la identidad personal, si aquéllas no son fieles -si es que pueden serlo- a su yo verdadero en su proyección social, no tiene fácil encaje la extrapolación de estas ideas con la noción clásica de identidad personal.

Al analizar esta correlación, BASOLI, E. (2012:93) ya apuntaba a que “la identidad digital, dada su peculiaridad, presenta una serie de elementos problemáticos (...) como la correspondencia entre lo que declaras en el mundo virtual y lo que se representa en el mundo real, junto con la posibilidad de que la persona tenga a su disposición un número indefinido de identidades digitales. En este panorama general, los datos pierden importancia, debido al desenvolvimiento de la vida social ya no a través de la corporeidad, cuando los signos distintivos son inmediatamente perceptibles (...) sino a través de la licuefacción de la comunicación dentro del entorno digital, donde los signos distintivos típicos de la persona tienden a perder importancia”<sup>179</sup>. Añade la autora que, “el concepto de identificación en internet supone, al menos dos facetas, inicialmente como un procedimiento de inicio de sesión utilizando el uso de credenciales, a ciertos servicios que de otro modo serían inutilizables, y en segundo lugar como identificación de un determinado signo distintivo, con el fin de vincular determinadas acciones a una persona particular.” Según la autora la persona que, como tal, ostenta su derecho a la identidad en el sentido tradicional, en la red esta identidad digital quizá no le es exclusiva ni susceptible de la misma protección. La identidad digital es configurable y se halla compuesta de “datos fragmentarios volátiles”, que se crean para con distintos contextos en los que la persona opera, datos que pueden ser absolutamente ficticios.

BAUMAN postulaba que la identidad ligada a los parámetros tradicionales -raza, género, lugar de nacimiento, clase social, familia, entre otros- se hallan en crisis, encontrándose alterados y diluidos en la sociedad tecnológicamente avanzada, sirviéndose de la tecnología los seres humanos para volver a poderse identificar con algún colectivo concreto, aun de forma efímera. A la vez, indicaba el autor que el ser humano busca en esta sociedad pertenecer a algún colectivo y que en la red hallan “totalidades virtuales” que aparentemente ofrecen una forma de convivencia o pertenencia a un colectivo, pero sólo resultan ser un fraude. Para el autor, en la sociedad

---

<sup>179</sup> Vid. BASSOLI, E. (2012) *Come difendersi dalla violazione dei dati su internet. Diritti e responsabilità*. Maggioli Editore.



actual, sociedad líquida, desaparece la introspección de la persona de la mano del teléfono móvil. Las “comunidades virtuales”, como él las denomina, nunca podrán ser un sustituto de relacionarse en un mismo espacio con personas reales. Comunidades, que, tal y como ya apuntaba el autor, son frágiles, efímeras, cambiantes de forma permanente y accesibles fácilmente, pero con difícil abandono, que “no pueden dar sustancia a la identidad personal”, y eso que la búsqueda de la misma es la que nos conduce a explorarlas y a entrar en ellas, pero por el contrario nos alejan y dificultan en la asunción de nuestro propio yo<sup>180</sup>.

También GETE-ALONSO afirma que “mientras la identidad real es demostrable y se conforma con los atributos de la persona, sus experiencias, vivencias e interacción con el espacio social-cultural, la identidad digital es un producto más o menos consciente sobre el que no siempre se tiene un control directo, que se mueve en un espacio amplio en el que es difícil de verificar su realidad, aunque, finalmente, pueda atribuirse una autoría (la de la persona que actúa o abre la cuenta)”<sup>181</sup>.

Algunos autores abogan por la superación de la doble dimensión de la identidad personal en esta era digital. Así, lo recoge FLORIT FERNÁNDEZ, que advierte que “algunos han afirmado que nos encontramos ya en la superación de la tradicional perspectiva dual de la identidad personal -esto es, la que tengo de mí mismo y la que los demás tienen de mí-, alcanzando una triple perspectiva: la que tengo de mí, la que los demás perciben y la que deseo mostrar a los demás creando para ello un perfil que puede tener que ver muy poco con la realidad”<sup>182</sup>, y ésta última, añade, con un impacto exponencial.

No cabe duda de la repercusión creciente de la identidad digital en nuestra era. Ahora bien, la no necesaria coincidencia de la identidad digital con la persona real -en su caso- que la crea, compromete y plantea serios problemas de seguridad a la hora de llevar a cabo transacciones en la red o bien actuando ante organismos que requieran de una autenticación -piénsese en supuestos como la celebración de un contrato o la presentación de un documento ante Hacienda, por ejemplo-, en los que aspectos como la confidencialidad, la seguridad, e incluso la real identificación de las partes no puede ser contrastada como tradicionalmente ante la falta de contacto físico o real entre los

---

<sup>180</sup> Op. cit. BAUMAN, Z. (2005) *Identidad...*, “Dichas comunidades virtuales tampoco pueden dar sustancia a la identidad personal, principal razón por la que nos lanzamos en su busca. Si acaso dificultan que asumamos nuestro propio ser más que lo contrario”, pp. 58-60.

<sup>181</sup> Vid. op. cit, GETE-ALONSO CALERA, M.C. (2020), “Aproximación...”, p.84.

<sup>182</sup> Vid. FLORIT FERNÁNDEZ, C. (2021) “Kidfluencers...”, op. cit.

intervinientes. En estos supuestos, en los que la identidad digital sí debe ser coincidente por cuestiones de seguridad con la identificación real de la persona, tienen un papel importante la Inteligencia Artificial y los sistemas tecnológicos que están diseñándose y que, seguramente en un futuro próximo, serán implementados, tales como el *Blockchain*.

En este sentido, MERCHÁN MURILLO alude al problema que plantea la falta de contacto personal en las interacciones de las identidades digitales, en las que no resulta sencillo identificar a los sujetos que efectúan una transacción<sup>183</sup> y al cambio de paradigma en este marco que plantea la tecnología *Blockchain* para una mayor transparencia y confianza en las transacciones electrónicas automáticas. El autor se plantea si, como parece apuntar esta tecnología, es posible investir de personalidad jurídica a la transacción en sí misma considerada afirmando que “si bien existe una conexión entre la identidad digital y cualquier persona, es la información anexada a la transacción la que va a desempeñar el papel crucial en la transacción, no el individuo con el que se supone que se relaciona”, esto es “la identidad de la transacción existe solo como una capacidad abstracta para que la transacción de realice”<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> MERCHÁN MURILLO (2021) “Identidad digital Blockchain e Inteligencia Artificial: aspectos jurídicos de presente y futuro a debate”. *Revista Ius er Scientia*, Col. 7, N°1. Consultable en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/16021/15124> (última consulta 23/04/2022)

<sup>184</sup> *Ibidem*. MERCHÁN MURILLO (2021) “Identidad digital...”.

A este respecto también, IBÁNEZ JIMÉNEZ (2018) *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*. Dykinson. El autor afirma que el Blockchain ha logrado la “consecución plena de una autonomía individual que refuerza extraordinariamente la privacidad, concretada en la construcción de las denominadas plataformas de identidad digital soberana o self-sovereign identity (SSI). Este tipo de sistemas de identidad rebasan la noción tradicional de autenticación” p.85.

Vid también: BOUCHER (2017) *Cómo puede cambiar nuestra vida la tecnología de la cadena de bloques*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. El autor ya indicaba que “La cadena de bloques ofrece un pseudoanonimato; en otras palabras, todas las transacciones son transparentes, pero no están conectadas explícitamente con personas u organizaciones del mundo real, protegiendo la identidad de las partes en toda la cadena de suministro sin comprometer la identidad del registro. La comprobación de los atributos de los bienes y sus movimientos pueden desvincularse de la identidad completa de los usuarios, ocultando datos personales detallados sensibles que exceden de lo necesario para el registro. Sin embargo, el anonimato no es absoluto y, con esfuerzos suficientes, se pueden conectar las transacciones a determinadas partes. Aunque se considera en general una mejora del sistema actual, puede tener consecuencias para la privacidad. Una vez que los bienes llegan al consumidor, el seguimiento detallado debe cesar o, como mínimo, cumplir las normas de privacidad y protección de datos.” Consultable en:

SULLIVAN al analizar la concepción legal de la identidad digital alerta de que la ciencia jurídica puede presentar resistencias a la hora de concebirla como concepto legal compuesto de un conjunto de información en abstracto que incluso puede ser dotado de personalidad jurídica, lo que no plantea especiales controversias para otras disciplinas científicas<sup>185</sup>. La autora en esta obra advierte también de que los sistemas de autenticación de la identidad no son infalibles y que sus fallos pueden provocar serias vulneraciones de derechos a las personas, que deberán enfrentarse al reto de poder contradecir lo que el sistema informático de identidad dice que son.<sup>186</sup>

Cabe hacer un apunte a lo que es algo preocupante también en esta era digital, se trata del avance y proliferación de nuevas tecnologías que se están investigando y se hallan, parece, por el momento, en fase experimental, son las conocidas como neurotecnologías. Al respecto, TXETXU AUSÍN y MONASTERIO ASTOBIZA, consideran que estas tecnologías plantean problemática y su posible uso en seres humanos debe estar guiado por “los principios éticos más robustos” toda vez que “abren la puerta a peligros de manipulación e intervención directa sobre nuestro cerebro y nuestro sistema nervioso, amenazando nuestra integridad mental y, con ello, el último reducto de

---

[http://publications.europa.eu/resource/cellar/9964fbfd-6141-11e7-8dc1-01aa75ed71a1.0005.01/DOC\\_1](http://publications.europa.eu/resource/cellar/9964fbfd-6141-11e7-8dc1-01aa75ed71a1.0005.01/DOC_1) (última consulta 23/04/2022).

En aras de reforzar el compromiso entre los Estados Miembros en el desarrollo de la tecnología blockchain, en 2018 la Unión Europea creó el *Observatorio y Foro Blockchain de la UE*.

Puede consultarse documento en:

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_18\\_521](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_521)  
(última consulta 23/04/2022).

<sup>185</sup> SULLIVAN, C. (2011) *Digital Identity: An Emergent Legal Concept*. University of Adelaide Press, Australia. Consultable en:

<https://www.adelaide.edu.au/press/system/files/media/documents/2019-04/uap-digital-identity-ebook.pdf>

La autora afirma, en este sentido, que: “It is a departure from the familiar to assert that there is an emergent legal concept of identity which is comprised purely of a set of information, let alone to assert that it is endowed with legal personality. (...) is controversial because of its abstract, artificial nature and its implicit denial that the human being is the natural subject of rights. Any assertion that transaction identity is invested with legal personality of this sort is also controversial. However, when viewed from the perspective of other disciplines such as computer science, the notion that information has function as well as meaning is well established, as is machine intelligence whereby computers can make decisions and, indeed, act much like a human being.” p.55.

<sup>186</sup> *Ibidem*. p. 140.

nuestra identidad y nuestra intimidad: la conciencia.”<sup>187</sup> Ante esta coyuntura, recogen las incipientes propuestas de los denominados neuroderechos humanos como premisa básica a la implementación de estas nuevas tecnologías, entre ellos, el derecho a la identidad personal<sup>188</sup> que en este contexto hipotético de uso de las neurotecnologías implicaría la prohibición de que la tecnología pudiera alterar la conciencia de una persona y, por ende, la autoconcepción del yo.

En este sentido, otros autores como RODOTÀ ya alertaban también de los enormes riesgos que existen y existirán para el ser humano en la era posthumanista<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> TXETXU AUSÍN, R.M. y MONASTERIO ASTOBIZA, A. (2020) “Neuroderechos: Derechos humanos para las neurotecnologías”. *Diario La Ley* n°43, Sección Ciberderecho, 8/10/2020, Wolters Kluwer. (LA LEY 12365/2020). Resulta interesante por tratar una cuestión novedosa y por plantear y enumerar la necesidad de configurar nuevos derechos, que denominan neuroderechos, como premisa fundamental a la implementación de estas tecnologías. Entre ellos, además del derecho a la identidad personal ya aludido, el “derecho a la continuidad psicológica”. Según los autores, la neurotecnología puede incidir en la percepción del sujeto a través de la estimulación o modulación de sus funciones cerebrales, lo que implicaría una afectación en su propia identidad, en la concepción del yo como yo mismo durante el tiempo.

<sup>188</sup> Este derecho configurado como nanoderecho humano y en el contexto del estudio del marco del uso de las neurotecnologías se ha formulado en el seno del Proyecto *Brain* impulsado por el neurocientífico Rafael Yuste. Muy interesante resulta el artículo de la revista El Correo de la UNESCO n°1 de 2022. Consultable en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380274\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380274_spa) (última consulta 10/03/2022).

<sup>189</sup> Vid. RODOTÀ, S. (2018) “Del ser humano al posthumano” en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO / PIÑAR MAÑAS (Dir.) *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, pp. 87-93. El autor se refiere a la era en la que, de la mano de la tecnociencia, “la autonomía parece abandonar al ser humano y convertirse en carácter de las cosas, invirtiendo la perspectiva de un ser posthumano como <mejor que el humano> (...)”. En esta era, postula, deben regir los principios de igualdad y de dignidad del ser humano. Advierte de que el posthumanismo supone un “desafío definitivo” pues, “(...) es la creación de sistemas artificiales capaces de aprender, dotados de una forma de inteligencia propia que los hace capaces de someter la inteligencia humana, de crear una simbiosis máquina/persona que influya en la propia evolución de la especie”. P. 90; pudiendo ser “las fuerzas” que están en condiciones de financiar estos proyectos las que incidan en el trayecto entre lo humano y lo posthumano dirigiendo esta “transformación profunda de las propias relaciones sociales”, p.90. Se pregunta, asimismo el autor si “llegará un día, dicen los transhumanistas más radicales, en que el hombre ya no será un mamífero, se librerá del cuerpo, se hará uno con el ordenador, de su cerebro se podrán extraer informaciones luego replicadas con precisión en un ordenador, y tendrá a acceso a la inmortalidad”, p.89.

Al respecto del transhumanismo, puede consultarse el artículo de VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, H. (2009) “Transhumanismo, libertad e identidad humana”. *Thémata Revista de Filosofía*, n°41. Consultable en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/themata/article/view/594> (última consulta: 17/04/2022).

con la injerencia de la Inteligencia Artificial, la robótica, las nanotecnologías y las neurociencias. Para el autor, la era digital ha supuesto la recopilación masiva de datos sobre las personas, en esta ha tenido lugar “el eclipse de la autonomía de la persona”, pues la construcción de la identidad de ha desligado se la autonomía de la propia persona quedando en manos de algoritmos, que clasifican a la persona y sobre los que “construyen proyecciones de sus posibles decisiones futuras”<sup>190</sup>, generándose una “separación entre identidad e intencionalidad”, siendo cada vez más compleja la protección del derecho a la identidad y revelándose absolutamente necesaria “una transformación cultural, una atención civil difundida, una acción pública coherente”<sup>191</sup>.

Para GERGEN, la identidad del ser yo se ha visto enormemente desdibujada en la era digital, afirmando el autor que la transformación social por el uso de las nuevas tecnologías ha provocado tal saturación que ha venido a modificar incluso la manera de concebir el propio yo. Así, afirma que “la saturación social nos proporciona una multiplicidad de lenguajes del yo incoherentes y desvinculados entre sí. Para cada cosa que «sabemos con certeza» sobre nosotros mismos, se levantan resonancias que dudan y hasta se burlan. Esa fragmentación de las concepciones del yo es consecuencia de la multiplicidad de relaciones también incoherentes y desconectadas, que nos impulsan en mil direcciones distintas, incitándonos a desempeñar una variedad tal de roles que el concepto mismo de «yo auténtico», dotado de características reconocibles, se esfuma. Y el yo plenamente saturado deja de ser un yo.”<sup>192</sup>

FARRÉ, centrándose en los medios de comunicación, postula que nunca antes los derechos de la personalidad se han visto seriamente puestos en peligro como lo están en esta era digital. Los derechos de la persona pueden ser fácilmente lesionados ante la difusión masiva de datos del presente y también del pasado de los individuos, datos que redundan en aspectos tan íntimos de la persona como su ideología o su entorno familiar, y que son difundidos teniendo una incidencia clara en la dignidad y la reputación de las personas a las que la información se refiere<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> Ibidem. Alude RODOTÀ (2018) “Del ser humano...” en este sentido a la expresión “Tú eres quien Google dice que eres”. p.90.

<sup>191</sup> Ibidem, p.91.

<sup>192</sup> Vid. GERGEN, K.J. (1997) *El yo saturado. Dilemas de identidad en el mundo contemporáneo*. Paidós, Buenos Aires. pp. 23-27.

<sup>193</sup> Vid. FARRÉ LÓPEZ, P. (2008) *El derecho de rectificación: un instrumento de defensa frente al poder de los medios*. La Ley, p.42.

RAFFIOTTA alude a que la identidad digital se halla intrínsecamente ligada a la identidad personal, pues sin esta última, la primera no puede existir y es de la última de la que emana, en palabras del autor “la identidad digital describe y representa la identidad personal”, sin embargo, después de referir también que en el mundo digital las identidades pueden ser falseadas al pretender ser otra persona, apunta a que el jurista debe plantearse si la identidad digital debe ser protegida por el ordenamiento jurídico de forma autónoma y en base a la misma fundamentación que la identidad personal<sup>194</sup>.

Es conveniente también reiterar que el volumen de informaciones erróneas o inexactas es sumamente mayor en la era digital cuando estos datos son arrojados a la Red, pues la mayor parte de los usuarios desconocen el alcance de la información facilitada y su perdurabilidad. A lo que se le suma la dificultad para suprimir los datos publicados e incluso para hallarlos, al encontrarse fragmentados en la red<sup>195</sup>, hecho que contrasta con la naturaleza cambiante del ser humano, que puede haber publicado algún dato que en ese momento no era erróneo o inexacto pero que en este momento o en un momento futuro puede resultar inexacto e irrogarle un perjuicio. Algunos autores indican que es necesario proceder a rediseñar los mecanismos de protección para el restablecimiento de este derecho. Otros defienden que los datos que conforman la identidad sólo pueden ser los reales, por los que la identidad digital debe ser protegida como el “derecho matriz” a la identidad, habida cuenta de que es la propia identidad lo que se tutela, pero en el ámbito digital<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> Op.cit. RAFFIOTTA (2010) “Appunti...”.

<sup>195</sup> Vid. op.cit. MORENTE PARRA, V. (2019) “Big data...”, al constatar que: “Si bien la persona debe ser la única hacedora de su propia biografía, la única constructora de su identidad personal, en el ámbito informático la representación de nuestra identidad se construye dentro de los parámetros establecidos por otros, por ejemplo, por Google, amo de internet que decide quién, cuánto, cuándo y cómo aparece en sus dominios. Esto da lugar a una “identidad dispersa”, ya que las informaciones sobre una misma persona se hallan en bancos de datos diferentes y donde cada uno de ellos recoge partes fragmentadas de la identidad de dicha persona. Además, se trata de una identidad “incognoscible” para el interesado porque muchos de esos bancos de información son de difícil, e incluso imposible, ubicación y acceso (...)”, p.250.

<sup>196</sup> En este sentido, BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”, op. cit, p. 950.

### **2.2.3. Protección de otros derechos relacionados con la identidad digital**

En cuanto a la tutela de la identidad digital por parte del ordenamiento es necesario hacer mención a la protección de otros derechos que se hallan íntimamente relacionados, como son el derecho de rectificación y el derecho al olvido. Estos derechos se erigen en el plano de la identidad digital como especialmente sensibles y necesarios de protección.

En cuanto al derecho de rectificación, MARTINEZ CALVO alude a que su protección ha sido extendida a “las informaciones difundidas en redes sociales o servicios equivalentes” pero que no ha sido concebido para poder proteger informaciones más allá de las no coincidentes al momento de su publicación, y que para abordar estas cuestiones aparece el derecho de actualización.

También es muy reseñable la relación entre el derecho de rectificación y el derecho a la identidad personal. En el derecho italiano, numerosos autores han postulado que este derecho es un instrumento de tutela de la identidad personal. FARRÉ refiere que tanto los tribunales italianos como los alemanes han reconocido que la finalidad del derecho de rectificación es el derecho a la identidad personal, para él “mostrarse ante los demás de un determinado modo”; en concreto destaca que el derecho de rectificación “constituye una forma de protección de la autodeterminación de las personas”. Para el autor, cuando se difunde una información inexacta que alude a una persona, el derecho de rectificación pretende tutelar su honor o dignidad, y, asimismo, protegerle de la lesión producida con motivo de esta inexacta atribución y que ha conllevado un falseamiento de su “imagen o la reputación social de la persona, o, en sentido amplio, su identidad personal.”<sup>197</sup>

Cabe referir que la identidad digital se relaciona también con el denominado derecho al olvido digital. Para SCHIAVI cuando nos referimos al derecho al olvido, estamos aludiendo al derecho de la persona a que los contenidos existentes en la Red y que la hagan identificable no estén a disposición de cualquiera de forma permanente e indefinida en Internet. El autor insiste en que una vez arrojada esta información a la Red, la información queda al alcance de cualquiera “sin ninguna restricción ni límites territoriales a través de buscadores o motores de búsqueda en plataformas digitales, sin mediar consentimiento ni notificación alguna al titular de los datos”<sup>198</sup> al que no se le

---

<sup>197</sup> Vid. op. cit. FARRÉ LÓPEZ, P. (2008) *El derecho...*, p.180.

<sup>198</sup> Op. cit. SCHIAVI (2019) “Reputación on line...” p.157.

consulta ni tampoco se le informa ni siquiera de quien accedió a los mismos. Así, para este autor el derecho al olvido no implica eliminar u ocultar una información existente en la red, sino más bien “el derecho de la persona a no permanecer expuesta o vinculada de por vida a estos hechos en las redes sociales e internet, como si fuera una extensión, en el mundo de las redes sociales (...)”<sup>199</sup>. El autor afirma que, desgraciadamente, “una vez se sube información en la web, el derecho a la privacidad deja de existir conjuntamente con el derecho al olvido”<sup>200</sup>. Otros autores también apuntan en el mismo sentido, el nuevo mundo digital ha comprometido severamente nuestras libertades, la sociedad ha aceptado la digitalización y la vida en esta nueva era, pero todo ello en detrimento de la protección de algunas esferas de la persona tal y como las veníamos entendiendo. La vida algorítmica compromete y limita el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> Ibidem.

<sup>200</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>201</sup> En este sentido, vid. op. cit. MORENTE PARRA, V. (2019) “Big data...”, cuando afirma que: “(...) no estamos en un momento histórico de conquistas para la dignidad humana, sino todo lo contrario. Parece que las nuevas tecnologías nos hurtan cada vez más deprisa espacios que hasta la fecha creíamos conquistados por los derechos fundamentales. En una sociedad que se cree más libre que ninguna otra nos encontramos más encadenados que nunca. ¿Cómo vamos a mantener el espacio conquistado por los derechos fundamentales ante este tsunami informático? Quizá lo primero que haya que asumir sea precisamente la pérdida paulatina de la autogestión de ciertos espacios, al menos como lo hemos entendido hasta ahora. Esta pérdida de autogestión se proyecta sobre nuestra intimidad, privacidad y nuestro libre desarrollo de la personalidad en pos de una “vida digital” inserta en una comunidad de identidades poliédricas y participadas, donde seguramente surgirán nuevas formas de discriminación basadas en perfiles algorítmicos que gozarán del rigor matemático. Nos encontramos pues, ante potencial una nueva clasificación social, e incluso en el peor de los casos, ante nuevas estigmatizaciones sociales. Quizá ni siquiera podamos apelar a una nueva hermenéutica de los derechos fundamentales con la finalidad de adaptarlos a las exigencias de la sociedad informática, y lo que nos quede únicamente sea asumir la pérdida “consentida” y “consciente”, total o parcial, de algunos espacios que creíamos conquistados.”, p. 252.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE-A-2018-16673, establece en su artículo 85 que:

“1. Todos tienen derecho a la libertad de expresión en Internet. 2. Los responsables de redes sociales y servicios equivalentes adoptarán protocolos adecuados para posibilitar el ejercicio del derecho de rectificación ante los usuarios que difundan contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, atendiendo a los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. Cuando los medios de comunicación digitales deban atender la solicitud de rectificación formulada contra ellos deberán proceder a la publicación en sus archivos digitales de un aviso aclaratorio que ponga de



---

manifiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo. Dicho aviso deberá aparecer en lugar visible junto con la información original.”

En el artículo 86 se refiere al derecho de actualización, en cuya virtud:

“Toda persona tiene derecho a solicitar motivadamente de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernen cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio. En particular, procederá la inclusión de dicho aviso cuando las informaciones originales se refieran a actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado como consecuencia de decisiones judiciales posteriores. En este caso, el aviso hará referencia a la decisión posterior.” Cabe referir que el sujeto pasivo frente al que se dirigiría la hipotética solicitud o reclamación sería el titular del medio de difusión, no el sujeto particular que difunde la información o datos erróneos.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 *Google Spain, S.L. v. AEPD y Mario Costeja Gonzalez*, ECLI:EU:C:2014:317. Pueden destacarse los puntos 36 a 38, y 80 en los que refiere el TJUE que:

“un tratamiento de datos personales como el controvertido en el litigio principal, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda (Google), puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo (...). También en su punto 84 indica que :”A este respecto, cabe señalar que, habida cuenta de la facilidad con que la información publicada en un sitio de Internet puede ser copiada en otros sitios y de que los responsables de su publicación no están siempre sujetos al Derecho de la Unión, no podría llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados si éstos debieran obtener con carácter previo o en paralelo la eliminación de la información que les afecta de los editores de sitios de Internet”.

Conviene referir que el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (RGPD) con el título “Derecho de supresión” contiene el derecho al olvido, preceptuándose que:

“1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernen, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el

---

cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1. 2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos. 3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable; c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3; d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.”, lo que pone de relieve que como todo derecho no es absoluto y que debe existir un equilibrio y ponderación con estos últimos derechos a los que refiere (en esencia, los derechos de libertad de expresión, y el derecho y deber de información).”

También la referida Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE-A-2018-16673, como garantía de los derechos digitales de ocupa en sus artículos 93 y 94 del derecho al olvido en búsquedas de internet y en servicios de redes sociales y servicios equivalentes, respectivamente. Así, en su artículo 93 preceptúa que:

“1. Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet. Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo.

2. El ejercicio del derecho al que se refiere este artículo no impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho.”

A su vez, en su artículo 94 se indica:

“1. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes.

2. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del

---

tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. Del mismo modo deberá procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio. Se exceptúan de lo dispuesto en este apartado los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas.

3. En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2”.

En cuanto al derecho al olvido digital resulta especialmente relevante el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil. Sección Pleno) núm. 545/2015, de 15 de octubre, ECLI:ES:TS:2015:4132, en cuyo FJ 6.8 destaca que:

“El llamado «derecho al olvido digital», que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, «posicionando» a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país. Pero dicho derecho sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos.”

En este mismo sentido, entre otras, vid. STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) nº 210/2016, de 5 de abril, ECLI:ES:TS:2016:1280, en la que se recoge también, que, el derecho al olvido digital es una concreción de los derechos que para los afectados se derivan del principio a la calidad de los datos en la normativa sobre protección de datos de carácter personal. Ta y como consta en su FJ10.5:

“un tratamiento de datos que es lícito inicialmente, por respetar las exigencias de calidad de datos, puede, con el paso del tiempo, dejar de serlo. El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los requisitos que determinan su carácter lícito y, en concreto, con los principios de calidad de datos (adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud), no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para la finalidad con la que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos”.

Siguiendo con la doctrina, PAZOS CASTRO afirma que el derecho al olvido en la era digital no es tal, pues lo que se produce es una “oscuridad digital” dada cuenta de que, en la práctica, lo que se produce es que el buscador no facilita la información, perdiéndose en la inmensidad de la red y aboga por una mayor conciencia y responsabilidad de los usuarios y por una tutela de sus derechos amparada en otros derechos de gran raigambre, como son el derecho a la intimidad y/o el derecho al honor<sup>202</sup>. Sin embargo, otras autoras como MARTINEZ LÓPEZ-SAEZ insisten en la necesaria tutela del derecho al olvido para proteger la dignidad de la persona y, por ende, los cimientos de los derechos de la personalidad<sup>203</sup>.

PINO también apunta a que debe protegerse al individuo frente posibles “resucitaciones” de proyecciones sociales que pertenecen a su pasado y que el sujeto no quiera que sean revividas y tenidas en cuenta ahora por los demás<sup>204</sup>. Aludiendo al

---

También, cabe referir la STS (Sala 3ª) 1175/2020, de 17 de septiembre, ECLI:ES:TS:2020:2873, a cuyo tenor, conforme a su FJ2:

“(…) el derecho al olvido tiene como finalidad permitir a toda persona construir su vida sin la carga del pasado, por no concurrir un interés o utilidad social que justifique las consecuencias negativas asociadas a la publicidad de una noticia legítimamente divulgada en el pasado, cuando el transcurso del tiempo ha diluido el interés público subyacente en el mismo. Se fundamenta en que ciertas informaciones del pasado no continúen siendo difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios, de modo que hechos públicos, por razón del paso del tiempo, vuelven al área de privacidad o reserva, la esfera privada (Palermo). (...) Ello determina la existencia de un conflicto en el que se hace necesario un juicio de valor o ponderación de los derechos concurrentes, con la valoración de las circunstancias concurrentes a fin de considerar si el beneficio del ejercicio de la libertad de información o expresión es inferior a los daños provocados en otros bienes jurídicos. (..) El desarrollo del derecho al olvido como categoría autónoma se ha producido a nivel jurisprudencial, siendo clave la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha abordado su alcance y contenido en la conocida sentencia Costeja de fecha 13 de mayo de 2014. Asimismo, el Tribunal Constitucional que ha venido delimitando y determinado los criterios de aplicación en supuestos de colisión del derecho a la libertad de información y el derecho al olvido digital como en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, partiendo de la caracterización del derecho al olvido como una facultad inherente al derecho a la protección de datos personales y por tanto como derecho fundamental que se integra en las denominadas “libertades informáticas”, cuya definición, configuración y límites surgen del artículo 18.4 de la Constitución. (...)”

<sup>202</sup> PAZOS CASTRO, R. (2015) “El mal llamado «derecho al olvido» en la era de Internet”. *Boletín Ministerio de Justicia*, Año 69, nº 2183.

<sup>203</sup> Op. cit. MARTINEZ LÓPEZ-SÁEZ, M. (2022) “Una aproximación jurídico-filosófica...”, p.179.

<sup>204</sup> Alude PINO (2005) “L’identità...”, p. 370, op.cit, a posibles episodios del pasado que una persona trata de enmendar o de olvidar y por los demás son recuperados -por ejemplo, por parte de la prensa, documentales...- siendo de interés del público y que el sujeto ya no quiera proyectar. También el mismo autor (2006), op. cit., alude a que el derecho al olvido, de reciente creación jurisprudencial, es un derecho del individuo de “no ver despertar y proyectar a los ojos del

derecho al olvido, ALPA constata la complejidad existente a la hora de “articular la identidad construida por el interesado y la identidad impuesta por la comunidad”<sup>205</sup> y refiere que, la conservación de los datos relativos a la “identidad histórica”<sup>206</sup> de la persona pueden provocar vulneraciones en su derecho a la intimidad, al honor o a la reputación, debiendo cohonestar estos derechos con el derecho de información.

Las vulneraciones a este derecho al olvido han aumentado en esta era digital. Piénsese en cómo la generalización del uso de internet y las nuevas tecnologías, así como el uso de las nuevas plataformas en que integran un innumerable contenido de imágenes y vídeos, han contribuido a su proliferación. En la red existen infinitos contenidos que pertenecían a personas y que corresponden a momentos de su pasado y que pueden ser recuperadas por los demás y proyectadas al resto, con las consecuencias que este hecho implica en los derechos de la persona en cuestión. Sobre esta cuestión NIGER afirma que “en el mundo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en particular Internet, la identidad se confirma como fruto de una construcción continua, incesante (...) la unidad de la persona se rompe”<sup>207</sup>. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Así las cosas, la doctrina cuestiona la posibilidad de asegurar que la persona tenga derecho al olvido, en el sentido de olvido de lo que ha sido, de los valores, ideas o creencias que tenía y a las que ya no quiere adherirse más.

#### **2.2.4. La tutela de la identidad digital**

Tomando en consideración los anteriores planteamientos, quizá sea necesario volver a situarse en el contexto para el que nació y en el que se concibió el derecho a la identidad personal. Este fue concebido *ad hoc* por la jurisprudencia italiana para preservar la adecuación de la proyección social de la persona a la realidad que quiere mostrar, ser reconocida por los demás como quiere presentarse ante la sociedad sin

---

público, la propia identidad ya perteneciente al pasado”, y que tal vez ha tratado infructuosamente de enmendar, p. 261.

<sup>205</sup> Op. cit. ALPA, G. (2021) *Il diritto ...*, p.230.

<sup>206</sup> *Ibidem*.

<sup>207</sup> NIGER, S. (2008) *Ill diritto all'identità personale en Diritto all'anonimato*. Editorial CEDAM, pp. 129.

tergiversaciones que no se correspondan con esa identidad, llamémosle, real. El surgimiento de este derecho nace en defensa de ciertas publicaciones hechas en prensa que podrían suponer tergiversaciones de la proyección correcta y veraz de la persona en la sociedad, y esto, recuérdese, aunque la posible vulneración no sea peyorativa para el sujeto, pues lo que se protege es el mantenimiento incólume de su proyección, su verdad. Es necesario plantearse si esta noción de derecho a la identidad es plenamente subsumible en esta era o bien debe ser redefinida. NIGER, en este sentido ya apuntaba a que a la complejidad consustancial de definir el derecho a la identidad se le aúna el hecho de que sea todavía más difícil cohesionarlo en esta era, en la que las identidades de la persona se ven multiplicadas y son sumamente cambiantes<sup>208</sup>.

Para BATUECAS no tiene sentido formular un derecho a la identidad digital sin crear y concebir el “derecho matriz” del que se deriva, esto es, el derecho a la identidad; que debe ser protegido y tutelado por el derecho garantizándole a la persona, que entienda vulnerado su derecho, la posibilidad de ejercitar las acciones civiles que tutelen su identidad personal o “ideal” en aras de poder ser declarada la vulneración de su identidad, si procede; a las que deben aunarse en este plano, habida cuenta de que “los rasgos o signos de la persona que se verán vulnerados constarán en forma de datos personales que están siendo objeto de un tratamiento automatizado”, por otras “vías de defensa coordinadas con los derechos en materia de protección de datos” ya existentes, que persigan el cese de la vulneración y la reparación de su derecho a la identidad; como el derecho de rectificación, el derecho de supresión, o el derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales<sup>209</sup>, pero, eso sí, redefinidos para la

---

<sup>208</sup> Op. cit. NIGER, S. (2008) *Ill diritto all'identità...* que concierne al contenido del derecho a la identidad, para el autor, concebido desde una perspectiva burguesa y propietaria, afirma que “L’impresa diventa ancora più ardua allorquando ci trasferiano nella dimensione di Internet, nella quale possiamo assistere alla codiddette «moltiplicazione delle identità»”, p.113.

<sup>209</sup> Este precepto, propio del ámbito de la protección de datos, se halla contemplado en el artículo 86 de la ya mencionada LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En su virtud: “Toda persona tiene derecho a solicitar motivadamente de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernan cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio. En particular, procederá la inclusión de dicho aviso cuando las informaciones originales se refieran a actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado como consecuencia de decisiones judiciales posteriores. En este caso, el aviso hará referencia a la decisión posterior”.

específica tutela del derecho a la identidad personal, pues “la *ratio legis* que fundamenta uno y otro derecho son distintos”<sup>210</sup>.

Autores como FERNÁNDEZ BURGUEÑO afirman que la cada vez mayor protección jurídica de la identidad digital por parte del ordenamiento está “conformando un nuevo derecho que pretende integrar el elenco de los derechos de la personalidad”, queriendo este derecho “asimilarse al derecho a tener un nombre y, salvando la enorme distancia, a tener y desarrollar una vida, aunque sea en versión digital”<sup>211</sup>.

LANDINI concibe la generación de una o varias identidades digitales, ya sea sobre la propia persona, o sobre una persona ficticia, o sobre entidades o ideas, como una premisa básica para acceder a la sociedad virtual en la que se arrojan a la red una cantidad mayor o menor de datos que permiten distinguir de las demás a esa concreta identidad digital y la concibe también como creación, más bien como “expresión de la personalidad de su creador”<sup>212</sup>. Señala LANDINI que la protección de las identidades digitales halla problemas en relación a la protección de las injerencias de los demás al interactuar con la identidad digital creada; asimismo en relación a la muerte de la persona que ha creado esa identidad digital y también cuando la creación de una identidad digital vulnera derechos de la personalidad de otras personas -piénsese por ejemplo el perfil que utiliza fotografías de otra persona-. Para la autora, aunque la identidad digital no sea coincidente con la real, aspectos como el nombre, la imagen y la identidad son “conceptos relacionales”<sup>213</sup> que encuentran protección en los derechos de la personalidad, no siendo necesarias nuevas construcciones jurídicas sino la adaptación de las mismas a los entornos digitales. También indica la autora que el

---

<sup>210</sup> Resultan muy interesantes las vías de tutela de *lege ferenda* planteadas por el autor tanto en protección de la identidad personal como en el plano de la identidad digital y las distinciones que pone de manifiesto en su análisis de los preceptos concebidos para la garantía de los derechos relativos a la protección de datos personales. Vid. op. cit. BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”, pp. 975-982.

<sup>211</sup> Op. cit. FERNÁNDEZ BURGUEÑO (2012) “Aspectos jurídicos de la identidad...”.

<sup>212</sup> Vid. LANDINI, S. (2017) “Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale”. *Rivista di Diritto Industriale*, nº4-5, Milano – Giuffrè Editore, p. 190.

<sup>213</sup> Ibidem. En palabras de LANDINI, S. “Può dirsi che l’identità digitale costituisca una situazione giuridica avente autonoma rilevanza nell’alveo dei diritti della personalità? Come detto l’identità digitale può non coincidere con un’identità reale ma il nome, l’immagine, l’identità sono concetti relazionali e si riferiscono al modo in cui un soggetto si pone ed è identificato all’interno di una certa comunità. Se così è, non si rinviene la necessità di costruire nuove situazioni giuridiche, quanto piuttosto di rileggere i diritti della personalità negli ambienti digitali”, pp. 190 - 191.

creador de la identidad digital puede proteger sus derechos amparándose en la protección conferida por la normativa relativa a los derechos de autor, y que, a su vez, encuentra límites en las prohibiciones de la misma normativa -alude la autora a la prohibición de un perfil de fantasía que tenga por objeto inducir a error a terceros-, “presentándose intersecciones entre persona y propiedad intelectual”<sup>214</sup>.

Así las cosas, ciertamente se plantean dudas acerca incluso de la denominación de identidad digital, pues parece que lo que se trata de proteger en nada tiene por qué asemejarse a la identidad de la persona en sí misma considerada. Es decir, nada tiene que ver con su modo de ser propio y distinto, si muchas veces se arroga otras personalidades o avatares que crea y que pueden o no asemejarse a su yo real -si es que podemos llamarle así- o a sus distintas versiones de sí mismo. De nuevo, en este ámbito la noción de identidad plantea serios problemas de base.

### **3. CONFIGURACION JURÍDICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA**

#### **3.1. CARACTERES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA**

El derecho a la identidad de la persona se ha venido configurando como un derecho subjetivo, concretamente como un derecho de la personalidad, ligado y conectado con la dignidad de la persona. A continuación, se tratan de poner de relieve los caracteres o rasgos definitorios de este derecho que han sido preconizados por la doctrina.

Configuró DE CUPIS al derecho a la identidad personal como un derecho subjetivo y un derecho de la personalidad innato al ser humano, ligado a la persona desde su nacimiento. Para el autor el derecho a la identidad personal “tiene por objeto un bien que (...) constituye una cualidad, un modo de ser de la persona, en efecto, siendo para los demás, igual a sí mismo. La apariencia conforme a la realidad de la personalidad individual sigue siendo un atributo personal”<sup>215</sup>. Y, le acompaña desde su nacimiento, y no sólo por otorgarle un nombre, sino también porque, a pesar o más allá de contar con

---

<sup>214</sup> Ibidem, p. 201.

<sup>215</sup> Vid. op. cit. DE CUPIS, A. (1961) *Trattato di diritto Civile...*, p. 7.



un nombre, desde entonces ya puede “ser identificado y distinguido de los demás, con el fin de hacer que su individualidad real sea reconocible”<sup>216</sup>.

FERNÁNDEZ SESSAREGO formuló los caracteres del derecho a la identidad. El autor propugnaba que los caracteres de este derecho son su naturaleza omnicomprensiva, su objetividad y su exterioridad. Así refería que “la identidad personal es omnicomprensiva desde que involucra todos los aspectos, estáticos y dinámicos, que definen a un cierto ser humano de los demás (...) único, singular, no intercambiable. La identidad personal es objetiva en cuanto supone el conjunto de caracteres que son apprehendidos por los demás en forma concreta y unívoca, tal como la persona es conocida o podría serlo. La identidad personal se presenta en un plano objetivo, captable por las otras personas, en tanto ella se proyecta al exterior.”<sup>217</sup>. Para el autor, este derecho subjetivo de creación jurisprudencial tutela “la verdad biográfica” de toda persona y tiene un mayor alcance de protección que otros derechos de la persona que se hallan estrechamente conectados, como el nombre, el honor, la intimidad, la imagen o la autoría intelectual, pues son otros derechos subjetivos que le son “afines” y que pueden ser simultáneamente lesionados.

---

<sup>216</sup> Ibidem, p.7.

<sup>217</sup> Vid. op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1997) “Daño a la identidad...”, p. 249.

Algunos estudiosos de la raigambre jurisprudencial<sup>218</sup> de este derecho en Italia, como PINO<sup>219</sup> definen el derecho a la identidad personal como “el derecho a que la proyección social de la propia personalidad no esté sujeta a distorsiones como consecuencia de la atribución de ideas, opiniones o conductas distintas de las que ese

---

<sup>218</sup> Es destacable el contenido de la Sentencia de la Corte Suprema de Casación italiana, de fecha 22 de junio de 1985, que se pronuncia acerca de un supuesto en el que se publica una entrevista en prensa del director del Instituto de la investigación contra el cáncer de Milán en la que, según se infiere de la misma, el director afirmaba que unos determinados cigarrillos eran menos nocivos que los demás. En la sentencia que se pronuncia sobre el caso consta: “Cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado digno de protección legal, de ser representado, en la vida de una relación, con su verdadera identidad, así como esto se conoce en la realidad social, general o particular, o podría haberse conocido con la aplicación de los criterios de diligencia normal y de buena fe subjetiva; es decir, tiene interés en no verse externamente alterado, distorsionado, oscurecido, cuestionado por su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc. que se había manifestado o apareció sobre la base de circunstancias concretas y unívocas, destinada a manifestarse en el medio social (...)” en, *Il Foro Italiano*, 1985, I, ss., n.3769 (Caso *Veronesi*). Ya anteriormente, otros antecedentes jurisprudenciales son las sentencias del Pret. Roma 6 y 7 mayo 1974, id. , 1974 ). , 1, 1806 y 3227. *Il foro italiano*. La jurisprudencia italiana ha venido reconociendo, a partir de entonces este derecho, fundándose en su artículo 2 de la Constitución “Derechos políticos y civiles: La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes imperativos de solidaridad política, económica y social”. Como antecedente a la misma se puede destacar la Sentencia del Pretor de Roma de fecha 6 de mayo de 1974 (Foro it., 1974, I, 1806), que se pronuncia acerca de una imagen de una mujer y un hombre que es utilizada sin consentimiento en una campaña contra el divorcio. Estas personas alegan que no están casadas y están a favor del divorcio. La referida Sentencia arguye: “El ordenamiento jurídico protege el derecho de cada persona a no ver desautorizada la autoría de sus actos, en el sentido más amplio, y, sobre todo, a no atribuírsele la autoría de actos que no le son propios, a no verse a sí misma, es decir, a que no se tergiverse su personalidad individual”. Cabe señalar que gran parte de las sentencias se pronuncian en un contexto de injerencias producidas en la persona frente a utilizaciones inconsentidas de su imagen y/o en colisión con la libertad de prensa.

Resulta muy interesante también el análisis de la creación jurisprudencial de este derecho en el ordenamiento jurídico italiano elaborado por RAFFIOTTA (2010) “Appunti in materia...” pp. 3-10 , op.cit.

<sup>219</sup> Op. cit. PINO, G. (2003) *Il diritto...* En esta investigación se examina la acogida del derecho a la identidad como derecho autónomo en el estado italiano, elaborando un extenso estudio de la doctrina y la jurisprudencia para dar respuesta a cómo se ha ido configurando y adoptando este derecho por el ordenamiento jurídico. También muy interesante resulta la obra del mismo autor PINO, G. (2006) “Il diritto all’identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personale” en PANETTA, R. *Libera circolazione e protezione dei dati personali*. Giuffrè, Milano, pp. 257-321. En esta obra, el autor define el derecho a la identidad destacando los pronunciamientos jurisprudenciales que lo crean reproduciendo y recogiendo los pronunciamientos judiciales que considera más significativos desde su aparición.

individuo ha manifestado en la vida de relación”<sup>220</sup> y lo califica como derecho constitucional, por hallarse estrechamente ligado a sus derechos de la personalidad, tal y como ha venido acogiendo la *Corte Costituzionale* italiana<sup>221</sup>, que lo ha venido definiendo como “el derecho a ser uno mismo”, a que a la persona se le respete su vida asociada, en todos los aspectos -religioso, ideológico, moral, social, pues todos ellos “diferencian, y al mismo tiempo califican al individuo. (...) la identidad personal es un activo en sí mismo, independientemente de las condiciones personales y sociales, otorga méritos y defectos del sujeto, para que a cada uno se le reconozca el derecho a que se conserve su individualidad”. Para el autor, este derecho, pretende proteger cualesquiera “expresiones externas de la herencia moral de ese individuo”, siendo, un bien autónomo jurídicamente relevante<sup>222</sup>.

GETE-ALONSO afirma que podemos entender que “la identidad personal es inherente a la dignidad y, en consecuencia pese a que no se formule en el elenco de los derechos personales y fundamentales, es uno de ellos. En realidad la identidad es el soporte necesario para el ejercicio de los derechos en general, en cuanto consustancial a la persona”,<sup>223</sup> pertenece a la esfera íntima de la persona, y a su vez, es oponible *erga omnes*<sup>224</sup>. Considera que se advierte necesaria la protección del derecho a la identidad de la persona precisamente en los supuestos en que el ser humano en la conformación de su identidad se aparta de los estándares o modelos infundados por los contextos que le rodean y que son propios del grupo social en el que habita. En palabras de la autora, en estos casos, es en los que “surge la quiebra, o mejor, se suscita la necesidad de reivindicar lo que es propio”<sup>225</sup>, aludiendo a la identidad sexual y a la identidad de género<sup>226</sup>. En este sentido, conviene ya apuntar a que pueden advertirse los ámbitos en

---

<sup>220</sup> Vid. op. cit. PINO, G. (2003) *Il diritto all'identità personale...*, p. 31.

<sup>221</sup> Según la *Corte Costituzionale* italiana, el derecho a la identidad se halla integrado en el artículo 2 de su Constitución: “Derechos políticos y civiles: La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes imperativos de solidaridad política, económica y social”. Vid. <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/principi-fondamentali/articolo-2> (última consulta 20/02/2022).

<sup>222</sup> Vid. op. cit. PINO, G. (2003) *Il diritto all'identità personale...*, p. 43.

<sup>223</sup> Op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación de la filiación. Stato Quo”, p. 48.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>225</sup> Vid. op. cit. GETE-ALONSO, M. C. (2017) “Identidad e identificación...”, p. 664.

<sup>226</sup> Vid. op. cit. GETE-ALONSO, M. C. (2017) “Expresiones jurídicas ...”.

los que el derecho a la identidad es invocado especialmente en nuestro ordenamiento, como derecho de la personalidad autónomo. Claramente se ha aludido a la necesaria preservación de este derecho en relación a la identidad sexual y la identidad de género, y; también se ha ligado profundamente al derecho a conocer los propios orígenes biológicos,<sup>227</sup> aspecto que será abordado en capítulos posteriores. Asimismo, existe una mayor preocupación por el legislador acerca de la protección de este derecho en el ámbito de la persona menor.

PINO, al igual que ZENO-ZENCOVICH, entiende que el derecho a la identidad personal, construido jurisprudencialmente como escisión del derecho al nombre y del derecho a la imagen, se configura para proteger a la persona frente a las posibles tergiversaciones o alteraciones de las manifestaciones externas de su “patrimonio intelectual, político, social, religioso, profesional, a causa de la atribución de ideas, opiniones o comportamientos”<sup>228</sup> distintos a los que el individuo entienda como propios

---

<sup>227</sup> Al respecto, pueden consultarse interesantes obras como: op. cit. GETE-ALONSO, M.C. y SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*. Tirant Lo Blanch, pp.48-70; o los artículos de FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) “La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos”. *Revista de Derecho de Familia* núm. 87/2020, *Aranzadi* (BIB 2020/11697); GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2016) “Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos” en *Revista La Ley Derecho de Familia* núm. 9/2016 (LA LEY 44/2016), o VILAR GONZÁLEZ, S. (2018) *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*. Bosch Editorial, en la que en sus consideraciones preliminares refiere que: “La identidad personal lleva inherente, por tanto, el derecho de los niños a conocer sus orígenes y a ostentar un vínculo filial derivado de un régimen legal para la determinación de la filiación. En el caso de la filiación por naturaleza, los mencionados derechos a conocer los orígenes y a las relaciones familiares derivadas de los mismos, van de la mano. Mientras que, en el caso de la filiación por adopción, tiene lugar un desmembramiento entre el derecho del niño a conocer sus orígenes que lo unen a su familia biológica frente al vínculo jurídico que se crea con los adoptantes. Y, finalmente, en el caso de filiación derivada de TRA, es decir, de filiación a partir del elemento volitivo o voluntad procreacional, no se puede hablar de «derecho a conocer los orígenes», sino de su «Derecho a la Información» relativa a los orígenes biológicos con respecto a los datos genéticos del donante de gametos o de la gestante subrogada, en su caso, pero no a establecer vínculos jurídicos de filiación con los mismos, dado que los niños nacidos a partir de TRA ya tienen un vínculo jurídico: el que les une a quienes prestaron la correspondiente voluntad procreacional”. Acerca de estos extremos se ahondará en otro capítulo de esta investigación.

También resulta interesante, en cuanto a la discriminación por la apariencia de la persona y su afectación a su identidad personal el artículo de GARCÍA ALVAREZ, M.R. (2017) “Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física”. *Trabajo y Derecho*, nº35, Sección Estudios, noviembre 2017, Wolters Kluwer.

<sup>228</sup> Vid. PINO, G. (2001) “Sul diritto all’identità personale degli enti collettivi” en PINO, G. *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, pp.470-484. También en este sentido, vid. op. cit. ZENO-ZENCOVICH, V. (1993) *Identità personale...*, p.3.

en su vida de relación con los demás. PINO, a lo largo de su estudio y su obra parece ampliar el ámbito de tutela que atribuye a este derecho, definiéndolo, más adelante, como, “el derecho a ser uno mismo, tanto en relación con el respeto por las diversas opciones relacionadas con el proyecto de vida” como a la necesidad de una “correcta representación externa de la propia personalidad”<sup>229</sup>.

BATUECAS concibe el derecho a la identidad como derecho que “favorece” el libre desarrollo de la personalidad y de este predica que es “innato e inherente de la persona, personalísimo, con eficacia *erga omnes*, no susceptible de transmisión o renuncia, no sujeto a prescripción y que está fuera del alcance de los hombres”<sup>230</sup>.

KRASNOW afirma que el derecho a la identidad personal se ha erigido y consagrado como un derecho humano personalísimo y que es el primer “eslabón” de la identidad, pero no el único, es su propia génesis, su verdad biológica<sup>231</sup>. Para la autora, la identidad acompaña a la persona desde su concepción hasta la muerte. Conecta fuertemente este derecho, según la autora, con el derecho de la persona a conocer sus orígenes por ser este último un aspecto que determina e incide en el desarrollo de su personalidad.

VELA SÁNCHEZ, en el mismo sentido, propugna que el derecho a conocer los propios orígenes se halla íntimamente conectado con el derecho a la identidad personal. Para el autor, “el derecho a conocer la verdadera filiación es un derecho de la personalidad, que no puede ser negado a nadie, y que va más allá de la libre investigación de la paternidad del art. 39 CE, de modo que, más que un derecho familiar, constituye un derecho fundamental de la persona. El origen biológico forma parte de la identidad del individuo porque lo individualiza y lo distingue del resto de los seres humanos; contribuye a su definición biológica y socio-jurídica; es el fundamento de la propia estima y de la dignidad personal; y constituye el inicio de la historia de cada uno y del desarrollo de la personalidad, por lo que es presupuesto de todos los demás derechos, incluidos los más fundamentales”<sup>232</sup>, y este derecho se vincula con derecho al libre

---

<sup>229</sup> Vid. op. cit. PINO (2010), “L’identità ...”, p. 316.

<sup>230</sup> Vid. op cit. BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho ...”, p. 943.

<sup>231</sup> Vid. KRASNOW. A (2015) “El derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. *Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. pp. 193-211

<sup>232</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J, (2010) “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”. *Diario La Ley, nº7526, Sección Doctrina, 13/12/2010. La Ley. (REF: LA LEY 13777/2010)*

desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona plasmado en el artículo 10 de la Constitución Española<sup>233</sup>, tal y como concibe la mayor parte de la doctrina española que ha estudiado este derecho, fundándolo en la dignidad de la persona y su derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>234</sup>.

También resulta necesario considerar que el derecho a la identidad de la persona presenta concepciones distintas dependiendo del lugar o del tiempo en el que se formula o en el que se invoca, constituyendo una “realidad multifacética en la que entran en juego distintas cuestiones personales, sociales, físicas, genealógicas, raciales o étnicas<sup>235</sup>, lo que apunta a otros aspectos de la identidad, como el derecho a la identidad sexual sentida o el derecho a la identidad genética<sup>236</sup>.

Sin embargo, otros autores, como CIFUENTES, niegan que la identidad biológica pueda integrarse en el contenido de la identidad personal, al entender que aquélla es un “elemento que da contenido al atributo del estado civil”, no pudiendo ser concebida

---

<sup>233</sup> En virtud del artículo 10 de la Constitución Española “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” BOE-A-1978-31229.

<sup>234</sup> Tal y como afirma BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho...”, op. cit., p. 932. Asimismo, el autor, invocando parte del contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) nº 53/1985, de 11 de abril, ECLI:ES:TC:1985:53, afirma que la definición de la dignidad que acoge el TC podría también ser predicable del derecho a la identidad personal. En la referida sentencia se recoge, en su FJ 3 que: “Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como *germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes»* (...), al mismo tiempo que en su FJ 8 recoge que: “Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también 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 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. (...)*”.

<sup>235</sup> Vid. op. cit. BARTOLOMÉ TUTOR, A. (2016) “El derecho a la identidad...”, p. 728.

<sup>236</sup> Ibidem.

como un derecho personalísimo, en esencia por no otorgar facultad alguna a la persona<sup>237</sup>.

También PINO se ha mostrado crítico. A su modo de ver, el derecho a la identidad sexual y el derecho a la identidad de género resultan difíciles de cohonestar con el derecho a la identidad técnicamente considerado, habida cuenta de que si lo relevante en la concepción de este último es el proteger la proyección social que tiene la persona en un momento determinado no advierte posible encajar, en puridad, estos otros derechos en el derecho a la identidad personal, no pudiendo este servir de base a aquéllos, ni aquéllos ser integrados en este; afirmando que el “enfoque es impropio (...) Si el derecho a la identidad personal es el derecho a que no te sean atribuidas opiniones nunca profesadas que distorsionen la imagen social no está claro” como puede encajar aquí este derecho. De igual modo, en lo que respecta al derecho a conocer los propios orígenes, también alude el autor a que este derecho resulta “ajeno a la identidad personal”, considerando a este respecto que es impropio también concebirlo como parte del derecho a la identidad personal, por las mismas razones, pues, si se relaciona con la autenticidad genética del ser humano sólo el genoma completo es el que puede otorgarle tal genuinidad.<sup>238</sup> Aunque, en posteriores obras, se plantea también este mismo autor, que el derecho a la identidad pudiera repensarse como el derecho “a ser uno mismo”<sup>239</sup>.

Por último, cabe referir a los postulados de ALPA, que concibe a la identidad de la persona, como “la unicidad de un ser humano que, visto desde fuera, es un ser irrepetible diferente a los demás”, que, asimismo, cohonesta con “la ipseidad, que es la forma en que la persona se percibe a sí misma, y quiere aparecer”<sup>240</sup> y refiere, asimismo,

---

<sup>237</sup> Vid. CIFUENTES, S. (2001) “El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido”. *Revista argentina jurídica La Ley*, p. 759. Para CIFUENTES “(...) Es muy cierto que el sujeto debe poder saber cuál es su origen de sangre. Cuál es su ascendencia y paralelamente su descendencia. Es también admisible sostener que ese conocimiento tiene una entraña muy acusada, pero de ahí a hablar de un derecho a la identidad como prerrogativa esencial y no discutible ni legalmente limitable del sujeto, es un paso distinto. Si se sostiene que es éste un derecho fundamental, es decir fundamentador en la sociedad, se pierde la exacta dimensión del atributo estado de familia, que no está colocado a disposición de la persona, ni puede ir más allá de las regulaciones que para la paz y concordancia familiar se han establecido en las sociedades”.

<sup>238</sup> Op.cit. PINO, G. (2003) *Il diritto...* pp.194-196, con el epígrafe “Quale identità. Cosa il diritto all’identità personale non è” se plantea la concepción de estos derechos como derechos a la identidad personal, mostrándose crítico al respecto.

<sup>239</sup> Vid. op. cit. PINO G. (2010) “L’identità ...”, p. 316.

<sup>240</sup> Vid. op. cit., ALPA, G. (2021) *Il diritto ...*, p. 11. Concepción que nos conecta con los postulados de RICOEUR, P. (1990) *Soi-méme...*, op.cit.

a que el concepto de identidad es abstracto y sus acepciones han venido modificándose históricamente, siendo además de cambiante, ambigua<sup>241</sup>.

### **3.2. OTROS DERECHOS ESTRECHAMENTE RELACIONADOS. DESLINDE**

El referido derecho a la identidad de la persona confluye con otros derechos que, además de los ya referidos, también se hallan intrínsecamente ligados a la persona. Así ocurre con el derecho al nombre, el derecho al honor, el derecho a la intimidad y la propia imagen. Se plantea si todos estos derechos, aunque conectados al derecho a la identidad y, concurrentes en alguna de sus dimensiones y planos, deben ser diferenciados del derecho a la identidad como tal, si es que es posible definir y configurar jurídicamente a este último.

Los juristas que han tratado de configurar el derecho a la identidad como derecho autónomo y concebido de forma independiente a estos derechos se han encontrado con numerosos obstáculos. A la dificultad que entraña su diferenciación y configuración independiente se le aúna, que, en muchas ocasiones, la vulneración de uno de los derechos personalísimos implica, a su vez, la lesión de otro derecho íntimamente conectado con aquél. Al conectarse la identidad personal con todos ellos, precisamente el derecho a la identidad personal resulta especialmente vulnerable.

GETE-ALONSO propugna que “el ejercicio del derecho a la identidad se manifiesta en distintos ámbitos, desde el reconocimiento de un nombre y apellidos, pasando por las acciones para averiguar los orígenes propios, hasta la admisión, respeto y protección en la fijación de las condiciones personales de cada ser y la presentación de los mismos. La identidad estática y dinámica que se activa a través de la autodeterminación en el ejercicio de la libertad personal”<sup>242</sup>. Según la autora la identidad personal abarca diferentes ámbitos que se hallan directamente relacionados con la autodeterminación de la persona, y que constituyen a su vez otros derechos de la personalidad, tales como el derecho al nombre, el derecho al conocer los orígenes

---

<sup>241</sup> Vid. op. cit. ALPA (2021), *Il diritto...*, p.14.

<sup>242</sup> Vid. op. cit, GETE-ALONSO, M.C. (2017) “Expresiones jurídicas...”, p. 664.



biológicos y la “identidad en las condiciones personales, donde se incluye la sexual y la identidad de género”<sup>245</sup>.

FERNÁNDEZ SESSAREGO dedicó parte de su estudio a analizar la relación entre el derecho a la identidad y otras figuras que coadyuvan y se relacionan estrechamente con aquélla, habida cuenta de que los derechos de la personalidad se encuentran “esencialmente vinculados en cuanto todos ellos tienen un mismo y único fundamento, un idéntico centro de referencias, desde que sólo tutelan diversos aspectos de un mismo ente, el ser humano”<sup>244</sup>. El autor defendía la creación del derecho a la identidad en su vertiente dinámica y como derecho desligado de otras figuras próximas, aunque ya advertía la complejidad existente a la hora de tratar de delimitarlos y esta se aprecia en los intentos del autor por hallar elementos diferenciadores. También advierte el mismo autor de la muy probable vulneración múltiple de los derechos de la persona que son tratados, al asumir que el derecho a la identidad cuando es vulnerado -ya sea en su vertiente estática, dinámica, o en ambas- puede que lo sea conjuntamente con otro u otros de los derechos de la persona o personalísimos con los que guarda una estrecha relación y con los que, en definitiva, comparte su razón de ser o fundamento<sup>245</sup>.

Como ya se ha referido, también PINO<sup>246</sup> concibe este derecho como derecho autónomo, que protege un bien jurídico especialmente relevante. Alude PINO a que fruto de la creación jurisprudencial italiana, si bien este derecho entronca y se asienta en el derecho al nombre y en el derecho a la imagen, el derecho a la identidad personal se ha ido configurando desgajando de los anteriores, erigiéndose en el ordenamiento jurídico italiano a partir de la década de los setenta como un derecho autónomo, aunque ligado a aquéllos.

---

<sup>245</sup> Ibidem, p. 664.

<sup>244</sup> Vid. op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO. C. (1997) “Daño a la identidad ...”, p. 251.

<sup>245</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992) *El derecho...* postulaba que “cada uno de (los distintos) derechos subjetivos sólo se ocupa de la tutela de una parcial y fragmentaria faceta de la rica y compleja personalidad. (...). Tampoco es posible sostener que la tutela jurídica de la personalidad se agota, definitivamente en la trama del mosaico de derechos subjetivos que, en cada momento histórico, son recogidos por los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Ni uno ni todos los derechos subjetivos que considera el respectivo ordenamiento positivo son capaces de tutelar, integralmente, la compleja realidad en que consiste la personalidad humana. (...) La persona humana, en cuanto ser ontológicamente libre, es una realidad inacabada en cuanto se constituye como un continuo, fluido e ininterrumpido proceso de autocreación (...)”, p.126.

<sup>246</sup> Op. cit. PINO, G. (2003) *Il diritto all'identità...*

Debe reseñarse otro aspecto de la identidad personal que permitiría desligarla de otros derechos de la personalidad, cual es, su mutabilidad. Un aspecto fundamental de la identidad personal es su continua evolución y potencial mutable. La persona va mutando y adecuando su proyección social a su nuevo ideal, tutelando el derecho a la identidad personal, el reflejo ideal externo de la interioridad de la persona. En este mismo sentido, ALPA afirma que, aunque desde el punto de vista constitucional, el derecho a la identidad personal haya tratado de ser tutelado por otros derechos de la personalidad, debe ser protegido de forma autónoma, pues su “fundamento ontológico” es distinto<sup>247</sup>.

### **3.2.1. Derecho al nombre, apellidos y pseudónimo**

FERNÁNDEZ SESSAREGO trató de deslindar el derecho a la identidad del derecho al nombre, en el sentido de nombre, apellidos y pseudónimo, en tanto sostuvo que “el nombre y, en general, los signos distintivos de la persona, constituyen el aspecto estático de la identidad personal”. Esta faceta de la identificación, según el autor, “nos proporciona una visión yerta e inmóvil de una persona. Podría representarse a través de una fotografía, o un conjunto de las mismas, en las que colocamos el nombre y demás datos de la persona, tales como la fecha de nacimiento, la edad, la nacionalidad, etcétera. A través de esta fotografía hemos identificado estáticamente al sujeto. No obstante, sentimos que nos hace falta saber mucho más de él, que carecemos de una identificación cabal de su personalidad. Y ello, como es obvio sólo se aprehende a través de la dinámica proyección de la personalidad, en la que se despliegan sus características y atributos. Su patrimonio espiritual, en síntesis. Una noción *integral* de identidad personal no puede, por tanto, prescindir de ninguna de ambas facetas si se pretende identificar a una cierta persona”<sup>248</sup>.

Cabe añadir una apreciación. Nótese, que el nombre como elemento que permite distinguirnos de los demás, como signo distintivo, no emana siquiera del propio sujeto, no es una manifestación de sí mismo. A este respecto, apuntaba BUTLER que su designación depende de otros y que posee una “generalidad e historicidad” que no es singular<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> Op. cit. ALPA, G. (2021) *Il diritto...*, p. 221.

<sup>248</sup> Vid. op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO. C. (1992) *El derecho...*, p. 138.

<sup>249</sup> Vid. BUTLER, J. (1997). *Lenguaje, poder e identidad*. Síntesis.

Sobre la necesaria distinción entre el derecho al nombre y el derecho a la identidad también se refería ya DE CUPIS, que calificaba al nombre y al pseudónimo como “signos distintivos”, “que sirven precisamente para distinguir a las personas en el ámbito social, para facilitar su identificación: en otras palabras, para facilitarles la proyección social de la identidad personal que el ordenamiento jurídico quiere proteger”, pero, afirmando que, aun debiendo estar revestidos de una especial protección por el derecho, la tutela del derecho a la identidad personal no se agota con la protección de los mismos. El autor se planteaba el supuesto en el que me son respetados los signos distintivos, pero, sin embargo, se me atribuyen cualidades ajenas o bien se omiten cualidades que para mí me son propias. Para el autor, en este caso, aun respetándose los signos distintivos se estaría perjudicando esta proyección social del ser como él es, el “ver reflejada externamente mi individualidad personal”<sup>250</sup>, añadiendo que estos signos distintivos pueden permitir identificar a un sujeto respecto de los demás, pero no son los únicos. Así, “existe la posibilidad de identificar, distinguir el sujeto sin utilizar estos elementos de identificación”<sup>251</sup>. Según sus postulados, el autor concebía al derecho al nombre como un derecho a los signos distintivos personales como “especificaciones” del derecho a la identidad de la persona<sup>252</sup>.

También GETE-ALONSO alude a la necesaria diferenciación entre identificación e identidad. La autora refiere que, aunque apriorísticamente identidad e identificación puedan llegar a identificarse, “a poco que se ahonde algo más y se reflexione, pese a las vinculaciones entre uno y otro, es posible discernir, diferenciarlos sin renunciar a la interrelación”<sup>253</sup>. Pese a esta diferenciación, la autora añade que, la identificación en sentido abstracto también permite, a su vez, reconocer la unicidad de la persona en tanto en cuanto permite diferenciarla de las demás.

PINO analizando la acogida y profusión del derecho a la identidad personal en la jurisprudencia y doctrina italianas afirma que la tutela de la identidad personal abarca mucho más allá que la protección contra las violaciones al nombre o a la imagen de un

---

<sup>250</sup> Op. cit. DE CUPIS, A. (1961) *Trattato...*, p. 6.

<sup>251</sup> *Ididem*, p. 7.

<sup>252</sup> Op. cit. DE CUPIS, A. (1961).

<sup>253</sup> Op. cit. GETE-ALONSO CALERA, M.C. (2017) “Identidad e indentificación...”.

sujeto, aunque reconoce que pueden producirse violaciones al derecho a la identidad a través del uso del nombre.<sup>254</sup>

### 3.2.2. *Derecho a la imagen*

FERNÁNDEZ SESSAREGO se ocupó también en su obra de diferenciar el derecho a la identidad personal del derecho a la imagen. El autor preconizaba que aun cuando en determinadas situaciones pueden tender a superponerse conceptualmente ambos derechos; mientras que la imagen se sitúa como un signo distintivo estático de la persona, la identidad personal es una proyección social de la personalidad fruto de sus manifestaciones espirituales que engloba todos los productos de su actividad creadora<sup>255</sup>.

Según MUSIO, los tribunales italianos tuvieron la necesidad de construir jurisprudencialmente el nuevo derecho a la identidad personal para “huir de la visión restrictiva que limitaba el derecho a la imagen, así como el derecho al nombre, a un mero medio de identificación de la persona”, en aras de conseguir una protección no forzada dentro del marco del derecho a la imagen para tutelar al sujeto contra las injerencias en “aspectos relevantes de la personalidad y la identidad”<sup>256</sup>, aludiendo, eso sí, a la noción de “imagen social”, tratándose de un derecho -el de la identidad personal- profundamente ligado al derecho a la imagen pero distinto de éste .

---

<sup>254</sup> Vid. PINO, G. (2005) “L’identità personale” en la obra CENDON, P. et al. *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, vol.II. Utet, Torino. pp. 367-394.

<sup>255</sup> Op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992) *El derecho....*

<sup>256</sup> MUSIO, A. et al. (2012) “Profili civilistici del danno all’immagine delle persone giuridiche en Il Danno All’immagine Delle Persone Giuridiche”, en MUSIO, A. et.al. *Profili Civilistici, Penalistici Ed Erariali*, Giappichelli Editore. Consultable en: <https://www.giappichelli.it/media/catalog/product/excerpt/9788834828854.pdf> (última consulta 9/03/2022).

En esta obra se recoge el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal de Roma de 27/03/1984 “L’interesse della persona, fisica o giuridica, a preservare la propria identità personale, nel senso di immagine sociale, cioè di coacervo di valori (intelletuali, politici, religiosi, professionali ecc.) rilevanti nella rappresentazione che di essa viene data nella vita di relazione, nonché, correlativamente, ad insorgere contro comportamenti altrui che menomino tale immagine, pur senza offendere l’onore o la reputazione, ovvero ledere il nome o l’immagine fisica, deve ritenersi qualificabile come posizione di diritto soggettivo (...)».

Para TOSI, mientras el derecho a la imagen se imbrica en la representación estática del sujeto, el derecho a la identidad personal alude a su vertiente dinámica e incluye tanto elementos tangibles como intangibles que lo conforman como ser esencial<sup>257</sup>, toda vez que, la imagen evoca rasgos físicos de la persona en cuestión y la identidad trasciende a esta vertiente estática, pues “representa una fórmula sintética para distinguir al sujeto desde un punto de vista global en la multiplicidad de sus características y manifestaciones específicas -morales, sociales, políticas, intelectuales, profesionales...- para expresar la concreta personalidad individual efectiva del sujeto que se viene solidificando o apareciendo destinada, sobre la base de circunstancias unívocas, a solidificarse en la vida de relación”.<sup>258</sup>

ZENO-ZENCOVICH distingue entre ambos derechos, que, aunque estrechamente interrelacionados, pueden ser deslindados habida cuenta de que la imagen es “un elemento materialmente perceptible y reproducible que identifica al sujeto en su apariencia física”, teniendo un carácter estático ligado a las características somáticas del sujeto, siendo apenas determinable por la propia persona, a lo que se le aúna que puede ser anónima y no necesariamente identificable. Sin embargo, y correlativamente, para el autor la identidad personal “pertenece a los aspectos morales, intelectualmente representables de la personalidad”, es “delineada dinámicamente” por el propio intelecto de la persona adaptándose a las distintas situaciones que se le presentan, y debe ser atribuible a una persona para poder ser protegida de una posible representación infiel u errónea de la personalidad ajena<sup>259</sup>.

En este mismo sentido, ALPA también manifiesta que, a diferencia de la imagen, el objeto de protección del derecho a la identidad personal es distinto, pues trasciende a la protección de los datos visibles y más o menos estáticos<sup>260</sup>.

---

<sup>257</sup> Reproduciendo TOSI (2019) el contenido de la Sentencia italiana de la Corte di Cassazione, sezione I, sentenza 22 giugno 1985 n. 3769. Il foro italiano, vol. 108, n°9, settembre 1985.

<sup>258</sup> Op. cit. TOSI, E. (2019) *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*. Giuffrè Francis Lefebvre, cuando afirma que: “Mentre l’immagine ha natura statica rappresentativa del soggetto, il diritto all’identità personale ha natura dinamica e comprende tanto elementi materiali che immateriali. Il diritto all’identità personale mira a garantire la fedele e completa rappresentazione della personalità individuale del soggetto nell’ambito della comunità, generale e particolare, in cui tale personalità individuale è venuta svolgendosi, estrinsecandosi e solidificandosi. (...)”, p.20.

<sup>259</sup> Op. cit. ZENO-ZENCOVICH, V. (1993) *Identità...*, p.15.

<sup>260</sup> Op. Cit. ALPA, G. (2021) *Il diritto...*, p. 221.

### 3.2.3. *Derecho a la intimidad*

En cuanto al derecho a la intimidad de la persona arguye FERNÁNDEZ SESSAREGO que “los conceptos de intimidad e identidad están profunda y esencialmente vinculados en la medida que ambos se refieren a dos aspectos indisolubles de la personalidad.” El autor sostiene que intimidad e identidad son absolutamente imprescindibles y deben conectarse y aunarse para que el sujeto pueda tener consciencia y forjar su propia personalidad. Así, afirma que: “para que el ser humano pueda aprehenderse como único, captarse en su mismidad, requiere salir transitoriamente de los afanes y trajines de la cotidianidad. La propia identidad, si bien no puede forjarse sino en comunicación con los demás, exige que la persona rompa momentáneamente los lazos que la unen a su contorno, a su circunstancia, para volcarse sobre sí misma, interiorizarse, vivir la experiencia de la soledad como repliegue del *yo*, para tener conciencia de su verdad personal, de su auténtica identidad, y proyectarse al futuro”<sup>261</sup>. La diferencia jurídica entre uno y otro estriba para el autor en que mientras que el bien jurídicamente protegido en la identidad es la mismidad del ser humano en su proyección social -entendida como las facetas de su personalidad que proyecta en el mundo exterior (opiniones, conductas, opciones, entre otras), siempre que sean reales o verdaderas-, en la intimidad, en cambio, es indiferente si son o no reales estas manifestaciones y, además, otra distinción vendría dada porque en la intimidad lo que se protege es la faceta del ser humano que quiere preservar libre de “intrusiones externas”. En palabras del propio autor, “mientras que en el derecho a la identidad personal se tutela a la mismidad del sujeto, su manera de ser, o sea, su verdad personal, en el derecho a la intimidad de la vida privada es del todo indiferente el problema de la verdad personal por cuanto lo que es materia de protección jurídica es la esfera de su privacidad, de aquellos comportamientos que, por su naturaleza, quedan al margen de cualquier tipo de intrusiones por parte de aquellas personas ajenas al mundo de la intimidad personal y familiar”<sup>262</sup>.

Para PINO resulta sencillo distinguir ambos derechos, y ello por cuanto, mientras el derecho a la intimidad trata de preservar a la persona de las intromisiones en su esfera privada, ámbito ajeno a terceros que no tienen derecho a conocer; el bien jurídico susceptible de protección por parte del derecho a la identidad personal es otro, puesto que este pretende proteger la “integridad de la proyección social de la personalidad”, es

---

<sup>261</sup> Op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992) *El derecho...*, p.180.

<sup>262</sup> Op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1997) “Daño...”, p. 252.

decir que no se produzcan distorsiones de estas manifestaciones sociales del propio sujeto por parte de terceros en la esfera pública, en su proyección en la sociedad<sup>263</sup>. En cuanto a la privacidad, para el autor el derecho a la privacidad y el derecho a la identidad personal “son dos caras de la misma moneda: con respecto al derecho a la identidad, la confidencialidad juega una importante función instrumental<sup>264</sup>.”

En el mismo sentido, ALPA acoge en esencia el mismo razonamiento para deslindar o diferenciar ambos derechos, que, aunque ligados, deben distinguirse porque mientras el derecho a la intimidad trata de tutelar “el secreto de la vida privada”, el derecho a la identidad personal “se refiere a los aspectos manifestados de la personalidad”<sup>265</sup>.

#### **3.2.4. Derecho al honor y reputación**

FERNÁNDEZ SESSAREGO trató también de deslindar el derecho al honor del derecho a la identidad. El autor distingue en su obra entre derecho al honor y derecho a la reputación y los diferencia del derecho a la identidad personal, arguyendo que mientras que el derecho al honor trata de proteger una “actitud subjetiva de autoestima”, en el derecho a la identidad se trata de proteger o su protección alude a una “dimensión objetiva donde aquello que se protege (...) es la verdad personal, es decir, la proyección social de la personalidad en su plenitud de verdad, la cual es la representación de la persona tal y como ella es en su vida de relación”, se refiere a la “percepción externa a cargo de terceros que se da y se tiene de la persona”. En cuanto a la reputación o la fama, en palabras del autor para “la reputación (...) que consiste en la valoración que de la persona tienen los demás miembros de la comunidad (...)” no es significativa la verdad personal “en cambio, en el caso de la identidad personal, lo que

---

<sup>263</sup> Op.cit. PINO, G. (2005) “L’identità...”.

<sup>264</sup> Op. cit. PINO, G. (2010) “L’identità...” al afirmar que: “la privacy in senso stretto ha l’importante funzione di creare le precondizioni per il libero sviluppo dell’autonomia individuale, al riparo da indebite stigmatizzazioni sociali e pressioni conformistiche. Si potrebbe obiettare che anche in società più conformiste o perfino totalitarie (in cui, per definizione, il valore della privacy è visto con sospetto) si sono avute personalità autonome che hanno sfidato le convenzioni e le coercizioni dominanti; e che pertanto la privacy non sarebbe necessaria allo sviluppo dell’autonomia individuale”, p. 318.

<sup>265</sup> Vid. Op. cit. ALPA (2021) *Il diritto...*, p. 221.

interesa no es la valoración que los demás formulan sobre la persona sino la verdad histórica del sujeto<sup>266</sup>.

Del mismo modo, ALPA se pronuncia acerca de esta necesaria distinción respecto al honor refiriendo que, “la persona debe ser representada por lo que es en un momento histórico dado, no por lo que fue o por la imagen que terceros han construido sobre ella”, adquiriendo el derecho a la identidad personal un carácter autónomo y “sustancial”<sup>267</sup>.

En cuanto a la reputación, TOSI afirma que la “correcta representación de la identidad personal” deviene premisa esencial para la conformación de su reputación por parte de los demás afirmando que “del nivel gnoseológico de la identidad personal se puede pasar al nivel crítico de la reputación de la persona: juicio valorativo positivo o negativo que se deriva de la correcta representación de la identidad personal”<sup>268</sup>.

DE CUPIS ya trató también de deslindar el derecho a la identidad del derecho al honor, y, en este sentido, afirmó que el derecho a la identidad tiene un “alcance mucho más amplio” que el derecho al honor habida cuenta de que la tutela del derecho a la identidad englobaría la defensa contra las ofensas a la “verdad personal” que supongan una “tergiversación de la personalidad individual, incluso independientemente del perjuicio de la dignidad (honor)”. Tan es así, que, tal y como propugnaba, “la propia individualidad también se ve comprometida por la tergiversación que no consiste en una alteración a peor, que no ofende el honor (...). Basta que la tergiversación exista (...) que afecte a la sustancia de la personalidad individual”, y que, por tanto, no ha respetado la realidad del individuo<sup>269</sup>.

La jurisprudencia italiana, que acogió las premisas de DE CUPIS y que ha venido configurando el derecho a la identidad personal, fundamentándolo principalmente en el artículo 2 de su Constitución, se ha venido pronunciando acerca de la delimitación de este derecho respecto a otros estrechamente conectados. Así, en la Sentencia de la Corte

---

<sup>266</sup> Ibidem FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1997) “Daño...”.

<sup>267</sup> Op. cit. ALPA, G. (2021), *Il diritto...*, p. 221.

<sup>268</sup> Op. cit. TOSI, E. (2019), *Responsabilità civile ...*, p. 20.

<sup>269</sup> Op. cit. DE CUPIS, A. (1961) *Trattato...*, pp. 5-13.



Suprema de Casación italiana de fecha 7 de febrero de 1996 <sup>270</sup> se afirma, entre otros extremos, que:

“la identidad personal ha surgido, en la más reciente elaboración jurisprudencial, como un bien constituido por la proyección social de la personalidad del individuo, a la que se correlaciona un interés del sujeto a ser representado, en la vida de una relación, con su verdadera identidad, por tanto, a no ver, exteriormente, modificado, ofuscado o en todo caso alterado su propio patrimonio intelectual, ideológico, ético, profesional (etc.) ya expresado o destinado, en todo caso, a expresarse, en el medio social, según índices de previsión establecidos a partir de circunstancias objetivas e inequívocas. (...) La especificidad de este interés ("ser uno mismo") también ha sido captada en paralelo o en contrapunto a otros intereses adyacentes o conectados como el interés por los signos distintivos (nombre, seudónimo), que identifican en el sistema actual del sujeto en cuanto a existencia material y estado civil; a la imagen, que evoca meros rasgos físicos; honor (que tiene una dimensión más claramente subjetiva, en comparación con la importancia objetiva atribuida a "identidad"); a la reputación, (que postula para su menoscabo la atribución de hechos susceptibles de causar juicio negativo y no meramente alterativos hasta el límite incluso en lo positivo de la personalidad, como los que afectan a la "identidad"); y el mismo interés por la confidencialidad, que se reconoce como objetivo, por así decirlo, negativo a la "no representación" en el exterior (de los propios hechos personales) (cf. Cass. 990-1963; 2129-1975), en lugar del positivo, a la fidelidad de la representación, que connota la identidad personal". Especial trascendencia ha tenido la reivindicación de la tutela de este derecho en colisión con la libertad de expresión. Tradicionalmente, del análisis jurisprudencial puede extraerse que ha estado muy ligado a las publicaciones por parte de la prensa que no se ajustaban, según el sujeto que impetra la tutela, a su identidad proyectada<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> Corte suprema de casación, Sección I, 7 de febrero de 1996, n. 978. Consultable en foroplus.it <https://www.foroplus.it/visualizza.php?pag=1&ndoc=220021G&sha1=0d48c577ab8a80b67e0506f7529ac87f502d059f&ur=MTAxNDk1Mw==&w=identit%C3%A0%20personale%20cupis&corruse> (última consulta 25/02/2022). Traducción propia del italiano.

<sup>271</sup> Vid. Entre otras, ver en particular, Pret. Roma 6 May 1974, Giur. it. 95 I, 2, 514; Cass. *Veronesi* 22 June 1985 n. 3769; Corte Costituzionale 1994 n. 13, GiurCost, 1994, 95; Corte Costituzionale 1996 n. 297, GiurCost, 1996, 2475.

PINO también alude a la distinción entre el derecho a la identidad personal y el derecho al honor. Según este autor, la vulneración del derecho al honor y a la reputación supone la atribución a la persona de hechos ofensivos, mientras que el derecho a la identidad lo que viene a proteger es que la proyección social que quiera realizar una persona se mantenga incólume y no se vea distorsionada, protegiéndola, aunque no se trate de distorsiones que puedan considerarse despectivas, ilegales, u ofensivas<sup>272</sup>.

Para FARRÉ, en cambio, sería en el concepto de honor acogido por el Tribunal Constitucional, que lo define de forma amplia, se halla ínsito el derecho de cada persona a su identidad personal<sup>273</sup>. Según el autor, en la definición de honor se incluye “no solamente el derecho a la defensa de la honra, sino también el derecho de cada uno a su identidad personal, a su reputación o imagen social, y a la veraz presentación de su personalidad, el derecho a ser correctamente identificado, el derecho a que sus ideas sean fielmente expuestas, a que sus afirmaciones no sean manipuladas o distorsionadas, y a que no le sean imputadas acciones en las que no participó o propósitos que no tiene”.

Así, para la doctrina, el derecho a la identidad personal se deslinda del derecho al honor en tanto en cuanto difieren en el interés jurídico que tutelan. Mientras que la tutela del derecho al honor recae, en definitiva, sobre la defensa ante un menoscabo en la dignidad de la persona y esto conecta con su subjetividad; para que se lesione la identidad personal basta con que la atribución a esa persona de hechos o la omisión de los mismos no se ajuste a lo manifestado en su proyección social objetiva, aunque lo atribuido tenga una connotación positiva para la sociedad.

De todo lo anterior lo que claramente se infiere no es más que la dificultad existente, intrínseca en el propio concepto, en la regulación de este derecho a la identidad como concepto autónomo desligado de los anteriores, cuyas fronteras son difusas al arrogarse al concepto de identidad múltiples facetas ínsitas en el ser humano, que confluyen entre sí y que comparten como sustrato fundamental el derecho a la dignidad de la persona.

---

<sup>272</sup> Vid. Op.cit. PINO, G. (2005) “L’identità...”, p. 370.

<sup>273</sup> Vid. op.cit. FARRÉ (2008) *El derecho de rectificación...*, pp. 296

### 3.3. TUTELA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA COMO DERECHO AUTÓNOMO

No puede omitirse la duda que nos acecha a la hora de determinar si es necesario o, más bien, posible, configurar un derecho a la identidad que integre todos los ámbitos multidimensionales que la conforman, y también, a su vez, responder a la cuestión de cómo podría ser tutelado este derecho en sus distintos planos. Se advierte la enorme dificultad que entraña la definición del propio concepto “identidad”, a lo que se añade su enorme alcance hacia las múltiples dimensiones que integran la compleja realidad del ser humano, que, a su vez, es único y construye su identidad de forma totalmente propia y subjetiva.

Señala GETE-ALONSO que en múltiples instrumentos internacionales y nacionales se admite, “con mayor o menor explicitación” el derecho de la persona a que le sea reconocida y protegida su personalidad jurídica, “una personalidad jurídica que comprende el derecho de la persona a su identidad. Un derecho a la identidad que, aunque parece ser concreción de un principio más general, en la actualidad deviene esencial y es un derecho fundamental, a partir del cual la persona se determina e integra en la sociedad y se reconoce por el Derecho”<sup>274</sup>. Para la autora la existencia de una regulación insuficiente y sesgada puede “llegar a constituir violación del derecho de autodeterminación de la persona”<sup>275</sup>

PINO alude a distintas etapas de la protección a la identidad de la persona con connotaciones diversas en el contenido de este derecho. Según el autor, su concepción inicial, en la década de los años 70, perseguía velar por una correcta proyección social o representación pública de la propia y verdadera personalidad del sujeto, de su “verdad personal”<sup>276</sup> frente a posibles tergiversaciones irrogadas por los medios de comunicación. Más adelante, tras su reconocimiento por la Corte Suprema italiana, la protección de la identidad personal fue brindada en múltiples y dispares contextos y situaciones en las que pudo entenderse que existía una cierta deformación de la “imagen social” de una persona física o jurídica. Ahora, en la era digital, el derecho a la identidad se protege también con la normativa relativa a la protección de datos de carácter

---

<sup>274</sup> Vid. op. cit. GETE-ALONSO, M. C. (2017) “Expresiones jurídicas...”.

<sup>275</sup> Ibidem, p. 662.

<sup>276</sup> Op. cit. DE CUPIS, A. (1961) *Trattato...*

personal que ampara al sujeto para que sus datos sean acordes con su “imagen social”<sup>277</sup>. Advierte también que, más recientemente, la tutela jurisprudencial de otros derechos como el derecho al nombre y a la verdad biológica, intrínsecamente ligados al derecho a la identidad personal, han provocado que este pueda ser ya entendido no tanto como derecho a no ser representado de forma distorsionada a la realidad del sujeto, sino como “el derecho a ser uno mismo”<sup>278</sup>.

BATUECAS reconoce la dificultad existente a la hora de configurar la protección de la identidad de la persona como derecho autónomo, pero, aun así, aboga por el reconocimiento del derecho a la identidad personal como derecho autónomo a otros derechos de la personalidad que tutelan contenidos que también integran facetas de la identidad, tales como el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, al nombre, a la libertad religiosa o a la integridad física. Este reconocimiento como derecho autónomo que justifica el “reconocimiento formal y expreso del derecho a la identidad”<sup>279</sup>, según el autor, descansa en tres argumentos. En primer lugar, mientras que los demás derechos con los que se halla conectado “cumplen una finalidad concreta distinta”<sup>280</sup>, pues persiguen tutelar un aspecto del desarrollo de la personalidad muy concreto, la finalidad del derecho a la identidad estriba en “garantizar que cada persona pueda desarrollar su vida (entendida en su globalidad) conforme a la percepción que ella tiene de sí misma y en atención a las cualidades, caracteres, sentimientos o rasgos que le son propios, así como garantizar *erga omnes* la correcta representación de la verdadera identidad de cada persona”<sup>281</sup>. En segundo lugar, a diferencia de la protección particular de los demás derechos de la personalidad, el derecho a la identidad “protege el conjunto de todos los signos o rasgos de la persona que, como tal, en su conjunto, no resulta protegido por ninguno de los derechos en concreto y, además su protección alcanza

---

<sup>277</sup> Vid. Op. cit. PINO, G. (2010) “L’identità...”, en la que, en relación a la identidad personal y la normativa italiana de protección de datos, sostiene que: “Da ciò si ricava che il contenuto del diritto all’identità personale, come tutelato da questa normativa, consiste nell’interesse a che le proprie informazioni personali trattate da altri siano aggiornate, corrette, e complete, in altre parole che l’ologramma di una persona ricostruito in base ai suoi dati personali sia veritiero e (in assenza di particolari esigenze) corrispondente esclusivamente alla sua « immagine sociale » attuale (...)”, p. 304.

<sup>278</sup> Tal y como recoge PINO, G. (2010), op. cit., p. 308. El autor relaciona el derecho a la identidad personal también con otros derechos como el derecho a la libertad de conciencia.

<sup>279</sup> Vid. op. cit. BATUECAS CALETRÍO, A. (2022), “El Derecho...” pp. 938-941.

<sup>280</sup> Ibidem.

<sup>281</sup> Ibidem.

ámbitos no protegidos por esos derechos”, pudiendo, concurrir en un mismo supuesto la vulneración del derecho a la identidad, así como de otro u otros derechos de la personalidad. Por último, el tercer motivo que sostiene y que resulta decisivo y concluyente para el autor, es la necesidad de reconocer este derecho ante el creciente amparo que requiere la persona ante las distorsiones que sufre de mano de las nuevas tecnologías, siendo la red un contexto propicio a las vulneraciones a su identidad, distorsionando su proyección social<sup>282</sup>, pudiendo ser un aspecto de la identidad, la identidad digital, “la causa última que fundamenta la existencia de su *derecho matriz*, el derecho a la identidad”<sup>283</sup>.

Siguiendo con los postulados del autor, el ordenamiento jurídico deberá ofrecer una tutela civil integral a la persona, pues ahora las vulneraciones de las facetas integrantes de la identidad de su ser se hallan protegidas por otros derechos -como el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, o al nombre, entre otros-, siendo que la persona sólo se halla amparada en Derecho cuando otro derecho que sí reviste de tutela jurídica también le ha sido vulnerado, de suerte que en múltiples ocasiones la vulneración a su identidad irrogará una lesión a otros derechos de la personalidad con los que se halla íntimamente relacionada. Para el autor, si el ordenamiento jurídico construye este derecho y la tutela del mismo, los mecanismos que se diseñen deben poder garantizar a la persona “la posibilidad de ejercitar acciones civiles que tuvieran por objetivo obtener una declaración de vulneración de su identidad, el cese inmediato de la misma, el restablecimiento al perjudicado del pleno disfrute de sus derechos y el resarcimiento de los daños producidos”; así como el ejercicio de un *derecho de rectificación* (...) a fin de que no se propague una visión de su personalidad que no se corresponda con la realidad” y evitar así que perdure su difusión por cualquier medio de elementos que no corresponden a la verdad o realidad del sujeto que ve vulnerado su derecho<sup>284</sup>; así como la protección *post mortem* del derecho a la identidad, pues la memoria de la identidad de la persona puede ser conculcada tras su fallecimiento.

---

<sup>282</sup> Ibidem. El autor alude a que “las tecnologías actuales posibilitan que con una sola acción sea relativamente sencillo vulnerar una pluralidad de signos o rasgos de la identidad de las personas. (...)” y refiere la facilidad para terceros de “construir” la identidad de una persona que no sea coincidente con la de la misma, p.940.

<sup>283</sup> Ibidem.

<sup>284</sup> Resulta sumamente interesante el artículo de este autor, BATUECAS CALETRÍO, A (2022) “El Derecho...”, también en cuanto a la identidad digital y su relación con el derecho a la identidad de la persona.

Como será abordado en el siguiente capítulo de la presente investigación, del estudio del marco normativo y jurisprudencial se infiere también la ambigüedad e inconcreción en la invocación de este derecho a la identidad, seguramente tanto por su complejidad intrínseca a la hora de ser definido, como también, tal y como ya se ha referido, por hallarse conectado con otros derechos de la personalidad que ya cuentan con una regulación o protección particular y específica.

La inconcreción y dificultad para poder consensuar la noción de identidad y su confluencia con otros derechos hace plantearse si la identidad en su sentido más amplio o abstracto puede entenderse como bien jurídico susceptible de protección. Los operadores jurídicos a diferentes niveles se decantan por focalizar la protección en áreas o proyecciones concretas en las que se desarrolla la identidad de la persona, tales como el derecho a conocer los propios orígenes, el derecho al nombre, el derecho a la identidad de género, o el derecho a la identidad cultural o a la protección de las minorías. Y, además, la protección acrece cuando se trata de velar por las personas menores u otros colectivos que el ordenamiento considera vulnerables. El elemento identidad subyace a todos ellos, aunque sea en un plano concreto, y su tutela se pretende en orden a preservar que el ser humano como ser único e irrepetible pueda desarrollar libremente su personalidad para posibilitarle esa búsqueda permanente por el ser uno mismo como ser irrepetible y distinto de los demás.

## **CAPÍTULO II: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA**

**3. MARCO NORMATIVO.** 1.1. MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL. 1.1.1. La identidad de los niños, niñas y adolescentes. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y las Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño (CRC). La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes. 3.1.2. La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y las Observaciones generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD). 1.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). La identidad cultural. 1.1.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Comité de Derechos Humanos (CCPR). La identidad de las minorías y la identidad de género. 1.1.5. Las Declaraciones de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). La identidad cultural. La identidad de la persona. 1.1.6. Los principios de Yogyakarta. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. La identidad de género. 1.2. MARCO NORMATIVO COMUNITARIO. 1.3. MARCO NORMATIVO ESTATAL. 1.4. MARCO NORMATIVO AUTONÓMICO CATALÁN. **2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA EN LA JURISPRUDENCIA.** 2.1. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). 2.2. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE). 2.3. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (TC). 2.4. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (TS). 2.5. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (TSJCat).

### **1. MARCO NORMATIVO**

En este apartado pretenden recogerse los instrumentos normativos que aluden al derecho a la identidad de la persona en los distintos planos normativos; haciendo mención al marco supranacional, comunitario, estatal y, también, autonómico catalán.

En este análisis no se han incluido numerosas disposiciones que hacen referencia a la identidad entendida como pertenencia a grupo político o de organización territorial<sup>285</sup>. Y es que, aunque esta acepción de la identidad puede estar ligada a la esfera de la identidad relativa a la cultura o a la pertenencia a minorías, en este análisis se han tratado de invocar tan sólo los textos e instrumentos normativos que más se aproximan al derecho a la identidad en sentido abstracto y general conectado con sus múltiples proyecciones.

Tampoco se recogen las disposiciones que regulan la protección de la identidad del autor o autora en la creación de obras literarias o artísticas<sup>286</sup>, que algunos autores relacionan estrechamente con el derecho a la identidad, y ello por cuanto no se trata de traer a colación los preceptos reguladores de los derechos de autor<sup>287</sup> ni de la propiedad

---

<sup>285</sup> Como ejemplos de la identidad como conjunto político o territorial, podemos aludir a la denominada *identidad nacional* o bien a la *identidad europea* a la que refiere la *Declaración sobre la Identidad Europea de Copenhague de 14 y 15 de diciembre de 1973* que incluye disposiciones relativas a la identidad europea y el mundo, así como a su desarrollo ante el carácter dinámico de la construcción europea. Consultable en:

<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/europa/introduccion/cumbrecop.htm>

(última consulta 10/10/2021).

O, También el *Tratado de la Unión Europea*, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (Instrumento de Ratificación en BOE nº11, de 13/01/1994, págs. 858 a 926. BOE-A-1994-626), que alude a la necesidad de reforzar la identidad y la independencia europeas (art.1) y señala como objetivos de la Unión “afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común (...)”, de igual modo que ya lo hacía el Tratado de la Unión Europea (DOCE nºC 191/105 de fecha 29/07/92) y que lo han seguido proclamando múltiples instrumentos normativos. Sobre la identidad europea puede consultarse, entre otros: GÓMEZ CHACÓN, I.M. (Ed.) et al. (2003). *Identidad Europea. Individuo, Grupo, Sociedad*, Universidad de Deusto.

Consultable en: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/hnet/hnet08.pdf>

(última consulta 08/02/2022).

<sup>286</sup> Es posible mencionar, entre otros, los preceptos relativos a la identidad del autor/a contenidos en el Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886, revisado y completado sucesivamente, ratificado por España en fecha 2 de julio de 1973 (Instrumento de Ratificación en BOE nº81, de 4/04/1974, pág. 6885). En aras de proteger las obras literarias y artísticas, el Convenio de Berna alude al seudónimo y a la identidad de la persona autora y pretende proteger las obras literarias y artísticas creadas por aquélla. Más adelante también, y en este mismo sentido, el Tratado de 20 de diciembre de 1996 de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI o WIPO en inglés), ratificado por España en fecha 14 de diciembre de 2009 (BOE nº148, de 18 de junio de 2010, pág. 52061).

<sup>287</sup> Algunos autores ya habían relacionado el derecho a la identidad personal con los derechos de autor. Así, según FERNÁNDEZ SESSAREGO, el derecho de autor opera en la vertiente personal o extrapatrimonial del sujeto, “que protege la creatividad de la persona en cuanto ser libre (...) a que se le reconozca como creador(a)” sin que su obra pueda ser “alterada o mutilada” sin su autorización; existe una relación muy estrecha entre ambos derechos. Sin embargo, según el



intelectual, sino del derecho humano a que las creaciones de la persona sean susceptibles de protección, derecho que opera a otro nivel y que, aunque constituya su fundamento, es distinto del anterior.

Por último, pero no menos importante, pues hallamos una ingente cantidad de disposiciones que aluden a la misma, se han evitado en este marco normativo las disposiciones que se refieren a la identidad como identificación. Así, las referencias a la identidad exclusivamente como instrumento identificador de orden público<sup>288</sup> no se recogen en este análisis del marco normativo, puesto que, aunque ambos conceptos, “identidad” e “identificación”, son utilizados discrecionalmente como equivalentes, y estén íntimamente ligados entre sí, no pueden, ni deben, jurídicamente confundirse<sup>289</sup>.

---

autor el derecho a la identidad personal y el derecho de autor pueden deslindarse, toda vez que “la relación entre el derecho personal del autor y el derecho a la identidad personal es (...) muy estrecha en cuanto a través de la obra creativa se califica la personalidad. La creatividad es un instante de una muy significativa y alta expresión de la personalidad, constituyéndose en una manera especial de proyección de la misma. Mediante el producto de la creatividad personal nos aproximamos a una faceta de singular importancia en cuanto a la identidad se refiere, aunque ésta no se agote en esta valiosa manifestación de la personalidad.”<sup>287</sup> Vid. Op. cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1997), “Daños...”, p. 370.

<sup>288</sup> En este sentido se pronuncian en el ámbito estatal, entre otras, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE nº77, de 31/03/2015 pág. 27216), el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica (BOE nº307, de 24/12/2005, pág. 42090) así como más recientemente, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, que se refiere al certificado electrónico y a la firma electrónica incorporada al Documento Nacional de Identidad (BOE nº150, de 23/06/2007, pág. 27150). En el ámbito comunitario también cabe destacar, en este sentido, la Recomendación (UE) 2021/946 de la Comisión, de 3 de junio de 2021, sobre un conjunto de instrumentos común de la Unión para adoptar un enfoque coordinado de cara a un Marco para una Identidad Digital Europea (DOUE nº L210, de 14/06/2021, págs. 51 a 54). También, cabe hacer mención, entre otros, al Reglamento (UE) 2019/1157/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el refuerzo de la seguridad de los documentos de identidad de los ciudadanos de la Unión y de los documentos de residencia expedidos a ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias que ejerzan su derecho a la libre circulación (DOUE nºL188, de 12/07/2019, págs. 67 a 78), que en su Consideración nº18 dispone que: “El almacenamiento de una imagen facial y dos impresiones dactilares (en lo sucesivo, «datos biométricos») en los documentos de identidad y tarjetas de residencia, como ya se contempla para los pasaportes biométricos y los permisos de residencia para ciudadanos de terceros países, es un método apropiado para combinar una identificación y una autenticación fiables con un riesgo reducido de fraude, con el fin de abordar adecuadamente el objetivo de reforzar la seguridad de los documentos de identidad y las tarjetas de residencia”.

<sup>289</sup> No siempre resulta fácil delimitar ambos conceptos. Y ello porque, como veremos a la vista de las disposiciones analizadas, en numerosas ocasiones la identificación se concibe como un ámbito conformador del derecho a la identidad de la persona. Ambos conceptos se

Otros instrumentos parece que aluden a la identidad como derecho humano, pero no acaban de definir este derecho, lo que dificulta situar la norma en el presente análisis<sup>290</sup>.

Aunque los referidos instrumentos aludan primordialmente a algún aspecto de la identidad, esto es, a la identidad cultural, a la identidad étnica, a la identidad de género, entre otras, todas las esferas a las que alcanza este derecho están profundamente interconectadas. Estas conexiones no hacen más que poner de relieve la multiplicidad de dimensiones<sup>291</sup> en las que opera la identidad. Por ello, no parece posible concebir el derecho a la identidad en sentido general y abstracto. Se avanza también que gran parte de las normas que han considerado la identidad y se han aproximado a tratar de preservarla en sentido general o en algún ámbito concreto del mismo se refieren a

---

interrelacionan profundamente. Aunque la identificación es parte intrínseca de la identidad, la identidad no se agota ni debe agotarse con la identificación.

<sup>290</sup> Es el caso, por ejemplo, del 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 (Instrumento de Ratificación en BOE nº251, de 20/10/1999, págs. 36825 a 36830. BOE-A-1999-20638). En su Preámbulo se indica que es necesario “respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad” y en su artículo 1, en cuanto al objeto y la finalidad del Convenio indica 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 fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (...)”. En este mismo sentido, el Protocolo Adicional al referido convenio, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998 (Instrumento de Ratificación en BOE nº52, de 01/03/2001, págs. 7671 a 7672. BOE-A-2001-4090), en cuyo Preámbulo se recoge que “a instrumentalización de los seres humanos mediante la creación deliberada de seres humanos genéticamente idénticos es contraria a la dignidad humana y constituye un abuso de la biología y de la medicina (...)” recogiendo que la clonación humana -entendida como “crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto”- es contraria al artículo 1 del 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. Asimismo, el Protocolo adicional al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano, hecho en Estrasburgo el 24 de enero de 2002 (Instrumento de Ratificación en BOE nº25, de 29/01/2015, págs. 6977 a 6985. BOE-A-2015-737) recalca tanto en su Preámbulo como en su articulado la necesidad de preservar la dignidad y la identidad de toda persona, sin discriminación alguna, preceptuando en el artículo 1 relativo al Objeto del protocolo, que: “Las Partes en el presente Protocolo protegerán a la persona en su dignidad y su identidad y le garantizarán, sin discriminación, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a los trasplantes de órganos y de tejidos de origen humano”.

<sup>291</sup> Vid. Apartado 2 del Capítulo I de la presente investigación.

niños, niñas y adolescentes, denotándose una especial preocupación en las distintas fuentes normativas de las que emanan dichas normas por su protección.

Como se verá, en el marco normativo el derecho a la identidad de la persona se proyecta en ámbito de la identificación, de sus orígenes, de su condición de ser humano único, de su pertenencia a un determinado grupo social, del compartir con otras personas elementos propios de una cultura, de su forma de sentir su sexualidad...el ser humano vive en sociedad, su identidad se forja con otras personas y, además, su mutación y variabilidad a lo largo de la evolución de la persona es consustancial a sí misma.

El presente análisis se estructura en cuatro niveles: supranacional, comunitario, estatal español y autonómico catalán. Para cada nivel se ha tratado de traer a colación la normativa más próxima al derecho a la identidad como lo venimos entendiendo y también destacar cuál es la proyección de la identidad a la que el poder legislativo ha tratado de tutelar o cuál le suscita un mayor interés de protección.

### **3.1. MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL**

En este plano normativo, se advierte que los instrumentos supranacionales hacen especial referencia a la protección de los niños y de los colectivos vulnerables. Existe una especial preocupación por su protección, así como para la protección de aspectos más concretos como la identidad sexual, la identidad cultural y su protección en el entorno digital.

A continuación, se traerá a colación el contenido de diversos instrumentos tendentes a la protección de su derecho a la identidad en un plano determinado, en los que se advierte su mención a la identidad concretada en distintos ámbitos, que son los que revisten de un especial interés por los operadores jurídicos y que son los que pueden ligarse a una protección de la identidad de la persona.

**3.1.1. La identidad de los niños, niñas y adolescentes. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y las Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño (CRC). La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes.**

Es en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>292</sup> en la que se alude directamente al derecho a la identidad de los niños y niñas como derecho a preservar y proteger, instando en su artículo 8 a los Estados Partes a que se comprometan a:

“1. (...) respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”

Engloba la identidad en este precepto los elementos del nombre, nacionalidad y realidad familiar de cada niño y niña. Esta disposición conecta con el artículo 7 de la misma CDN en la que se indica que:

“1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

La inscripción del nacimiento de la persona e identificación para el acceso a los servicios básicos se erige como un aspecto fundamental en materia de identidad más ligada a los elementos identificativos. Como vemos, en este precepto, el derecho a la

---

<sup>292</sup> Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Consultable en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> (última consulta 29/09/2021). En cuanto a la redacción de este precepto puede consultarse BAGLIETTO, C., CANTWELL, N., DAMBACH, M. (Eds.) (2016). *Respondiendo a las adopciones ilegales: Un manual para profesionales*. Ginebra, Suiza: SSI; pp. 35-134; en la que se refiere al importante papel que tuvo la sociedad argentina en el reconocimiento de este derecho tras las desapariciones forzadas que tuvieron lugar en la dictadura militar.

identidad integra el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer sus orígenes biológicos, todos ellos, podríamos calificarlos como elementos ligados a aspectos generalmente invariables de la persona y conectados con cuestiones de orden público que atañen a las personas menores y al reconocimiento de sus derechos más fundamentales.

Esta protección que se le debe brindar también conecta con el derecho a ser identificado por el Estado del que se adquiriera la nacionalidad. A su vez, es necesario considerar el contenido de distintas Observaciones generales del Comité de Derechos del Niño, como la Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno<sup>295</sup>. En cuanto al derecho a un nombre, una identidad y una nacionalidad, se recoge que:

“La falta de inscripción de los nacimientos puede tener repercusiones negativas en el disfrute de los derechos de los niños, como el matrimonio infantil, la trata de niños, los reclutamientos forzados y el trabajo infantil. (...) Los niños no inscritos en un registro corren especial riesgo de convertirse en apátridas (...)” (párr. 20)

“Los Comités instan a los Estados partes a adoptar todas las medidas necesarias para que todos los niños sean inscritos inmediatamente en el registro civil al nacer y reciban certificados de nacimiento, cualquiera que sea su situación migratoria o la de sus padres. (...) Los niños que no han sido inscritos en el registro deben tener igualdad de acceso a la atención de salud, la protección, la educación y otros servicios sociales.” (párr. 21)

“En caso de que se hayan obtenido para un niño documentos de identidad de manera irregular y el niño solicite la recuperación de sus documentos de identidad, se alienta a los Estados partes a que adopten medidas flexibles en el interés superior del niño, en particular expidiendo documentos corregidos y evitando el enjuiciamiento cuando se haya cometido una falsificación.” (párr. 22)

---

<sup>295</sup> CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23 de 16 de noviembre de 2017. Consultable en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CMW/00\\_7\\_obs\\_grales\\_CMW.html](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CMW/00_7_obs_grales_CMW.html) (última consulta 20/11/2021).

También, más recientemente, la Observación general núm. 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital<sup>294</sup> se ocupa de la identidad como identificación y de la necesaria protección de la misma en aras de preservar la intimidad de las personas y su privacidad en la interacción digital. Así, en cuanto al derecho a la privacidad, pone de relieve que:

“La privacidad es vital para la autonomía, la dignidad y la seguridad de los niños y para el ejercicio de sus derechos. Los *datos personales* de los niños se procesan para ofrecerles prestaciones educativas, sanitarias y de otra índole. Las amenazas a la privacidad de los niños pueden provenir de la reunión y el procesamiento de datos por instituciones públicas, empresas y otras organizaciones, así como de actividades delictivas como el robo de la identidad. Esas amenazas también pueden surgir como resultado de las propias actividades de los niños y de las actividades de los miembros de la familia, sus iguales u otras personas, por ejemplo cuando los padres publican fotografías en línea o una persona desconocida difunde información sobre un niño.” (párr. 67)

“Esos datos pueden incluir información sobre la identidad, las actividades, la ubicación, la comunicación, las emociones, la salud y las relaciones de los niños, entre otras cosas. Ciertas combinaciones de datos personales, como los datos biométricos, pueden identificar a un niño de forma determinante. Las prácticas digitales, como el procesamiento automatizado de datos, la elaboración de perfiles, la selección de comportamientos, la verificación obligatoria de la identidad, el filtrado de información y la vigilancia masiva, se están convirtiendo en procedimientos de rutina. Estas prácticas pueden dar lugar a una injerencia arbitraria o ilegal en el derecho de los niños a la privacidad y pueden también tener consecuencias adversas para estos, cuyo efecto podría continuar en etapas posteriores de su vida.” (párr. 68)

“Muchos niños utilizan avatares o seudónimos en línea que protegen su identidad, prácticas que pueden ser importantes para proteger también su privacidad. Los Estados partes deben exigir un enfoque que integre tanto la seguridad como la privacidad desde la fase del diseño en relación con el anonimato, garantizando al mismo tiempo que las prácticas anónimas no se utilicen sistemáticamente para ocultar comportamientos nocivos o ilegales, como la ciberagresión, el discurso de odio o la explotación y los abusos sexuales.

---

<sup>294</sup>CRC/C/GC/25 de 2 de marzo de 2021.

Consultable en: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2021/09/observacion-general-25-relativa-a-los-derechos-de-los-ninos-en-relacion-con-el-entorno-digital.pdf> (última consulta 30/12/2021).

Proteger la privacidad del niño en el entorno digital puede ser vital en circunstancias en que los propios padres o cuidadores representen una amenaza para la seguridad de este o estén en conflicto por su cuidado. Estos casos pueden requerir una mayor intervención, así como orientación familiar u otros servicios, a fin de salvaguardar el derecho del niño a la privacidad.” (párr. 77)

Una vez más, centrándose en el derecho a la identidad, pero ligado fundamentalmente a la identificación y como presupuesto para el acceso a servicios públicos, esta misma Observación se refiere al registro del nacimiento de la persona, haciendo hincapié en que:

“Los Estados partes deben promover la utilización de sistemas de identificación digital que permitan que todos los niños recién nacidos sean inscritos y reconocidos oficialmente por las autoridades nacionales, a fin de facilitar el acceso a los servicios, incluidos los de salud, educación y bienestar. La falta de registro de los nacimientos facilita que se vulneren los derechos que asisten a los niños (...) (párr. 79)

Si bien, asimismo, y volviendo al articulado de la Convención (CDN) también se alude a los distintos ámbitos en los que se proyecta la identidad, alejándonos ya de esfera más ligada a la identificación. En su artículo 29.1 se preceptúa que, junto a otros principios y valores, la educación del niño debe estar encaminada a:

“c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya”

El Comité de Derechos del Niño (CRC), en su Observación general núm. 1 (2001)<sup>295</sup> que versa sobre el contenido del anterior párrafo indica en su párrafo 1 que:

“El párrafo 1 del artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño reviste una importancia trascendental. Los propósitos de la educación que en él se enuncian y que han sido acordados por todos los Estados Partes, promueven, apoyan y protegen el valor supremo de la Convención: la dignidad humana innata a todo niño y sus derechos iguales e inalienables. Estos propósitos, enunciados en los cinco incisos del párrafo 1 del artículo 29 están directamente vinculados con el ejercicio de la dignidad humana y los derechos del niño, habida cuenta de sus necesidades especiales de desarrollo y las diversas capacidades en evolución. Los objetivos son el desarrollo holístico del niño hasta el máximo de

---

<sup>295</sup>CRC/C/GC/14 de 29 de mayo de 2013. Consultable en: <https://www.refworld.org/es/docid/4ffd41092.html> (última consulta 20/11/2021).

sus posibilidades (29 (1) (a)), lo que incluye inculcarle del respeto de los derechos humanos (29 (1) (b)), potenciar su sensación de identidad y pertenencia (29 (1) (c)) y su integración en la sociedad e interacción con otros (29 (1) (d)) y con el medio ambiente (29 (1) (e)).

A su vez, del párr. 4 de esta Observación general se infiere que se pretende:

“inculcar el respeto de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país del que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya.”

De estos últimos preceptos se infiere un especial interés plasmado en los documentos internacionales por garantizar a la persona menor un entorno de protección y de velar por su integración en su comunidad de pertenencia como elemento de notoria importancia en el libre desarrollo de su personalidad.

El cuanto a la identidad de los niños y niñas -en términos generales-, el Comité, en su Observación general núm.14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial<sup>296</sup> la incluye como elemento a tener en cuenta a la hora de “evaluar y determinar” cuál es el interés superior de cada niño o niña en concreto. Sumamente interesante resultan las consideraciones efectuadas en cuanto a la identidad de los niños y niñas, en los que, una vez más, se advierte la naturaleza pluridimensional del concepto de identidad, a saber:

“Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño.” (párr. 55)

“En cuanto a la identidad religiosa y cultural, por ejemplo, al considerar la colocación en hogares de guarda o de acogida, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico (art. 20, párr. 3), y el responsable de la

---

<sup>296</sup> CRC/GC/2001/1 de 17 de abril de 2001. Consultable en: <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html> (última consulta 20/11/2021).



toma de decisiones debe tener en cuenta ese contexto específico al evaluar y determinar el interés superior del niño. Lo mismo se aplica en los casos de adopción, separación con respecto a sus padres o divorcio de los padres. La debida consideración del interés superior del niño entraña que los niños tengan acceso a la cultura (y el idioma, si es posible) de su país y su familia de origen, y la oportunidad de acceder a información sobre su familia biológica, de conformidad con la normativa jurídica y profesional del país de que se trate (véase el artículo 9, párrafo 4).” (párr. 56)

“Aunque debe tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosos y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención.” (párr. 57)

Ínsito también el derecho a la identidad del niño en la preservación de su interés superior podemos destacar la Observación general núm.6 (2005) relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen<sup>297</sup>, que además de promover la expedición de documentos de identidad a los menores y tatar de evitar riesgos graves para su seguridad, recoge que:

“La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección (...)” (párr. 20)

“Los menores no acompañados o separados de su familia tienen derecho a mantener su identidad y sus valores culturales, y, en especial, a conservar y cultivar su idioma nativo. (...)” (párr. 42)

También en este sentido, en la Observación general núm.9 (2006) relativa a los derechos de los niños con discapacidad<sup>298</sup> el CRC alude a la fundamental preservación de su identidad en la educación e incluye a la identidad como derecho y libertad civil:

---

<sup>297</sup> CRC/GC/2005/6 de 1 de septiembre de 2005.

Consultable en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf> (última consulta 20/11/2021).

<sup>298</sup> CRC/C/GC/9 de 27 de febrero de 2007. Consultable en:

“La inclusión del niño con discapacidad en los grupos de niños en el aula puede mostrarle que tiene una identidad reconocida y que pertenece a una comunidad de alumnos, pares y ciudadanos (...)” (párr. 64)

“El derecho al nombre y a la nacionalidad, la preservación de la identidad, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de asociación y reunión pacífica, el derecho a la vida privada y el derecho a no ser sometido a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y el derecho a no ser privado de libertad arbitrariamente son todos derechos y libertades civiles universales que deben respetarse, protegerse y promoverse para todos, incluidos los niños con discapacidad.” (párr. 34)

Asimismo, el CRC en su Observación general núm.7 (2005) relativa a la realización de los derechos del niño en la primera infancia<sup>299</sup> en el marco de los derechos humanos de los niños en la etapa vital de la primera infancia -el CRC engloba en esta etapa el periodo comprendido desde el nacimiento del niño o niña hasta los 8 años- incide en que conviene resaltar como característica de esta etapa, entre otras, que:

“e) Los primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes.” (párr. 6)

“En circunstancias normales, los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen una identidad personal, y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma, los padres (y otros cuidadores) son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos.” (párr.16)

Conviene destacar también, en esta misma Observación general, que el CRC recalca la necesidad de escuchar a los niños y niñas atendiendo a su grado de madurez, a su capacidad natural, prescindiendo del criterio objetivo de edad. En este sentido, esgrime que es absolutamente necesario tener en cuenta sus opiniones y sentimientos, pues no son seres invisibles, sino personas con capacidad muchas veces suficiente para

---

<https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-9-los-derechos-ninos-con-discapacidad-2006.pdf> (última consulta 11/10/2021).

<sup>299</sup> CRC/C/GC/7 de 20 de septiembre de 2006.

Consultable en: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-7-realizacion-derechos-nino-primera-infancia-2005.pdf> (última consulta 21/11/2021).

expresarse, ya sea con el lenguaje o con otros medios, y desde edades tempranas, debiendo respetarse su libertad para expresar opiniones y de ser escuchadas en las cuestiones que les afecten debiéndonos alejar del enfoque paternalista. En este sentido, y en cuanto a la identidad de los niños y niñas en la etapa denominada primera infancia:

“(…) Los niños pequeños son extremadamente sensibles a su entorno y adquieren con rapidez comprensión de las personas, lugares y rutinas que forman parte de sus vidas, además de conciencia de su propia y única identidad. Pueden hacer elecciones y comunicar sus sentimientos, ideas y deseos de múltiples formas, mucho antes de que puedan comunicarse mediante las convenciones del lenguaje hablado o escrito.” (párr. 14)

Siguiendo con esta misma Observación general, el Comité también recomienda, desde el nacimiento la inscripción de las personas nacidas en un Registro y lo vincula también a su identidad y a la posibilidad de acceso al ejercicio de sus derechos, tal y como ya aluden algunas de las anteriores disposiciones invocadas. En este sentido, arguye:

“Los servicios globales para la primera infancia comienzan con el nacimiento. El Comité observa que el registro de todos los niños al nacer continúa siendo un reto de primera magnitud para muchos países y regiones. Ello puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos.” (párr. 25)

Nótese que se infiere de estas Observaciones un sentido de la identidad próxima, podríamos decir, a la noción de identidad en sentido amplio y abstracto que se ha examinado en el anterior capítulo de esta investigación, próxima a la del ser único y distinto a los demás, pero en ninguna de las disposiciones examinadas se recoge estrictamente su concepto. Podrá desprenderse con mayor o menor exactitud a qué alude el contenido de la disposición, pero el concepto no es definido.

Por lo que respecta a la etapa de la adolescencia de las personas menores, la Observación general núm. 4 (2003) del CRC, relativa a la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>300</sup> destaca en su introducción, concretamente en su párrafo 2 que:

---

<sup>300</sup> CRC/GC/2003/4 de 21 de julio de 2003. Consultable en: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-4-salud-desarrollo-adolescentes-contexto-convencion-sobre-derechos-nino-2003.pdf> (última consulta 20/11/2021).

“La adolescencia es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos. Aunque en general los adolescentes constituyen un grupo de población sano, la adolescencia plantea también nuevos retos a la salud y al desarrollo debido a su relativa vulnerabilidad y a la presión ejercida por la sociedad, incluso por los propios adolescentes para adoptar comportamientos arriesgados para la salud. Entre éstos figura la adquisición de una identidad personal y la gestión de su propia sexualidad. El período de transición dinámica a la edad adulta es también generalmente un período de cambios positivos inspirados por la importante capacidad de los adolescentes para aprender rápidamente, experimentar nuevas y diversas situaciones, desarrollar y utilizar el pensamiento crítico y familiarizarse con la libertad, ser creativos y socializar.”

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos de niño durante la adolescencia<sup>301</sup> subraya la importancia de proteger su identidad, y como fundamento para promover una especial atención a los adolescentes en esta etapa de la vida, arguye en su párrafo n°10 que:

“10. A medida que atraviesan su segundo decenio de vida, los niños empiezan a explorar y forjar sus propias identidades personales y sociales sobre la base de una compleja interacción con su propia historia familiar y cultural, y empieza a aparecer en ellos un sentido de la propia identidad, que suelen expresar mediante el lenguaje, el arte y la cultura, tanto individualmente como en asociación con sus pares. Para muchos, este proceso se desarrolla en torno a su participación en el medio digital y está considerablemente influenciado por ella. El proceso de constitución y expresión de la identidad es particularmente complejo para los adolescentes, ya que estos abren una vía entre las culturas minoritarias y la cultura dominante.”

También, en esta misma Observación, en su párrafo n°47, el Comité se pronuncia acerca del derecho a la información de los adolescentes poniéndolo en relación con el exponencial uso de las nuevas tecnologías y su relación con el medio digital en esta era, recogiendo, además de la necesidad de promover su uso responsable y su formación al respecto para evitar los graves peligros que entraña un mal uso de los mismos, que:

---

<sup>301</sup> CRC/C/GC/20 de 6 de diciembre de 2016. Consultable en: <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G1640449.pdf> (última consulta 20/11/2021).

“los adolescentes utilizan el entorno en línea para, entre otras cosas, explorar su identidad, aprender, participar, opinar, jugar, socializar, involucrarse políticamente y encontrar oportunidades de empleo”.

Más adelante, en la misma Observación, como principio general de la Convención y en el marco del derecho al desarrollo positivo en la etapa de la adolescencia, se contiene que “Los Estados, junto con las entidades no estatales, mediante el diálogo y la colaboración con los propios adolescentes, deben promover entornos que reconozcan el valor intrínseco de la adolescencia, y adoptar medidas que los ayuden a progresar, explorar sus nuevas identidades, creencias, sexualidades y oportunidades, conciliar el riesgo y la seguridad, desarrollar la capacidad de tomar decisiones positivas para sus vidas libremente y con conocimiento de causa, y transitar satisfactoriamente el camino hacia la edad adulta” (párr. n°16). Atendiendo a los adolescentes que precisan de una “atención especial”, la Observación se refiere, entre otros grupos, a “adolescentes gais, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales”, destaca que debe respetarse también su “identidad de género” (párr. n°34), y respecto a los “adolescentes indígenas y de comunidades minoritarias” se alude a la necesidad de adopción de medidas tendentes a protegerlos en aras de que “puedan disfrutar de sus identidades culturales (...)” (párr. n°36). En esta misma Observación también se recoge como derecho civil la necesidad de que sea expedido y recibido un documento de identidad a los adolescentes que no fueron inscritos arguyendo el Comité que “No inscribir los nacimientos puede generar graves complicaciones adicionales durante la adolescencia, como la denegación de servicios básicos, la incapacidad para probar la nacionalidad o recibir un documento de identidad, un riesgo mayor de explotación o trata, la carencia de las necesarias salvaguardias en los sistemas de justicia penal y de inmigración, y el reclutamiento en las fuerzas armadas de los menores de edad” (párr. n°41, y, en sentido también el párr. n°76 y n°83).

Así, puede observarse que se pone especial énfasis en la especial protección de la etapa concreta de la adolescencia conectándola con el uso de las nuevas tecnologías y, en el ámbito de la identidad sexual y la cultural.

En otro orden de cosas, pero siguiendo con la etapa de la adolescencia, también cabe destacar que esta misma Observación pone énfasis en la necesidad de garantizar y preservar los espacios que fomenten la creatividad en esta etapa de la infancia. En su párrafo n°75, respecto al “esparcimiento, actividades recreativas y artísticas” señala que:

“El derecho de los adolescentes al descanso y al esparcimiento y a participar libremente en actividades lúdicas, recreativas y artísticas, tanto en Internet

como en medios no electrónicos, es fundamental para la búsqueda de su propia identidad y les permite explorar su cultura, crear nuevas formas artísticas, establecer relaciones y evolucionar como seres humanos. El esparcimiento, las actividades recreativas y las artes proporcionan a los adolescentes un sentido de singularidad que es fundamental para el derecho a la dignidad humana, un desarrollo óptimo, la libertad de expresión, la participación y la privacidad. El Comité observa con pesar que esos derechos suelen descuidarse en la adolescencia, especialmente en el caso de las niñas (...).”

Siguiendo con la denominada identidad de género, el CRC también alude al necesario respeto a la misma en la Observación general núm.15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud<sup>302</sup>:

“A fin de lograr la plena realización del derecho de todos los niños a la salud, los Estados partes tienen la obligación de asegurar que la salud del niño no quede minada por la discriminación, importante factor que contribuye a la vulnerabilidad. En el artículo 2 de la Convención figuran diversos motivos con respecto a los cuales está prohibido discriminar, en particular la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otro tipo, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Al respecto cabe mencionar también la orientación sexual, la identidad de género y el estado de salud, en particular el VIH/SIDA y la salud mental, También hay que prestar atención a cualquier otra forma de discriminación que mine la salud del niño y hacer frente a los múltiples tipos de discriminación”.

A su vez, el Comité alude también a la identidad étnica de las personas menores pertenecientes a las comunidades indígenas y a la necesidad de reconocer y preservar sus vínculos culturales y sociales. En este sentido, en la Observación general núm. 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención<sup>305</sup> y en relación a la inmediata inscripción registral de los niños y niñas y a la libre elección del nombre indica que:

---

<sup>302</sup>CRC/C/GC/15 de 17 de abril de 2013. Consultable en: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-15-derecho-nino-al-disfrute-mas-alto-nivel-posible-de-salud-2013-.pdf> (última consulta 20/11/2021).

<sup>305</sup> CRC/C/GC/11 de 12 de febrero de 2009. Consultable en: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-11-ninos-indigenas-sus-derechos-en-virtud-convencion-2009.pdf> (última consulta 3/11/2021).

“Los Estados partes están obligados a velar por que todos los niños sean inscritos inmediatamente después de su nacimiento y por que adquieran una nacionalidad (...)” (párr. 41) y “los Estados partes deberían velar por que los niños indígenas puedan tener los nombres indígenas que sus padres elijan de acuerdo con sus tradiciones culturales, así como velar por el derecho a preservar su identidad.” (párr. 44), y, asimismo, “El Comité señala a la atención de los Estados el artículo 8, párrafo 2, de la Convención, que dispone que un niño privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos deberá recibir la asistencia y la protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. El Comité alienta a los Estados partes a que tengan en cuenta el artículo 8 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que dispone que se deben establecer mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de todo acto que prive a los pueblos indígenas, incluidos los niños, de su identidad étnica.” (párr. 45)

“Además, los Estados deberían siempre velar por que el principio del interés superior del niño sea la consideración primordial en cualquier caso en que se coloque a los niños indígenas en otro tipo de tutela para su cuidado y, conforme al párrafo 3 del artículo 20 de la Convención, prestar la debida atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. En los Estados partes en que haya una proporción excesiva de niños indígenas entre los niños separados de su entorno familiar, se deberían adoptar, en consulta con las comunidades indígenas, medidas de política especialmente dirigidas a ellos para reducir el número de niños indígenas confiados a otro tipo de tutela y evitar que pierdan su identidad cultural. Concretamente, si un niño indígena fuese colocado fuera de su comunidad, el Estado parte debería adoptar medidas especiales para que el niño pueda mantener su identidad cultural” (párr. 48), en consonancia con las previsiones acerca del derecho a la educación, aludiendo el CRC a que: “El artículo 29 de la Convención dispone que la educación de todos los niños deberá estar encaminada a, entre otros objetivos, el desarrollo del respeto de la identidad cultural del niño, de su idioma, de sus valores y de las civilizaciones distintas de la suya.” (párr. 56)

Relacionado también con el elemento identidad, el CRC en la Observación general núm. 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego,

las actividades recreativas, la vida cultural y las artes<sup>304</sup> hace referencia al artículo 31 de la Convención, y en particular en cuanto a la identidad cultural considera que:

“La participación en la vida cultural de la comunidad es un elemento importante del sentido de pertenencia del niño. Los niños heredan y experimentan la vida cultural y artística de su familia, comunidad y sociedad y, a través de ese proceso, descubren y forjan su propio sentido de identidad y, a su vez, contribuyen al estímulo y la sostenibilidad de la vida cultural y las artes tradicionales.” (párr. 11)

“El Comité apoya la opinión de que es a través de la vida cultural y de las artes que los niños y sus comunidades expresan su identidad específica y el sentido que dan a su existencia y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La expresión, cultural y artística se articula y se disfruta en el hogar, en la escuela, en la calle y en los lugares públicos, así como a través de la danza, los festivales, las artesanías, las ceremonias, los ritos, el teatro, la literatura, la música, el cine, las exposiciones, las películas, las plataformas digitales y los vídeos. La cultura emana de la comunidad entera; ningún niño debe verse denegado el acceso a su creación o a sus beneficios. La vida cultural emerge de la cultura y la comunidad, no se impone desde fuera; la función de los Estados es actuar como facilitadores, no como proveedores.” (párr. 14 letra f)

En cuanto al fomento de espacios para el juego y el esparcimiento, adecuados a las distintas etapas de los niños, niñas y adolescentes, el Comité alienta a los Estados a que tomen conciencia de la importancia de estos espacios y a que no los subestimen desde su perspectiva de persona adulta, toda vez que, devienen esenciales para la conformación de la propia identidad de la persona:

“Con respecto al juego y la recreación, debe tenerse en cuenta la edad del niño al determinar la cantidad de tiempo que se le concederá para ello; la naturaleza de los espacios y los entornos disponibles; las formas de estimulación y diversidad; y el grado de supervisión y participación de adultos necesario para garantizar la seguridad. A medida que los niños crecen, sus necesidades y deseos cambian y los entornos que ofrecen posibilidades de jugar son sustituidos por lugares que brindan oportunidades de socializar, de compartir con compañeros

---

<sup>304</sup> CRC/C/GC/17 de 17 de abril de 2013. Consultable en: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-17-derecho-nino-al-descanso-esparcimiento-juego-actividades-recreativas-vida-cultural-artes-articulo-2013.pdf> (última consulta 30/12/2021).



o de estar solos. Los niños también exploran un número creciente de situaciones que entrañan riesgos o desafíos. Estas experiencias son necesarias para el desarrollo de los adolescentes y contribuyen al descubrimiento de la propia identidad y pertenencia. (párr. 14, letra e)

“Los adolescentes buscan a menudo lugares donde reunirse con sus compañeros y explorar su incipiente independencia y su transición a la vida adulta. Esta es una dimensión importante para el desarrollo de su sentido de identidad y pertenencia.” (párr. 33)

En este mismo sentido, en el contexto de niños y niñas que se hallan en situación de conflicto o afectados por un desastre natural y/o humanitario, el CRC también refiere que:

“El juego, la música, la poesía o el teatro pueden ayudar a los niños refugiados y a los que han tenido experiencias de duelo, violencia, malos tratos o explotación, por ejemplo, a superar el sufrimiento emocional y recuperar el control de sus vidas. Esas actividades pueden devolverles el sentido de su identidad y ayudarlos a comprender lo que les ha ocurrido y a recuperar la capacidad de divertirse y disfrutar. La participación en actividades culturales o artísticas, así como en el juego y la recreación, ofrece a los niños la oportunidad de integrarse en una experiencia compartida, recuperar la conciencia de su propio valor y la autoestima, explorar su propia creatividad y sentirse conectados e integrados en una comunidad.” (párr. 53)

En relación con la era digital y la preservación y respeto a la identidad o identidades de los niños, niñas y adolescentes, el Comité se ocupa en la ya mencionada Observación general núm. 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital, sobre la afectación de las nuevas tecnologías en las distintas esferas que conforman la identidad de las personas menores, y, en este sentido, en cuanto a sus derechos y libertades civiles, en concreto respecto al derecho a la libertad de expresión:

“Cuando los niños expresan sus opiniones e identidades políticas o de otra índole en el entorno digital, pueden atraer críticas, hostilidad, amenazas o castigos. Los Estados partes deben proteger a los niños contra las ciberagresiones y amenazas, la censura, las filtraciones de datos y la vigilancia digital. Los niños no deben ser enjuiciados por expresar sus opiniones en el entorno digital, a menos que no respeten las restricciones previstas en la legislación penal que sean compatibles con el artículo 13 de la Convención.” (párr. 60)

“Dada la existencia de motivaciones comerciales y políticas para promover determinadas visiones del mundo, los Estados partes deben garantizar que la utilización de los procesos automatizados de filtrado de información, elaboración de perfiles, comercialización y adopción de decisiones no suplanten, manipulen o inhiban la capacidad de los niños para formar y expresar sus opiniones en el entorno digital.” (párr. 61)

Respecto al derecho de asociación, se destaca en la Observación que:

“El entorno digital puede contribuir a que los niños formen sus identidades sociales, religiosas, culturales, étnicas, sexuales y políticas y participen en comunidades asociadas y en espacios públicos de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y diversidad (...)” (párr. 64)

También en esta Observación, relacionado con el derecho a la cultura, el ocio y el juego, y en consonancia con la Observación general núm. 17 ya referida, se destaca que:

“Las formas digitales de cultura, esparcimiento y juego deben apoyar y beneficiar a los niños y reflejar y promover las diferentes identidades de estos, en particular sus identidades culturales, idiomas y patrimonio. Pueden facilitar las aptitudes sociales de los niños, así como el aprendizaje, la expresión, las actividades creativas, como la música y el arte, y el sentido de pertenencia y de una cultura compartida. La participación en la vida cultural en línea contribuye a la creatividad, la identidad, la cohesión social y la diversidad cultural. Los Estados partes deben lograr que los niños tengan la oportunidad de utilizar su tiempo libre para experimentar con las tecnologías de la información y las comunicaciones, para expresarse y para participar en la vida cultural en línea.” (párr. 107)

Ligado a la necesaria preservación de la dignidad de la persona y al respeto a sus derechos fundamentales y en la esfera del respeto a la identidad de las personas adolescentes, muy interesante resulta el contenido de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes<sup>305</sup> que aboga expresamente por una redefinición de las bases conceptuales relativas a los derechos de las personas adolescentes alejada de tendencias paternalistas centrándolas en la reivindicación de sus derechos como ciudadanos, y alude expresamente en su Preámbulo a que “los jóvenes conforman un sector social que tiene características singulares en razón de factores psico-sociales, físicos y de identidad

---

<sup>305</sup> Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, hecho en Badajoz el 11 de octubre de 2005. Instrumento de ratificación en BOE núm. 67, de 18 de marzo de 2010, pág. 26518.

que requieren una atención especial por tratarse de un período de la vida donde se forma y consolida la personalidad, la adquisición de conocimientos, la seguridad personal y la proyección al futuro.” En su artículo 14 explícitamente se recoge el “derecho a la identidad y personalidad propias”:

“1. Todo joven tiene derecho a: tener una nacionalidad, a no ser privado de ella y a adquirir otra voluntariamente, y a su propia identidad, consistente en la formación de su personalidad, en atención a sus especificidades y características de sexo, nacionalidad, etnia, filiación, orientación sexual, creencia y cultura.

2. Los Estados Parte promoverán el debido respeto a la identidad de los jóvenes y garantizarán su libre expresión, velando por la erradicación de situaciones que los discriminen en cualquiera de los aspectos concernientes a su identidad”.

Por ello, de los instrumentos anteriores se colige el anhelo por proteger la denominada identidad de las personas menores como cuestión de orden público para posibilitar el reconocimiento de sus derechos por parte del ordenamiento del estado cuya nacionalidad ostente, y, por ende, la protección de sus derechos. En este punto, situaríamos la protección de elementos que podríamos calificar como generalmente invariables, algunos de ellos conectados con su identificación. Así, los instrumentos analizados recogen el derecho al nombre, a la nacionalidad, el derecho a conocer sus orígenes y a su filiación, como elementos del derecho a la identidad de las personas menores cuya protección es necesario garantizar. Además, la tutela que se brinda a estos aspectos de la identidad de la persona coadyuva con la búsqueda de protección hacia otros elementos que podríamos entender integrantes también de la identidad, como lo son el respeto a su sexo sentido, el respeto a sus creencias religiosas, a su lengua y a su origen étnico; el fomento de pertenencia de los niños, niñas y adolescentes a su cultura y el respeto por la misma, elementos que liga a la construcción de la singularidad del ser humano, cuyo respeto es fundamental para el derecho a la dignidad humana<sup>306</sup>; así como la protección en el plano digital.

---

<sup>306</sup> Tal y como se aduce en la ya referida Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, al indicar: tal y como se ha referido ya *ut supra* que: “ (...)El derecho de los adolescentes al descanso y al esparcimiento y a participar libremente en actividades lúdicas, recreativas y artísticas, tanto en Internet como en medios no electrónicos, es fundamental para la búsqueda de su propia identidad y les permite explorar su cultura, crear nuevas formas artísticas, establecer relaciones y evolucionar como seres humanos. El esparcimiento, las actividades recreativas y las artes proporcionan a los adolescentes un sentido de singularidad que es fundamental para el derecho a la dignidad humana (...)” , párr. 75.

### **3.1.2. La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y las Observaciones generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD).**

También, al hilo de la búsqueda por la preservación y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como de la dignidad inherente al ser humano, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>307</sup> de 13 de diciembre de 2006 se ocupa de plasmar como principio general de la Convención el “respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad” (artículo 3 letra h), entre otros principios que la inspiran y en los que se asienta este instrumento.

Asimismo, la Convención alude a la identidad de las personas con discapacidad en relación a su lengua propia, estableciendo en cuanto a la educación que los Estados partes deben adoptar las medidas que sean oportunas para “facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas” (Art. 24 .3 letra b) en aras de promover su participación plena y en igualdad de condiciones en la sociedad. Explícitamente, en cuanto a la participación en la vida cultural, las actividades de recreo, esparcimiento y deporte, en la Convención también se fija que debe serles reconocida y apoyada su identidad cultural y lingüística específicas “incluidas la lengua de señas y la cultura de los sordos” (artículo 30.4), centrándose ya más en estos extremos en la identidad cultural de toda persona.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) en su Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva<sup>308</sup>, recogido en el artículo 24 de la Convención, profundiza en la necesidad de transformar “la cultura, la política y la práctica en todos los entornos educativos formales e informales para dar cabida a las diferentes necesidades e identidades de cada alumno” (párr.9) en aras de dar cumplimiento a este derecho a la educación en igualdad de condiciones a todos los niños y niñas con discapacidad. Además, en relación con la protección de la persona menor, contenido en el artículo 7 de la Convención, el Comité arguye que “toda

---

<sup>307</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Instrumento de ratificación en BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, BOE-A-2008-6963.

<sup>308</sup> Observación general núm. 4 (2016) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/GC/4 de 25 de noviembre de 2016. Consultable en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/> (última consulta 10/12/2021)

determinación del interés superior de un niño con discapacidad debe tener en cuenta las opiniones del propio niño y su identidad individual, la preservación de la familia, su cuidado, protección y seguridad, cualquier vulnerabilidad particular y su derecho a la salud y la educación” (párr. 47).

A su vez, en la Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad<sup>309</sup>, el Comité se ocupa del contenido del artículo 19 de la Convención, relativo a la vida independiente e inclusiva en la sociedad. En esta observación se recoge una interesante apreciación relativa a la identidad de la persona y a su derecho a vivir de forma independiente. Para el Comité:

“Vivir de forma independiente significa que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten. La autonomía personal y la libre determinación son fundamentales para la vida independiente, incluidos el acceso al transporte, la información, la comunicación y la asistencia personal, el lugar de residencia, la rutina diaria, los hábitos, el empleo digno, las relaciones personales, la ropa, la nutrición, la higiene y la atención de la salud, las actividades religiosas y culturales, y los derechos sexuales y reproductivos. Las siguientes actividades están vinculadas al desarrollo de la identidad y la personalidad de cada individuo: dónde vivimos y con quién, qué comemos, si nos gusta dormir hasta tarde o acostarnos a altas horas de la noche, si preferimos quedarnos en casa o salir, si nos gusta poner mantel y velas en la mesa, tener animales domésticos o escuchar música. Tales acciones y decisiones nos hacen ser quienes somos. La vida independiente es una parte esencial de la autonomía y la libertad de la persona y no significa necesariamente vivir solo. Tampoco debe interpretarse únicamente como la capacidad de llevar a cabo actividades cotidianas por uno mismo. Por el contrario, debe considerarse como la libertad de elección y de control, en consonancia con el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual consagradas en el artículo 3 a) de la Convención. La independencia como forma de autonomía personal implica que la persona con discapacidad no se vea privada de la posibilidad de elegir y controlar su modo de vida y sus actividades cotidianas (...)” (párr. 16)

---

<sup>309</sup> Observación general núm. 5 (2017) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/GC/5 de 27 de octubre de 2017.

Para el Comité, la discapacidad se concibe como “uno de los diversos estratos de la identidad”. Así lo entiende y afirma en la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación<sup>310</sup> al afirmar que:

“El modelo de discapacidad basado en los derechos humanos reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Según ese modelo, la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad. Por lo tanto, las leyes y políticas de discapacidad deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad. Ese modelo también reconoce que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí.” (párr. 9)

También constata el Comité en esta Observación que los Estados partes:

“(…) carecen de datos actualizados sobre la discriminación por motivos de discapacidad y que, a menudo, cuando la legislación y los reglamentos nacionales lo permiten, no se hacen distinciones por deficiencia, género, sexo, identidad de género, etnia, religión, edad u otros estratos de la identidad. Esos datos y su análisis son de importancia primordial para formular medidas eficaces de lucha contra la discriminación y en favor de la igualdad” (párr. 34)

En este sentido, también en la Observación general núm. 7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención<sup>311</sup>, el CRPD alude a las “identidades transversales” y pone como ejemplo a “niños, niñas, mujeres o personas indígenas con discapacidad” (párr. 11 letra e) para incidir en la doble discriminación que sufren las personas discapacitadas con una orientación sexual o identidad de género determinadas (párr. 50 *ad exemplum*).

Creo necesario invocar también, y a colación de lo anterior, el contenido de la Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad<sup>312</sup>, en el que se expone que las mujeres y niñas con discapacidad “afrontan obstáculos en la

---

<sup>310</sup> Observación general núm. 6 (2018) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/GC/6 de 26 de abril de 2018.

<sup>311</sup> Observación general núm. 7 (2018) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/GC/7 de 9 de noviembre de 2018.

<sup>312</sup> Observación general núm. 3 (2016) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/GC/3 de 25 de noviembre de 2016.

mayor parte de los ámbitos de la vida” (párr. 2) y son susceptibles de una “discriminación múltiple” y de una “discriminación intersectorial”, siendo que los motivos de esa discriminación estriban en “la edad; la discapacidad; el origen étnico, indígena, nacional o social; la identidad de género; la opinión política o de otra índole; la raza; la condición de migrante, refugiado o solicitante de asilo; la religión; el sexo y la orientación sexual”(párr.. El Comité incide en que por concepto de discriminación múltiple se alude a “una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada” y que el concepto de “Discriminación intersectorial” se refiere a “una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables “(párr. 4 letra c). El concepto de discriminación interseccional reconoce que las personas no sufren discriminación como miembros de un grupo homogéneo, sino como individuos con identidades, condiciones y circunstancias vitales multidimensionales. Reconoce las vivencias y experiencias de agravamiento de la situación de desventaja de las personas a causa de formas de discriminación múltiples e interseccionales, que requieren la adopción de medidas específicas con respecto a la recopilación de datos desglosados, la consulta, la formulación de políticas, la ejecutabilidad de las políticas de no discriminación y la provisión de recursos eficaces”. (párr. 16).

Así, para la Convención, la discapacidad integra la propia identidad de la persona, conformando así uno de sus estratos. En este sentido, la Convención insiste en la necesidad de proteger especialmente a los niños y niñas con discapacidad -y especialmente a estas últimas-, desde múltiples ámbitos, como la educación y la cultura, insistiendo también en la protección de la lengua -identidad lingüística- y la inclusión en la comunidad como personas independientes que tienen derecho al desarrollo de su personalidad e identidad.

### ***3.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). La identidad cultural.***

También resulta necesario hacer mención a las disposiciones de este Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) por proteger la identidad cultural de las personas, especialmente de determinados colectivos más vulnerables, como los niños y niñas, las personas con discapacidad, las minorías y las personas discriminadas por sus preferencias sexuales. Hace alusión el Comité a una serie de elementos que considera vertebradores de la identidad cultural y sumamente significativos para el

desarrollo de la personalidad del ser humano como ser único y creador potencial de cultura, ciencia y arte. Seguidamente se recalcan algunas de sus consideraciones.

A la cultura y a la creación artística como elementos conformadores de la identidad los hallamos contenidos en las Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977<sup>313</sup> se refiere en su artículo 2.2 a que los Estados Partes “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Alude así ya este precepto a la identidad de género, tal y como más adelante se expondrá.

Aunque este instrumento no centre explícitamente el contenido del derecho a la identidad como tal, es reseñable que en las Observaciones generales que dimanaban de su desarrollo, el Comité invoque explícitamente al contenido de tal derecho.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce que estos derechos se “desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”, y que las personas están dotadas de una “riqueza cultural intrínseca a su condición humana”. Refiere, entre otros, a la necesidad de que los Estados parte velen por garantizar el derecho de toda persona a trabajar en un trabajo que escoja o acepte libremente (art. 6); al derecho a la educación para “capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos (...)” (art. 13) y el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, la investigación científica y la creación artística (art. 15).

Es destacable la Observación general núm. 21 relativa al derecho de toda persona a participar en la vida cultural<sup>314</sup> y en la que el Comité indica expresamente que:

“La participación en la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a actuar libremente; a escoger su propia identidad; a identificarse o no con una o con

---

<sup>313</sup> BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977. BOE-A-1977-10734.

<sup>314</sup> E/C.12/GC/21 de 21 de diciembre de 2009. Consultable en: <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,4ed35beb2,0.html> (última consulta 30/12/2021).



varias comunidades, o a cambiar de idea; a participar en la vida política de la sociedad; a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección. Toda persona tiene igualmente derecho a buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales, así como a actuar con creatividad y tomar parte en actividades creativas. (párr. 15 letra a)”

“El acceso a la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural. Toda persona tiene también derecho a conocer formas de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación; a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades.” (párr. 15 letra b)

También, como elementos necesarios para garantizar el pleno ejercicio del derecho a participar en la vida cultural se incluye el elemento “disponibilidad”, y, en este sentido:

“La disponibilidad es la presencia de bienes y servicios culturales que todo el mundo pueda disfrutar y aprovechar, en particular bibliotecas, museos, teatros, salas de cine y estadios deportivos; la literatura, incluido el folclore, y las artes en todas sus manifestaciones; espacios abiertos compartidos esenciales para la interacción cultural, como parques, plazas, avenidas y calles; dones de la naturaleza, como mares, lagos, ríos, montañas, bosques y reservas naturales, en particular su flora y su fauna, que dan a los países su carácter y su biodiversidad; bienes culturales intangibles, como lenguas, costumbres, tradiciones, creencias, conocimientos e historia, así como valores, que configuran la identidad y contribuyen a la diversidad cultural de individuos y comunidades. De todos los bienes culturales, tiene especial valor la productiva relación intercultural que se establece cuando diversos grupos, minorías y comunidades pueden compartir libremente el mismo territorio.” (párr. 16 letra a)

Se alude así al derecho de las personas a acceder y participar de los servicios culturales, a los que considera “portadores de identidad, de valores y de sentido” (párr. 49 letra b)

También hace referencia a la necesaria eliminación de cualquier tipo de discriminación de la persona en el ejercicio de su derecho a participar en la vida cultural,

y concibe en este sentido como premisa indispensable que los Estados reconozcan la existencia de “diversas identidades culturales de individuos y comunidades” (párr. 23). Como personas y comunidades susceptibles de una especial protección el Comité refiere a las mujeres, los niños y niñas, las personas mayores, las personas con discapacidad, las minorías, los migrantes, los pueblos indígenas, así como, a las personas que se hallan en situación de pobreza.

En cuanto a los niños, indica que es la educación la que puede posibilitar el desarrollo de su vida cultural, refiriendo que:

“(…) el objetivo fundamental del desarrollo educacional es la transmisión y el enriquecimiento de los valores culturales y morales comunes sobre los que el individuo y la sociedad asientan su identidad y valía. Así pues, la educación debe ser apropiada desde el punto de vista cultural, incluir la enseñanza de los derechos humanos y permitir que los niños desarrollen su personalidad e identidad cultural y que aprendan y entiendan los valores y las prácticas culturales de las comunidades a que pertenecen, así como los de otras comunidades y sociedades.” (párr. 26)

Por lo que se refiere a las personas con discapacidad el Comité alude a que es necesario que se reconozca su “identidad cultural y lingüística específica, incluidos el lenguaje de señas y la cultura de los sordos; y a que se aliente y promueva su participación, en la medida de lo posible, en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas” (párr. 31) en aras de promover su participación en la vida cultural.

También, hace alusión al necesario reconocimiento y participación de las minorías en la cultura, y, en consonancia con múltiples instrumentos normativos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas<sup>315</sup>, arguye que los Estados deben “reconocer, respetar y proteger la cultura

---

<sup>315</sup> En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (Instrumento de Ratificación en BOE nº 103, de 30 de abril de 1977, BOE-A-1977-10733) preceptúa en su artículo 27 que: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.” Inspirada en este precepto, se desarrolla la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de la ONU de 1992. En su artículo 1 “Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”. También podemos hacer mención al Convenio-Marco para la protección de las Minorías Nacionales (nº157 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 1

de las minorías como componente esencial de su propia identidad. Por lo tanto, las minorías tienen derecho a su diversidad cultural, tradiciones, costumbres, religión, formas de educación, lenguas, medios de comunicación (prensa, radio, televisión, Internet) y a todas las expresiones propias de su identidad y afiliación culturales. (párr. 32). En este sentido también se refiere a los pueblos indígenas, recalcando que hay que preservar su existencia e impedir la pérdida de su identidad cultural (párr. 26) en consonancia con la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>316</sup>.

Siguiendo con la Observación general núm.21, respecto a los derechos culturales de las personas migrantes, el Comité refiere que “Los Estados partes deben prestar especial atención a la protección de la identidad cultural de los migrantes, así como de su idioma, religión y folclore, y de su derecho a organizar eventos culturales, artísticos e interculturales. Los Estados partes no deberían impedir que los migrantes mantuvieran sus lazos culturales con sus países de origen” (párr. 34).

Cabe añadir, que en la Observación también se indica que, como obligaciones jurídicas específicas por parte del Estado:

“El derecho de toda persona a participar en la vida cultural, al igual que los otros derechos consagrados en el Pacto, impone a los Estados partes tres tipos o niveles de obligaciones: a) la obligación de respetar; b) la obligación de proteger y c) la obligación de cumplir (...). La obligación de respetar incluye la adopción de medidas concretas para lograr que se respete el derecho de toda persona, individualmente o en asociación con otros o bien dentro de una comunidad o un grupo, a: a) Elegir libremente su propia identidad cultural, pertenecer o no a una comunidad y que su elección sea respetada.”, libre de toda discriminación basada

---

de febrero de 1995, ratificado por Instrumento de 20 de julio de 1995 (BOE N°20, de 23/01/1998, BOE-A-1998-1369) en cuyo artículo 5.1 se refiere a que “Las Partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural”.

<sup>316</sup> En cuanto a los pueblos indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas de 2007 sobre los derechos de los pueblos indígenas recoge en su artículo 33.1 que “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven”. Consultable en:

[https://www.ohchr.org/documents/publications/undripmanualfornhris\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/undripmanualfornhris_sp.pdf) (última consulta 9/11/2021).

en la identidad cultural y garantizándole la libre expresión de la misma (párr. 49).

Tal y como ya se avanzaba, también es necesario destacar que el Comité también hace referencia a la identidad de género en su Observación general núm.20 acerca de la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales<sup>317</sup> contenido en el artículo 2.2 del Pacto, en cuya virtud los Estados partes “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” afirmando que en este último inciso se incluye la orientación sexual. Y, en este sentido:

“(…) Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto (...). La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo” (párr. 32)

También en la Observación general núm.25 relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales<sup>318</sup>, que refiere a su artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, explícitamente se recoge que los Estados Partes tienen la obligación de proteger a las personas de las interferencias que pudieran suscitarse en la participación del progreso científico motivadas por discriminaciones por “razón de género, orientación sexual o identidad de género u otras circunstancias” (párr.43) , y a que, deben combatir las formas de discriminación, en concreto “deben adoptar las medidas necesarias para eliminar las condiciones y combatir las actitudes que perpetúan la desigualdad y la discriminación a fin de que todas las personas y grupos puedan disfrutar del derecho sin discriminación alguna, en particular por razón de religión, origen nacional, sexo, orientación sexual e identidad

---

<sup>317</sup> E/C.12/GC/20 de 2 de julio de 2009. Consultable en: [https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/General%20Comment%2020\\_2009\\_ESP.pdf](https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/General%20Comment%2020_2009_ESP.pdf) (última consulta 30/12/2021).

<sup>318</sup> E/C.12/GC/25 de 30 de abril de 2020. Consultable en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f25&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f25&Lang=en) (última consulta 03/01/2021).

de género, raza e identidad étnica, discapacidad, pobreza y cualquier otra condición pertinente” (párr.25).

Íntimamente conectado con la identidad cultural, como parte intrínseca e inalienable de la identidad, hallamos una interesante distinción entre el derecho de toda persona a la protección de sus producciones científicas, literarias o artísticas de las que sea autora y los instrumentos que regulan el derecho a la propiedad intelectual, tal y como se ya ha referido en el capítulo anterior de la presente investigación. En relación al ya aludido artículo 15 del Pacto, el Comité recoge en su Observación General n°17<sup>319</sup> (2005) la fundamental distinción entre “el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, al que cataloga de derecho humano, toda vez que “deriva de la dignidad y la valía inherentes a toda persona”, de los derechos de propiedad intelectual, estos últimos de índole temporal, susceptibles de renuncia, revocación o de cesión, creados por los Estados en aras de potenciar la creatividad y fomentar el “desarrollo de las identidades culturales” en beneficio del conjunto de la sociedad. Así, aunque interconectados, pues uno es el fundamento del otro, el derecho humano a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de las producciones científicas, literarias o artísticas propias protege la vinculación personal entre los autores y sus creaciones y entre los pueblos, comunidades y otros grupos y su patrimonio cultural colectivo, así como los intereses materiales básicos necesarios para que contribuyan, como mínimo, a un nivel de vida adecuado”, no se equipara a los derechos de propiedad intelectual, no recibiendo el contenido íntegro de estos últimos, la categorización de derechos humanos.

---

<sup>319</sup> Muy interesante resulta la lectura de la Observación General n°17 (2005) del CESCR. E/C.12/GC/17 de 12 de enero de 2006. Consultable en:

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f17&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f17&Lang=en)

(última consulta 03/01/2021). Por “intereses morales” susceptibles de protección se entiende, en sintonía con el artículo 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que la persona autora, además de los derechos de percibir la remuneración que corresponda por su creación, conserva para siempre un derecho moral sobre su obra o descubrimiento, que “no desaparece ni siquiera cuando la obra pasa a ser patrimonio común de la humanidad” (párr. 12), se proclama en línea con el contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el “carácter intrínsecamente personal de toda creación de la mente humana y la consiguiente relación duradera entre el creador y su creación”.

### **3.1.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Comité de Derechos Humanos (CCPR). La identidad de las minorías y la identidad de género.**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977<sup>320</sup> también preceptúa la obligación de los Estados Partes en los que existan “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas” a respetar su derecho a su propia vida cultural, a su religión y a su idioma (Art. 27). El Comité de los Derechos Humanos, en relación a este artículo, alude en su Observación general núm. 23<sup>321</sup> a la interpretación del precepto, arguyendo que “este artículo establece y reconoce un derecho que se confiere a las personas pertenecientes a grupos de minorías y que se constituye un derecho separado, que se suma a los demás derechos de que pueden disfrutar esas personas, al igual que todas las demás, debiendo ser respetados (párr. 1) y a que “la protección de esos derechos tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto” (párr. 9).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también recoge en su artículo 6 el derecho a la vida, en su artículo 9 el derecho a la libertad y seguridad personales y, en su artículo 21 el derecho de reunión pacífica. Estos derechos se conectan también con el derecho a la identidad de género por medio de la interpretación del Comité de Derechos Humanos habida cuenta de que en su Observación general núm. 35<sup>322</sup> relativa a la libertad y seguridad personales, hace especial hincapié en la necesidad y obligación de los Estados Partes de proteger la libertad personal a todo individuo, independientemente de su identidad de género (párr.2 y párr. 9).

---

<sup>320</sup> Ya citado, Instrumento de Ratificación en BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977. BOE-A-1977-10733.

<sup>321</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 de 8 de abril de 1994. Consultable en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.5&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.5&Lang=es) (última consulta 30/11/2021).

<sup>322</sup> CCPR/CC/GC/35 de 23 de octubre de 2014. Consultable en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f35&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f35&Lang=es) (última consulta 30/11/2021).

Posteriormente, en su Observación general núm. 36<sup>323</sup> sobre el derecho a la vida contempla que:

“El derecho a la vida debe respetarse y garantizarse sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, con inclusión de la casta, el origen étnico, la pertenencia a un grupo indígena, la orientación sexual o la identidad de género, la discapacidad, la situación socioeconómica, el albinismo y la edad. Las salvaguardias legales del derecho a la vida deben aplicarse por igual a todas las personas y proporcionarles garantías efectivas contra todas las formas de discriminación, incluidas las formas múltiples e interseccionales de discriminación (...).” (párr. 61)

También, en su Observación general núm. 37 (2020), relativa al derecho de reunión pacífica<sup>324</sup> alude a la necesidad de evitar la discriminación por razones de identidad de género:

“Los Estados deben velar por que las leyes y su interpretación y aplicación no den lugar a discriminación en el disfrute del derecho de reunión pacífica, por ejemplo, por motivos de raza, color, origen étnico, edad, sexo, idioma, patrimonio, religión o creencias, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, nacimiento, minoría, condición indígena o de otra índole, discapacidad, orientación sexual o identidad de género u otra condición. Hay que poner especial empeño en garantizar la facilitación y la protección equitativa y efectiva del derecho de reunión pacífica de las personas que pertenezcan a grupos que experimentan o han experimentado discriminación o que puedan tener especiales dificultades para participar en las reuniones. (...)” (párr. 25)

Tal y como es de ver en estos instrumentos, una vez más se plasma la necesaria protección de la identidad concretada en una de sus proyecciones, la identidad cultural,

---

<sup>323</sup> CCPR/C/GC/36 de 3 de septiembre de 2019. Consultable en:

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrdB0H115979OVGGB%2bWPAXhNI9e0rX3cJImWwe%2fGBLmVgb8AE9NGVfbGSOPyBfkR3q4HkLfE9nMzTxjohiPOdvK6iwVsljX3HNPZjayRXUHX>

(última consulta 28/11/2021).

<sup>324</sup> CCPR/C/GC/37 (2020) de 17 de septiembre de 2020. Consultable en:

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrdB0H115979OVGGB%2bWPAXj3%2bho0P51AAHSqSubYW2%2fRWvqeXcmwcJPClnvmaZpSJEbfB4flbHl%2fZJNeiAUIys1WX8gRUG7qPXbYwn%2b1weWE>

(última consulta 28/11/2021).

la lingüística y religiosa de las personas discriminadas, especialmente, por razón de su origen étnico o por su orientación sexual. Estas deben ser protegidas en aras de garantizar el desarrollo de los derechos más fundamentales del ser humano, como el derecho a la vida y el derecho a la libertad, así como, también, el derecho de reunión pacífica.

### ***3.1.5. Las Declaraciones de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). La identidad cultural. La identidad de la persona.***

Ligado al derecho a la identidad, es interesante citar el contenido de algunas de las Resoluciones de la UNESCO, que, aunque se refieran al derecho a la identidad del grupo o de los pueblos, de las mismas se desprende la defensa por la protección del derecho a la identidad del ser humano como premisa para la salvaguarda de sus derechos más fundamentales, especialmente el derecho a la libertad. De estas se infiere la unión entre patrimonio cultural e identidad cultural de “las comunidades, los grupos y los individuos, y de la cohesión social, por lo que su destrucción deliberada puede menoscabar tanto la dignidad como los derechos humanos”<sup>325</sup>.

En la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, de fecha 27 de noviembre de 1978<sup>326</sup>, dispone en su artículo 1 que:

“1. Todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen. Nacen iguales en dignidad y derechos y todos forman parte integrante de la humanidad. (...) 3. La identidad de origen no afecta en modo alguno la facultad que tienen los seres humanos de vivir diferentemente, ni las diferencias fundadas en la diversidad de las culturas, del medio ambiente y de la historia, ni el derecho de conservar la identidad cultural.”

---

<sup>325</sup> *Declaración de la UNESCO relativa a la destrucción intencional del patrimonio cultural, de fecha 17 de octubre de 2003*, Actas de la Conferencia General, 32ª reunión. París, 29 de septiembre- 17 de octubre de 2003. Volumen I, Resoluciones. Pág. 66. Consultable en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000133171\\_spa.page=72](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000133171_spa.page=72) (última consulta 02/10/2021).

<sup>326</sup> *Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, de fecha 27 de noviembre de 1978*, Actas de la Conferencia General, 20ª reunión. París, 24 de octubre- 28 de noviembre de 1978. Volumen I, Resoluciones. Consultable en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114032\\_spa.page=61](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114032_spa.page=61) (última consulta 02/10/2021).



Si bien es cierto que se refiere a la identidad cultural, hace alusión a la identidad del pueblo en sentido territorial. También en su artículo 5.1 refiere que:

“La cultura, obra de todos los seres humanos y patrimonio común de la humanidad, y la educación, en el sentido más amplio de la palabra, proporcionan a los hombres y a las mujeres medios cada vez más eficaces de adaptación, que no sólo les permiten afirmar que nacen iguales en dignidad y derechos, sino también reconocer que deben respetar el derecho de todos los grupos humanos a la identidad cultural y al desarrollo de su propia vida cultural en el marco nacional e internacional, en la inteligencia de que corresponde a cada grupo el decidir con toda libertad si desea mantener y, llegado el caso, adaptar o enriquecer los valores que considere esenciales para su identidad”

Asimismo, en la Declaración, la Organización también vela por la protección de los derechos culturales de los múltiples “grupos y sociedades que componen la humanidad” y que presentan una pluralidad de identidades debido a la diversidad de las culturas existentes. En su artículo 5 recoge que:

“Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los definen el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona debe tener la posibilidad de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural; toda persona debe tener la posibilidad de participar en la vida cultural que elija y conformarse a las prácticas de su propia cultura, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”

En el mismo sentido, y con el ánimo de preservar las distintas y múltiples manifestaciones de la cultura por parte de las personas y por los grupos o pueblos, como manifestaciones, prolongaciones y elementos conformadores de su identidad cultural, se manifiestan también algunas Recomendaciones relacionados con la cultura que emanan de la misma Organización, como la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, de fecha 15 de noviembre de 1989 o la Recomendación

relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural, de fecha 26 de noviembre de 1976.<sup>327</sup>

En los archivos de la UNESCO se hallan documentos de trabajo que datan del año 1994 relativos a la “preparación de una declaración sobre los derechos de las generaciones futuras”<sup>328</sup>, en los que se hacía referencia a la identidad. Como artículo 3 de su propuesta, bajo el título “Derecho a la vida y a la preservación de la especie humana” se recogía, refiriéndose a la identidad del “grupo nacional, étnico religioso”, que:

“Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a la vida y al mantenimiento y perpetuación de la Humanidad, en las diversas expresiones de su identidad”

Conectado también con la protección de las múltiples facetas conformadoras de la identidad y la libertad de la persona, es necesario colegir el contenido de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003<sup>329</sup>, que tiene por objetivos, entre otros, “velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas de las que esos datos provengan, en adelante denominadas “muestras biológicas”, atendiendo a los imperativos de igualdad, justicia y solidaridad y a la vez prestando la debida consideración a la libertad de pensamiento y de expresión, comprendida la libertad de

---

<sup>327</sup> Vid. Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, de fecha 15 de noviembre de 1989. Actas de la Conferencia General, 25ª reunión. París, 17 de octubre -16 de noviembre de 1989. Volumen I, Resoluciones. Pág. 248. Consultable en:

[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000084696\\_spa.page=252](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000084696_spa.page=252)

(última consulta 03/10/2021), o Vid. *Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de Masas a la Vida Cultura, de fecha 26 de noviembre de 1976*. Actas de la Conferencia General, 19ª reunión. Nairobi, 26 de octubre -30 de noviembre de 1976. Volumen I, Resoluciones. Pág. 150. Consultable en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000084696\\_spa.page=252](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000084696_spa.page=252) (última consulta 03/10/2021).

<sup>328</sup> Vid. Documento de programa o de reunión, UNESCO, Consejo Ejecutivo, 145ª reunión, París, 22 de septiembre de 1994.

<sup>329</sup> Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, de fecha 16 de octubre de 2003. Actas de la Conferencia General, 33ª reunión. París, 3-21 de octubre de 2005. Volumen I, Resoluciones. Pág. 43. Consultable en:

[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000133171\\_spa.page=47](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000133171_spa.page=47)

(última consulta 02/10/2021).

investigación (...), contiene una definición expresa de la identidad de la persona. Muy interesante resulta la definición acogida por la UNESCO, que precisa en el artículo 3 de la citada Declaración qué debe entenderse por “identidad de la persona”. Así:

“Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad.”

Sobre esta definición de la identidad de la persona y su configuración genética única se volverá más adelante en la presente investigación. Que la identidad de la persona “comprende dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales” actuará también como premisa a tener presente en la posterior Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005<sup>330</sup>.

***3.1.6. Los principios de Yogyakarta. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. La identidad de género.***

Profundamente arraigada a la dignidad de la persona y a la naturaleza de la persona hallamos la esfera de la identidad de género, comúnmente confundida o identificada con el derecho a la identidad como tal. La discriminación añadida o multidimensional sufrida por las personas por razón de su forma de sentir y de vivir su sexualidad ha provocado reiteradas y fragrantísimas violaciones de los derechos humanos en todos los ámbitos y contextos, aun estando prohibida dicha discriminación por múltiples instrumentos internacionales, tal y como se constata en el documento que recoge principios legales internacionales en este ámbito, los Principios de Yogyakarta<sup>331</sup>.

---

<sup>330</sup> Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de fecha 19 de octubre de 2005. Actas de la Conferencia General, 32ª reunión. París, 29 de septiembre- 17 de octubre de 2003. Volumen I, Resoluciones. Pág. 81. Consultable en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142825\\_spa.page=85](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142825_spa.page=85) (última consulta 02/10/2021)

<sup>331</sup>Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Comisión Internacional de Juristas (ICJ), noviembre 2016. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/48244e9f2.html> (última consulta 10/08/2021).

Los Principios de Yogyakarta supusieron un avance histórico y una respuesta a la necesidad de coherencia en las reglas de aplicación de la legislación internacional en materia de orientación sexual de las personas en aras de evitar violaciones de derechos humanos, desarrollando una serie de recomendaciones para la tutela de los derechos humanos en relación a la identidad de género. En este instrumento, en su introducción, los expertos definen a la identidad de género como:

“La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.” y arguyen que,

“Los Principios de Yogyakarta afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente en el que todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, puedan realizar esos valiosos derechos que les corresponden por su nacimiento.”

Aunque el documento no ha sido adoptado en forma de Tratado por los Estados, pretende servir como base y fundamento básico y esencial en la aplicación del derecho en esta esfera del ser humano. Recoge principios, entre otros, el derecho al disfrute universal de los derechos humanos con independencia de su orientación sexual y de su identidad de género (P.1), a la igualdad y a la no discriminación (P.2), derecho a la vida

---

Los expertos redactores de los Principios ponen de relieve que, aunque las legislaciones de muchos Estados han avanzado hacia la protección de los derechos de las personas por su identidad de género y su orientación sexual “Sin embargo, las violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género reales o percibidas de las personas constituyen un patrón global y arraigado que es motivo de seria preocupación. Entre estas violaciones se encuentran los asesinatos extrajudiciales, la tortura y los malos tratos, las agresiones sexuales y las violaciones, las injerencias en la privacidad, las detenciones arbitrarias, la negación de empleo o de oportunidades educativas, así como una grave discriminación en el goce de otros derechos humanos. Estas violaciones a menudo se ven agravadas por la vivencia de otras formas de violencia, odio, discriminación y exclusión, como aquellas basadas en la raza, la edad, la religión, la discapacidad o la condición económica, social o de otra índole. Muchos Estados y sociedades imponen a las personas normas relativas a la orientación sexual y la identidad de género a través de las costumbres, las leyes y la violencia, y procuran controlar cómo las personas viven sus relaciones personales y cómo se definen a sí mismas. La vigilancia en torno a la sexualidad continúa siendo una de las fuerzas principales que sustentan la perpetuación de la violencia basada en el género y de la desigualdad entre los géneros. (...)” Introducción del instrumento de Principios de Yogyakarta, Comisión Internacional de Juristas (ICJ), marzo 2017.

(P.4), a la privacidad (P. 6), a la libertad de reunión y asociación pacíficas (P.20), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (P.21), a formar una familia (P.24), o a participar en la vida cultural (P.26).

También recoge como principio, concretamente en su Principio 3, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de toda persona:

“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad.”

El derecho a la protección contra abusos médicos, recogido en su Principio 18, preceptúa que:

“Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas.”

Así como, el derecho a la libertad de opinión y de expresión, al que se alude en el Principio 19:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Esto incluye la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o por cualquier otro medio, como también la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todos los tipos, incluso la concerniente a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin tener en cuenta a las fronteras”

Posteriormente, en noviembre de 2017, una década después, fueron revisados estos principios y ampliados en el documento *The Yogyakarta Principles plus 10*

(YP+10)<sup>332</sup> que completa el documento inicial, introduciendo nueve nuevos principios más nuevas obligaciones y recomendaciones a los Estados. El nuevo Comité, introduce el concepto de “expresión de género” (*gender expression*) y la de “características sexuales” (*sex characteristics*) como elemento a considerar, adicional a la orientación sexual y a la identidad de género.

En su Preámbulo, el Comité entiende que la “expresión de género” se halla incluida en la definición de identidad de género, expresando que las referencias a la identidad de género deben abarcar también a aquel concepto, protegiéndole. Introduce también un nuevo elemento, atendiendo a la evolución del derecho internacional, de los derechos humanos y los avances científicos y el desarrollo de la sociedad, las “características sexuales” por las que entiende “las características físicas de cada persona relacionadas con el sexo, incluyendo genitales y otra autonomía sexual y reproductiva, cromosomas, hormonas y características físicas que emergen de la pubertad”, que también deben estar protegidas”, concibiendo que las “necesidades, características y situaciones de derechos humanos de las personas y poblaciones” en relación a estos elementos son distintas, siendo todos ellos “motivos distintos e interseccionales de discriminación” que se aúnan generalmente a otros factores concomitantes, tales como la lengua, las creencias, la edad, la discapacidad, agravando la discriminación que sufre la persona.

Entre los nuevos principios que introduce el documento encontramos el derecho a la protección por parte del Estado (P.30), que impone a los Estados velar por la protección de las personas y trabajar proactivamente para la prevención, la investigación y la implementación de políticas para erradicar las formas de violencia con motivo de la orientación sexual, las características sexuales, la expresión de género o la identidad de género, pues, tal y como reza su Preámbulo “la violencia, la discriminación y otros daños basados en la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales tienen una dimensión tanto individual como colectiva y los actos de violencia y discriminación que tienen como objetivo a la persona individual también son un ataque a la diversidad humana, y sobre la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos”

---

<sup>332</sup> *International Commission of Jurists (ICJ), The Yogyakarta Principles Plus 10 - Additional Principles and State Obligation on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles*, 10 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/5c5d4e2e4.html> (última consulta 11/08/2021)

También, en este documento se recoge el derecho al reconocimiento legal (P.31), así:

“Toda persona tiene derecho al reconocimiento legal sin referencia ni exigencia de asignación o divulgación de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Toda persona tiene derecho a obtener documentos de identidad, incluidas las actas de nacimiento, independientemente de la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales. Todos tienen el derecho de cambiar la información de género en dichos documentos mientras la información de género esté incluida en ellos”.

Muy interesante se revela este principio, en tanto en cuanto insta a los Estados para que se aseguren de que:

“Los documentos de identidad oficiales sólo incluyan información personal que sea relevante, razonable y necesaria según lo exija la ley para un propósito legítimo, y así poner fin al registro del sexo y género de la persona en documentos de identidad tales como actas de nacimiento, documentos de identidad tarjetas, pasaportes y licencias de conducir, y como parte de su personalidad jurídica (...)”. Ahora bien, indica también que, en tanto en cuanto siga existiendo la exigencia de registrar el sexo de la persona, deben existir mecanismos para asegurar la posible y rápida modificación y adaptación a la realidad de cada persona, así como “poner a disposición una multiplicidad de opciones de marcadores de género” y a que garantice que “ningún criterio de elegibilidad, como intervenciones médicas o psicológicas, diagnóstico psicomédico, edad mínima o máxima, situación económica, estado de salud, estado civil o parental, o cualquier otra opinión de terceros, sea un requisito previo para cambiar el nombre, sexo o género legal”.

Como obligaciones adicionales del Estado en relación con los Principios ya adoptados en los Principios de Yogyakarta de noviembre de 2006, se invocan, entre otras, la obligación relacionada con el derecho a la privacidad recogido en el Principio 6 a que los Estados garanticen la existencia de que se respete la autodeterminación del género de cada persona y que la información de las personas relativas a su sexo o género sólo sean requeridas o deban brindarse cuando sea “pertinente, razonable y necesario” según lo exija la ley para un propósito legítimo, y que, además si existe el marcador de género no se divulgue sin “el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada, a menos que lo ordene un tribunal”. Todo ello, qué duda cabe, contrasta con las múltiples ocasiones en los que las personas, en su día a día, debemos optar por uno

de los sexos -masculino o femenino- como elemento identificador sin ninguna justificación aparente, lo que conculca flagrantemente este principio<sup>333</sup>.

Algunos de los instrumentos normativos ya referenciados *ut supra* hacen alusión directamente al derecho a la identidad de género. Pero, además, resulta necesario mencionar también, por su relevancia, algunas otras disposiciones que coexisten en el marco supranacional y que invocan a la necesaria protección de la identidad de género.

Así, debemos tener presente el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011<sup>334</sup>, que en España entró en vigor el 1 de agosto de 2014. En su artículo 4, bajo el título “Derechos fundamentales, igualdad y no discriminación” dispone en su punto 3 que:

“La aplicación por las Partes de las disposiciones del presente Convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna, basada en particular en el sexo, el género, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o cualquier otra opinión, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, el estado de salud, la discapacidad, el estado civil, el estatuto de emigrante o de refugiado, o cualquier otra situación”

En cuanto a la definición de género, se indica en su artículo 3 letra c) que, a efectos del Convenio, se por género se entiende “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.”

### **3.2. MARCO NORMATIVO COMUNITARIO**

En el marco europeo la mayor parte de las disposiciones y textos que hacen alusión a la identidad lo hacen refiriéndose a la identidad europea, entendida, en origen, como la unión de los Estados miembros para el diseño e implementación de una política

---

<sup>333</sup> Basta pensar en actos tan diversos como la suscripción a un servicio, la formalización de un contrato, la compra de un billete de avión o, por ejemplo, la cumplimentación de una instancia administrativa, entre innumerables actos en los que se debe marcar la “casilla” relativa al sexo.

<sup>334</sup> Instrumento de Ratificación en BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014. BOE-A-2014-5947.



exterior y de seguridad común encauzada a la construcción de una defensa común “respetando la identidad nacional de sus Estados miembros”<sup>335</sup>. Posteriormente, también existen disposiciones tendentes al fortalecimiento y difusión de la cultura europea con el objetivo de promover la denominada identidad cultural europea del conjunto de sus ciudadanos<sup>336</sup>. Si bien, estas acepciones, aunque relacionadas, se circunscriben al significado de identidad de carácter político o territorial, alejándose de la identidad concebida como derecho de la persona que entronca directamente con sus derechos más fundamentales, no hallándose regulado en los textos comunitarios el derecho a la identidad de la persona estrictamente considerado.

Sí hallamos, profundamente ligado al elemento identidad, el derecho de las personas a conocer sus propios orígenes, y en este sentido podemos mencionar, entre otros instrumentos, la Carta Europea de los Derechos del Niño<sup>337</sup> en la que el Parlamento Europeo solicita a la Comisión que formule una Carta que contenga unos principios mínimos y que reconozca, entre otras consideraciones, que:

“Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros” (p.11)

También, en este sentido, resulta relevante la mención a la identidad de los niños, niñas y adolescentes que incluye el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de

---

<sup>335</sup> Vid. Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (Diario Oficial n°C 191 de 29/07/1992, págs. 1-112) consultable en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A11992M%2FTXT> (última consulta 27/08/21), que recogía en su Título I, como disposición común de “afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común” “reforzando así la identidad y la independencia europeas con el fin de fomentar la paz, la seguridad y el progreso en Europa y en el mundo”.

<sup>336</sup> En este sentido, se pronuncia el Reglamento (UE) 2021/818, de 20 de mayo (DOUE n°189, de 28 de mayo de 2021, pág.34) que establece el programa Europa Creativa (2021 a 2027), que como acción del Programa designa como prioridad, entre otras: “*reforzar la identidad y los valores europeos a través de la concienciación cultural, la educación artística y la creatividad basada en la cultura en el ámbito de la educación*”.

<sup>337</sup> Carta Europea de los Derechos del Niño. DOCE n°C241, de 21/09/1992.

25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores<sup>538</sup> en cuanto a su derecho a la identidad en relación a respetar y preservar sus orígenes:

“Cuando se esté valorando en el Estado miembro de residencia habitual de un menor una resolución de acogimiento del menor en un establecimiento o en un hogar de acogida, los órganos jurisdiccionales deben estudiar, lo antes posible en el curso de los procedimientos, medidas adecuadas para asegurar el respeto de los derechos del menor, en particular el derecho a conservar su identidad y a mantener el contacto con los progenitores, o, cuando proceda, con otros parientes, habida cuenta de los artículos 8, 9 y 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.(...)” (Consideración nº84)

Ahora bien, en el marco comunitario son escasas las referencias al derecho a la identidad de la persona *stricto sensu*. Más allá de las anteriores referencias, y ciñéndonos a un estudio de las disposiciones comunitarias más próximo a estas consideraciones, hallamos menciones aisladas relacionadas con el deporte y la cultura<sup>539</sup>.

---

<sup>538</sup> Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 (DOUE nºL178, de 02/07/2019, págs. 1-97).

<sup>539</sup> Así, el Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (Vid. Declaración nº26 incorporada al Tratado de Amsterdam (DO nºC 340 de 10/11/1997, pág. 115). Consultable en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11997D/AFI> - última consulta 29/10/2021-) recoge como Declaración adoptada por la Conferencia, una Declaración sobre el deporte en el que se indica “La Conferencia pone de relieve la importancia social del deporte, y en particular su función a la hora de forjar una identidad y de unir a las personas. (...)”. Esta misma Declaración fue invocada en la ya derogada Decisión 291/2003/CE, de 6 de febrero que establecía el Año Europeo de la Educación a través del Deporte 2004 (Vid. Decisión 291/2003/CE, de 6 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003 (derogada), por la que se establece el Año Europeo de la Educación a través del Deporte 2004 (DOL nº42, de 18/02/2003, págs. 1-5). Consultable en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32003D0291> -última consulta 29/10/2021-) en la que se recogía, además, que:

“El Consejo Europeo de Niza de los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000 reconoció los valores educativos del deporte, con lo que confirmó otras declaraciones precedentes, en especial la Declaración 29 anexa al Tratado de Amsterdam, en la que se afirma que el deporte forja la identidad de las personas” (Considerando 2)

“La educación mediante el deporte debe potenciar la identidad personal y el desarrollo de los adolescentes de uno y otro sexo.” (Considerando 11)

Respecto a la cultura cabe considerar la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 27 de agosto de 2003 relativa a la necesidad de desarrollar un Instrumento internacional sobre la diversidad cultural (Instrumento internacional sobre la diversidad cultural

También en cuanto a la necesaria protección de las minorías hallamos alguna mención a la identidad más próxima al derecho a la identidad de la persona en sí misma considerada, pudiendo referir, entre otras disposiciones, el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de junio de 2005 sobre la protección de las minorías y las políticas de lucha contra la discriminación en la Unión Europea ampliada<sup>340</sup>, en el que se afirma en sus Consideraciones, que:

“Considerando que todos los individuos tienen en la Unión Europea los mismos derechos y obligaciones de ser plenamente miembros de la sociedad, activos e integrados, iguales ante la ley; que toda persona es, por encima de todo, una persona particular y única, y el hecho de pertenecer a una minoría jamás podrá justificar ni explicar la exclusión, la discriminación ni la decisión de expulsión de la comunidad (...)”, se entiende primordial “reforzar los vínculos entre los

---

de la Comisión, de 27 de agosto de 2003. COM (2003) 520. Consultable en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0520:FIN:ES:PDF> -última consulta 10/11/2021-) en aras de preservar y fomentar la misma, basada en valores comunes y en un sentimiento de pertenencia, previa a la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales ( Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la UNESCO. Actas de la Conferencia General, 33ª reunión. París 3- 21 de octubre de 2005.Consultable en:

[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142919\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142919_spa) (última consulta 30/10/2021)

En la citada Comunicación, la Comisión recoge en su punto 4, como principios básicos de un futuro instrumento, que:

“Los derechos culturales en este contexto deben entenderse a tenor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del artículo 5 de la Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural: «Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los define el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona debe, así, poder expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respete plenamente su identidad cultural; toda persona debe poder participar en la vida cultural que elija y ejercer sus propias prácticas culturales, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales». Se entiende que el término «derechos culturales», tal como se menciona en este artículo, no prejuzga los derechos de propiedad intelectual y su explotación.” Además, también en este mismo punto, señala que:

“El concepto de cultura que sustenta la actuación comunitaria, especialmente a escala internacional, se entiende en un sentido antropológico y social, que abarca todo lo referente a la identidad y dignidad de las personas. Este concepto permite al individuo aprehender totalmente y de forma dinámica la diversidad cultural en su relación con el prójimo”.

<sup>340</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre la Protección de las minorías y las políticas de lucha contra la discriminación en la Unión Europea ampliada (DO n°124-E, de 15/05/2006 págs. 405-415)

pueblos de la Unión y el proyecto que ésta representa, al tiempo que se fortalece el sentimiento de pertenencia a la Unión Europea y el reconocimiento de la historia, la cultura, la identidad y el carácter distintivo propios de cada persona”

Resulta también interesante el contenido de la Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida<sup>341</sup> en la que expresamente se estipula en su artículo 10 que los Estados miembros a la hora de examinar los motivos de persecución alegados por el interesado, tales como raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social u opinión política:

“c) el concepto de nacionalidad no se limitará a la ciudadanía o a su falta, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado (...)”

“d) se considerará que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular:

- los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y
- dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea.

En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros. Los aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un

---

<sup>341</sup> Directiva 2011/95/UE, (DOUE °L 337, de 20/12/2011, págs.9-26).

determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo;”<sup>342</sup>

Así, el legislador comunitario se ha ocupado del derecho a la identidad como lo venimos concibiendo en el ámbito del origen biológico, además de hacer alguna mención aislada a la identidad en relación con el deporte, la identidad cultural, la identidad de género o la identidad de las minorías. En otro orden de cosas, si recurrimos a la prolija regulación comunitaria en materia de protección de datos personales, de la misma se infiere igualmente que la identidad redunda en otros elementos que van más allá y trascienden a la mera identificación de la persona.

Y, es en este sentido, ya situándonos en el especial contexto de la era digital que ha sido abordada en el capítulo anterior, que cabe traer a colación el contenido de, entre otros, la Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo<sup>343</sup>, que acoge como definición de datos personales:

“(…) toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable a toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, unos datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos

---

<sup>342</sup> En el mismo sentido, también se pronuncia la Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DOUE nº180, de 29/06/2013, págs. 60-95) cuando recoge en sus Consideraciones que “Algunos solicitantes pueden necesitar garantías procedimentales especiales por razón, entre otros, de su edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental o consecuencias de torturas, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual. Los Estados miembros deben esforzarse por identificar a los solicitantes que necesitan garantías procedimentales especiales antes de que se adopte la resolución en primera instancia. A estos solicitantes se les debe prestar el respaldo adecuado, incluyendo el tiempo necesario, a fin de crear las condiciones necesarias para que tengan efectivamente acceso a los procedimientos y puedan presentar los elementos necesarios para fundamentar su solicitud de protección internacional.” (C. 29).

<sup>343</sup> Directiva 2016/680/UE, de 27 de abril (DOUE nº119, de 04/05/2016, págs. 89-131).

propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona” (art. 3)<sup>344</sup>

### 3.3. MARCO NORMATIVO ESTATAL

En el plano estatal destacan también las disposiciones concernientes a la identidad entendida como identificación de las personas. Es en el ámbito particular de la identidad de género y en el del conocimiento de los propios orígenes, donde hallamos una regulación más prolija en el sentido de la identidad alejada de la mera identificación del sujeto, como más adelante se constatará.

No obstante, cabe destacar la mención a la concepción de identidad recogida en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación<sup>345</sup>, que además de fijar como fines de la actividad educativa “el pleno desarrollo de la personalidad del alumno”, o “la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales”, en su artículo sexto preceptúa como derecho básico, entre otros:

“3. Se reconocen al alumnado los siguientes derechos básicos: (...)

b) A que se respeten su identidad, integridad y dignidad personales.”

Asimismo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)<sup>346</sup>, que tras la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia<sup>347</sup>, cuando se ocupa del contenido del interés superior del menor, dispone en su artículo 2.2

---

<sup>344</sup> Prácticamente la misma definición es acogida también en el Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018 (DOUE n°295, de 21/11/2018, págs. 39-98). Esta misma definición se reproduce también en Acuerdos en materia fronteriza como en el Acuerdo de 12 de febrero de 2019 sobre el Estatuto entre la Unión Europea y la República de Albania en lo que respecta a las acciones llevadas a cabo por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en la República de Albania (DOUE n°L46, 18/02/2019, págs.3-10), o en el Acuerdo sobre el Estatuto entre la Unión Europea y Montenegro en lo que respecta a las acciones llevadas a cabo por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en Montenegro (DOUE n°L173, 03/06/2020, págs.3-8).

<sup>345</sup> BOE-A-1985-12978.

<sup>346</sup> BOE-A-1996-1069.

<sup>347</sup> BOE-A-2015-8222.

que, a la hora de interpretar en cada supuesto concreto cuál es el interés superior de la persona menor de edad, como criterio general deberá considerarse:

“d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Una vez más, no hallamos la concepción de la identidad como derecho de la persona que engloba y se despliega en distintos ámbitos, sino que parece ceñirse el término identidad, a la esfera de la identidad cultural, en un primer momento, pero, sobre todo, a la esfera de la orientación sexual. Y es que, en este mismo precepto se indica que en el momento de ponderarse los criterios generales dispuestos será necesario considerar como elemento general, entre otros:

“b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante”

Resulta interesante, toda vez que se infiere del precepto, que el legislador parte de la premisa de que la persona menor debe ser protegida de una doble discriminación, por no ser persona adulta y por presentar una identidad sexual distinta a la convencional, concibiéndole como sujeto aún más vulnerable.

Una vez más, y entre otros preceptos contenidos, se indica en esta misma Ley, tras las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia<sup>348</sup>, que, en el contexto de situaciones de desprotección social del menor, deben atenderse como indicadores de riesgo, según su artículo 17, entre otras, a:

“f) Las prácticas discriminatorias, por parte de los responsables parentales, contra los niños, niñas y adolescentes que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, en particular:

1.º Las actitudes discriminatorias que por razón de género, edad o discapacidad puedan aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar, la falta de acceso a la educación, las escasas oportunidades de ocio, la falta de acceso al arte

---

<sup>348</sup> BOE-A-2021-9347.

y a la vida cultural, así como cualquier otra circunstancia que por razón de género, edad o discapacidad, les impidan disfrutar de sus derechos en igualdad.

2.º La no aceptación de la orientación sexual, identidad de género o las características sexuales de la persona menor de edad.

La citada Ley impone en su artículo 9, como derecho de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia, la necesidad de garantizar el derecho a la “orientación sexual e identidad de género, sentida o expresada, sea respetada en todos los entornos de vida, así como a recibir el apoyo y asistencia precisos cuando sean víctimas de discriminación o violencia por tales motivos”, centrándose en preservar el respeto y proteger su identidad sexual.

Es necesario hacer mención a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC)<sup>349</sup> en relación al derecho a la identidad, en cuyo Preámbulo se hace constar que “El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Como hechos y actos inscribibles en el Registro Civil, en el artículo 4 de la disposición, se hacen constar, entre otros:

“Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles:

- 1.º El nacimiento.
- 2.º La filiación.
- 3.º El nombre y los apellidos y sus cambios.
- 4.º El sexo y el cambio de sexo.
- 5.º La nacionalidad y la vecindad civil.

(...)”

Más allá de estas precisiones, las alusiones al elemento identidad en esta norma se circunscriben al ámbito de la identidad como identificación, refiriéndose en la mayor parte del texto normativo a la identidad como sinónimo a identificar una persona entre las demás, básicamente por el nombre y apellidos atribuido<sup>350</sup>.

---

<sup>349</sup> BOE-A-2011-12628.

<sup>350</sup> En este sentido, la norma alude al cambio de identidad de la persona asimilándolo a la modificación del nombre y apellidos. Así lo señala en su artículo 54 relativo al “cambio de apellidos o de identidad mediante expediente”, tras las modificaciones introducidas por la Ley



En cuanto a la inscripción del sexo, conviene hacer mención a la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI<sup>551</sup>, en cuya Exposición de Motivos ya se recoge que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos comprende cuestiones relacionadas con la identidad de género y ha instado a que se garantice el cambio registral del sexo sin el requisito previo de sufrir procedimientos médicos tales como una operación de reasignación sexual o una terapia hormonal”; así como que “El derecho al cambio registral de la mención al sexo se basa en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución) y constituye igualmente una proyección del derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en artículo 18.1 de la Constitución. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su STC 99/2019, de 18 de julio, estableció que «con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La

---

6/2021, de 28 de abril por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE-A-2021-6945) en el que recoge que: 1. El Encargado del Registro puede autorizar el cambio de apellidos, previo expediente instruido en forma reglamentaria. 2. Son requisitos necesarios de la petición de cambio de apellidos: a) Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho, siendo utilizado habitualmente por el interesado. b) Que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario. c) Que los apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea. Podrá formularse oposición fundada únicamente en el incumplimiento de los requisitos exigidos. 3. Bastará que concurra el requisito del uso habitual del apellido propuesto, sin que se cumplan los requisitos b) y c) del apartado 2, si el apellido o apellidos solicitados correspondieran a quien tuviere acogido al interesado, siempre que aquél o, por haber fallecido, sus herederos den su consentimiento al cambio. En todo caso se requiere que, por sí o sus representantes legales, asientan al cambio el cónyuge y descendientes del titular del apellido. 4. No será necesario que concurra el uso habitual del apellido propuesto, bastando que se cumplan los requisitos b) y c) previstos en el apartado 2, para cambiar o modificar un apellido contrario a la dignidad o que ocasione graves inconvenientes. 5. Cuando se trate de víctimas de violencia de género o de sus descendientes que estén o hayan estado integrados en el núcleo familiar de convivencia, podrá autorizarse el cambio de apellidos sin necesidad de cumplir con los requisitos previstos en el apartado 2, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente. En estos casos, podrá autorizarse por razones de urgencia o seguridad el cambio total de identidad sin necesidad de cumplir con los requisitos previstos en el apartado 2, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente”.

<sup>551</sup> Vid. BOE-A-2023-5366. Esta norma deroga la anterior Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. BOE-A-2007-5585. Esta norma derogada, si bien supuso un avance para el reconocimiento de las distintas realidades concurrentes en cuanto al elemento sexo, seguía partiendo de la base errónea y contraria a derecho de considerar a la transexualidad como una patología de “disforia de género”.

propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad». cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas.”<sup>352</sup>

Con anterioridad a la antedicha Ley ya habían ido promulgándose de forma profusa a nivel estatal, en el seno de las comunidades autónomas, leyes encaminadas al fomento de la protección de la identidad de género<sup>353</sup>. Todo este acervo normativo nacional refiere el término identidad asociado directamente y de forma exclusiva a la identidad sexual y se ha centrado en preservar la igualdad de las personas transexuales. Así, como corolario de la prolija tarea del legislador, se reitera la promulgación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI<sup>354</sup>, en el que se define a la identidad sexual como la “vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer” y a “expresión de género” como “manifestación que cada persona hace de su identidad sexual” (artículo 3).

En otro orden de cosas, también podemos destacar la conexión del elemento identidad con la preservación de la misma en el caso de personas menores acogidas u adoptadas, elemento que conecta con el derecho de la persona a conocer sus orígenes.

---

<sup>353</sup> En la mayoría de estas leyes se recoge una definición del término identidad de género. Así, en la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de Madrid (art. 1) y Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia en la Comunidad de Madrid; en la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral de reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género de Valencia (art. 4); en la Ley 4/2018 de 19 de abril de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de Aragón (art.1); en la Ley 14/2012, de 28 de junio, de derechos de las personas transexuales del País Vasco (art.3); en la Ley 2/2014, de 8 de julio, Integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía (art.3); en la Ley 12/2015, de 8 de abril, de libertad sexual de Extremadura (art.3); en la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de libertad sexual de Murcia (art.3); en la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación de las personas transexuales de Canarias (art.4); en la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia (art. 1), y en la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, *gays*, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia en Cataluña (art.1).

<sup>354</sup> Ya referida Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. BOE-A-2023-5366.

En este sentido, el Código Civil<sup>355</sup>, tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>356</sup>, en su artículo 180 se pronuncia sobre esta cuestión:

“5. Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores<sup>357</sup>, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente.

6. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho”

En este sentido, también la ya citada Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reconoce en su artículo 21 bis el derecho del menor acogido, una vez alcance la mayoría de edad, de “acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos”.

Asimismo, cabe destacar que la mencionada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que viene a modificar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, introduce en su artículo 11 como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores -además de otros, como el que ya constaba previa modificación, de la “supremacía de su interés superior”-, introduce el “libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual”.

También, como deber de los acogedores familiares esta última norma, establece en su artículo 20 bis, que los acogedores tienen el deber, entre otros, de “garantizar el derecho a la intimidad y a la identidad de los menores acogidos y el respeto a su propia imagen, así como velar por el cumplimiento de sus derechos fundamentales”.

---

<sup>355</sup> Gaceta de Madrid nº206, de 28/07/1889. BOE-A-1889-4763.

<sup>356</sup> BOE-A-2015-8470.

<sup>357</sup> Nótese que el precepto se refiere a “identidad de sus progenitores” y no a la identidad del propio sujeto.

Del acervo normativo analizado y de las disposiciones aquí planteadas se infiere que en nuestro ordenamiento estatal no se acoge ni hallamos regulado el derecho a la identidad de la persona en su aspecto multidimensional. Se desprende su existencia, ligada al derecho a la dignidad de la persona y a su libre desarrollo de la personalidad, pero no contiene en si nuestro ordenamiento ninguna disposición que lo defina o lo regule expresamente como tal, ni, menos aún, en su amplio espectro. Lo que sí puede advertirse es que, tal y como ya se ha referido, la mayor parte de las disposiciones relativas a la identidad versan sobre la protección de la identidad sexual y de la identidad en el sentido a conocer los propios orígenes, especialmente, en ambos casos, en cuanto a las personas menores de edad.

### **3.4. MARCO NORMATIVO AUTONÓMICO CATALÁN**

La legislación catalana también contempla el derecho a la identidad, aunque sin acoger tampoco ninguna definición de su concepto y contenido multidimensional, siendo también escasas las menciones a este derecho en sentido amplio, decantándose por atender a alguna de sus dimensiones. Se exponen a continuación algunas previsiones concernientes a este derecho.

La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia<sup>558</sup> refleja en su artículo 13, relativo al fomento y apoyo a la educación, la necesidad de promover mediante la educación el respeto y protección a la identidad de cada niño, niña y adolescente, disponiendo que:

“3. El sistema educativo debe ser un instrumento para compensar las desigualdades sociales y debe tener en cuenta el respeto a la propia identidad, al medio ambiente, a las diferencias funcionales como parte de la enriquecedora

---

<sup>558</sup> DOGC nº5641, de 02/06/2010. Nºdoc: 014/2010. Ya en la derogada Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción (DOGC nº1542 de 17/01/1992. Nº doc: 037/1991) se incluía en su Disposición Adicional Primera como principio de actuación de las Administraciones Públicas que “La protección de la infancia debe basarse en el interés superior del niño y fundamentarse en los principios de la libertad y de la dignidad de éste y en el respeto a sus señas de identidad y a sus características individuales y colectivas. Se entiende por niño todo ser humano menor de edad”, así como, “Todo niño debe recibir el máximo nivel de educación posible. La educación debe orientarse hacia su formación permanente. Los métodos de educación deben ser susceptibles de los cambios necesarios a fin de que los niños se puedan integrar en una sociedad cambiante. El sistema educativo debe ser compensador y tener en cuenta el respeto a la propia identidad, a la lengua, al medio ambiente, a la igualdad entre los sexos y también a los valores culturales de otros países”.

diversidad humana, a la igualdad entre los sexos teniendo presente la diferencia que supone la construcción de la identidad femenina y la identidad masculina, así como a los valores culturales de otros países, particularmente de aquellos de los que proviene el alumnado de cada escuela.”

Esta misma disposición, en su artículo 30 recoge expresamente el derecho a la identidad personal y sexual de los niños, niñas y adolescentes, pero sin definir su contenido. Ahora bien, lo relaciona o, más bien, lo distingue, del derecho al nombre y apellidos, nacionalidad y al derecho a conocer los orígenes. Así, en el referido artículo se preceptúa que:

“Artículo 30. Derecho a la identidad, al nombre, a la nacionalidad y a conocer los orígenes.

1. Los niños y los adolescentes tienen derecho a su identidad personal y sexual, y a tener un nombre y una nacionalidad, desde su nacimiento.
2. Los niños y los adolescentes tienen derecho a conocer su origen genético, padres y madres biológicos y parientes biológicos.
3. Los niños y los adolescentes tienen derecho a solicitar a las administraciones públicas competentes la documentación que les permita acreditar su identidad.”

Por otro lado, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción<sup>359</sup> configura en su artículo 61 a la “aceptación, en su caso, de la relación del menor con su familia biológica y de facilitarle el retorno a ella y aceptación de la historia, identidad y cultura propia del menor” como circunstancia a considerar en la valoración de las personas que soliciten el acogimiento simple de una persona menor. También en su artículo 70, esta vez respecto a los posibles adoptantes, se establece que la finalidad del “proceso de estudio y valoración de la persona o personas que se ofrecen para adoptar a un menor (...) pretende garantizar que la persona o familia puede ofrecer al menor la estabilidad, el cuidado y el respeto a sus señas de identidad que permitan su desarrollo integral”, y según el artículo 71, se valora en relación con las aptitudes de los posibles adoptantes la “aceptación de la herencia biológica el menor y aceptación y respeto a la historia, identidad y cultura del menor”.

---

<sup>359</sup> DOGC n°2307, de 13/01/1997. N°doc: 002/1997.

En este plano, y de forma correlativa a la norma del Código Civil analizada en el anterior apartado, encontramos en el Código Civil de Cataluña<sup>360</sup>, en concreto en su libro segundo, que en su artículo 235-49, relativo al derecho a la información sobre el propio origen, establece que:

- “1. El adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen.
  2. El adoptado, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores<sup>361</sup> biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.
- (...)”

En el plano de la identidad de género, y tal y como ya se apuntaba en el anterior apartado, cabe también aludir a la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia<sup>362</sup> en la que, de forma amplia, vela por el reconocimiento de los derechos de cualquier orientación sexual y por la preservación de su derecho a la misma. En su Preámbulo se recoge que:

“(…) la no discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o expresión de género, que puede afectar a distintos ámbitos sensibles de la vida de cualquier persona, está ya presente en muchos preceptos de la normativa vigente. Esta ley de temática específica permitirá ampliar el marco normativo en el ámbito LGBTI y servirá para conseguir reducir la discriminación y fomentar valores de igualdad, respeto y tolerancia entre los ciudadanos. (...)”

Resulta interesante en esta disposición, que se definan varios ámbitos de actuación para fomentar la protección de este derecho a la identidad de género. Así, se configuran como sectores de intervención de las administraciones públicas a la educación y la universidad; la cultura, tiempo libre y el deporte; los medios de comunicación; la salud; la acción social; al ámbito del orden público y de la privación de libertad – “en cuyo ámbito se deben “establecer normas de identificación y cacheo para

---

<sup>360</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. DOGC nº5686, de 05/08/2010. Nªdoc:025/2010, BOE-A-2010-113312.

<sup>361</sup> Nótese también, que el precepto, del mismo modo en el que lo hace el Código Civil español, atañe a la identidad de los progenitores y no a la identidad del propio sujeto. Como se ha referido, se volverá sobre esta cuestión más adelante.

<sup>362</sup> Ya referida, DOGC nº6730, de 17/10/2014. Nªdoc: 011/2014.

personas transgénero de acuerdo con la identidad sentida” entre otras-; acciones de participación y solidaridad; y en el mercado de trabajo.

Destacable de esta norma también son algunos preceptos relativos a personas menores. En virtud de su artículo 23, relativo a las personas transgénero y personas intersexuales, se prevé que:

“1. En el ámbito de las administraciones públicas de Cataluña, especialmente en el ámbito educativo y universitario, deben establecerse por reglamento las condiciones para que las personas transgénero y las personas intersexuales sean tratadas y nombradas de acuerdo con el nombre del género con el que se identifican, aunque sean menores de edad. (...)”

En este mismo artículo, en su punto 4, ya se indicaba expresamente que:

“4. Las personas transgénero y las personas intersexuales deben poder acogerse a lo establecido por la presente ley sin necesidad de un diagnóstico de disforia de género ni tratamiento médico.

En cuanto a los jóvenes y adolescentes esta Ley también se ocupa de dotarles de una especial protección, previendo en su artículo 17, relativo a la acción social, que:

“1. Las administraciones públicas de Cataluña deben poner especial cuidado en el apoyo a adolescentes y jóvenes LGBTI que se encuentren en situación de vulnerabilidad o aislamiento social y deben trabajar en la prevención de situaciones que puedan atentar contra la vida o la salud de estas personas por causas derivadas de su condición personal.

2. La Administración de la Generalidad debe impulsar medidas y actuaciones de apoyo para adolescentes y jóvenes LGBTI que hayan sido expulsados del domicilio familiar o se hayan marchado voluntariamente del mismo debido a situaciones de maltrato y presión psicológica.

3. Deben establecerse medidas de prevención para las personas LGBTI que puedan sufrir discriminación múltiple, con el objetivo de evitar situaciones de discriminación, riesgo de exclusión social y vulnerabilidad.

(...)”

Como corolario de la anterior recopilación de normativa relativa a la identidad de la persona, se infiere que, el legislador catalán, del mismo modo que el estatal, se ha centrado en la protección de la identidad en el ámbito del conocimiento de los propios orígenes, así como en el aspecto de la identidad de género, y en ambos casos, en especial en el ámbito de las personas menores.

#### 4. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA EN LA JURISPRUDENCIA

El derecho a la identidad personal fue acogido de forma tardía por la doctrina y la jurisprudencia italianas de forma autónoma, embebidos por los postulados de DE CUPIS, no sin voces discordantes que entendían que era prescindible la creación de este derecho como derecho autónomo al entender que no era necesaria la configuración de un nuevo derecho, sino una mejora de la regulación tradicional<sup>363</sup>.

El derecho a la identidad personal ha sido objeto de un prolijo desarrollo en la jurisprudencia italiana, y también ha tenido acogida en el ordenamiento jurídico como derecho constitucional en Perú y en Portugal<sup>364</sup>. Asimismo, aproximándose al derecho a

---

<sup>363</sup> Vid. BIGGLIAZI GERI, L./ BUSNELLI, F./ BRECCIA, U./ NATOLI, U. (1987) *Diritto Civile*, Vol.I, Utet, pp.168 y ss. A pesar de las voces discordantes, este derecho subjetivo fue creado *ad hoc* por la doctrina italiana en la década de los 70, por juristas en congresos y seminarios promovidos, muchos de ellos, por el *Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei di Roma*. En este sentido, puede consultarse, entre otras obras que recogen estos postulados, GIACOBBE, G. (1982) “La lesione dell’identità personale e il danno non patrimoniale”. *Atti dil seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica P. Calamandrei di Messina*, 16 16 aprile 1982. Milano -Dott.A.Giuffrè editore. O en esta misma obra, op.cit. FALZEA, A. (1985) “Ill diritto all’identità personale: motivi di perplessità”; SCALISI, V.(1982) “Lesione della identità personale e danno non patrimoniale”, pp. 119-148; MAGAZZÙ. A. (1982) “«Identità» personale e tutela civile della reputazione”, pp. 149-158, BUCCISANO, O. (1982) “Soggettività e diritto all’identità personale”, pp. 159-168; TOMMASINI, R. (1982) “Diritto alla identità personale e risarcibilità deo danni morali”; DE CUPIS, A. (1982) “Bilancio di un’esperienza; il diritto all’identità personale”, pp. 187-197; entre otros.

Acerca del auge del concepto de identidad personal y su desarrollo doctrinal en obras y seminarios en los que se construye este derecho resulta muy interesante consultar la obra, ya citada, de ZENO-ZENCOVICH, V. (1993), *Identità...* Vid. en concreto, apartado 2 (creación doctrinal) y apartado 3 (desarrollo jurisprudencial), pp. 5- 14.

<sup>364</sup> La Constitución política del Perú de 29/12/1993, en su artículo 2 relativo a los derechos fundamentales, establece, en su primer punto, que toda persona tiene derecho “a la vida, a su *identidad*, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)”. En su artículo 15, relativo a la educación también preceptúa que el alumno “tiene derecho a una formación que respete su *identidad*, así como el buen trato psicológico y físico (...)” Consultable en: <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf> (última consulta 2/09/2020).

Probablemente, la conciencia de este derecho y su constitucionalización como derecho autónomo hayan sido fruto de la obra del jurista peruano CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO.

También en la Constitución de Portugal, en su redacción de 2005, se recoge el derecho a la identidad personal como derecho fundamental. Así en su artículo 26.1 recoge que: “Todos tienen el derecho a la identidad personal, al desarrollo de su personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, a su buen nombre y reputación, a su imagen, a su expresión, a proteger la privacidad



la identidad personal cabe destacar la protección que se brinda a la personalidad por parte del ordenamiento jurídico alemán, francés y estadounidense<sup>365</sup>.

Ahora bien, si analizamos la jurisprudencia internacional y nacional advertimos que este derecho se invoca con cierta indeterminación y no desligado de otros derechos. Conviene en este punto realizar un análisis del derecho a la identidad, derecho que fue precisamente creado *ad hoc* por la jurisprudencia italiana. Se analiza a continuación cómo ha sido configurado e invocado por los tribunales. Es necesario ya avanzar en este punto que las referencias al derecho a la identidad siempre cohonestan con otros derechos de mayor raigambre en la tradición jurisprudencial, tales como el derecho a la propia imagen, el derecho al honor y el derecho a la intimidad.

Se recogen a continuación algunos de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), así como, en el plano estatal, los del Tribunal Constitucional (TC), el Tribunal Supremo (TS) y, en el plano autonómico catalán, los del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJCat).

Como se verá, de la jurisprudencia analizada se desprende que, si bien la identidad de la persona es susceptible de protección, esta no se halla configurada jurídicamente como derecho autónomo de forma clara. Los mecanismos que se prevén para la tutela de este derecho, de noción particularmente difusa, suelen vehicularse a través de la protección de otros derechos fundamentales. En España, como es de ver, a

---

de su vida personal y familiar y a la protección legal contra cualquier forma de discriminación.”. Además, en su artículo 19.6 también se indica que: “Bajo ninguna circunstancia una declaración de estado de Sitio o de Excepción, afectará los derechos a la vida, integridad personal, identidad personal, capacidad civil y ciudadanía, no retroactividad de las disposiciones penales, derecho a la defensa y a defender, o la libertad de conciencia y de religión.

Consultable en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal\\_2005.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=es) (última consulta 2/09/2020).

<sup>365</sup> Sobre esta cuestión, muy interesante resulta el análisis de PINO (2003) sobre la cuestión en el ordenamiento francés -refiriéndose al “*droit à l’authenticité*”- y el ordenamiento estadounidense -refiriéndose al “*tort of false light in the public eye*”-. En ambos, el concepto de identidad es también ambiguo. Op. cit. (2003) *Il diritto...*, pp. 48-54. En cuanto a este último resulta muy interesante también la lectura de (op.cit.) PINO, G. (2001) “Sul diritto all’identità personale degli enti collettivi” en *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, vol. 7, n°3, pp.470-484.

Para profundizar en la concepción de este derecho en los ordenamientos alemán -*Reicht auf Identität*-, francés y estadounidense, resulta ineludible la lectura (op. cit) de este mismo autor, PINO,G. (2006) “Il diritto all’identità ieri e oggi....”.

través del derecho fundamental a la propia imagen y de otros derechos que coadyuvan con éste, como son el derecho al honor y a la intimidad.

## **2.1. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en numerosas sentencias acerca del derecho a la identidad y lo hace ligándolo a la noción de vida privada. El derecho al respeto a la vida privada se halla recogido en el artículo 8 del Convenio europeo de Derechos Humanos<sup>366</sup>. En virtud de este precepto:

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

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”

El TEDH ha venido manteniendo que la noción de vida privada, es “un concepto amplio, no susceptible de una definición exhaustiva”, que:

“comprende elementos que hacen referencia a la identidad de la persona tales como el nombre, su foto, su integridad física y moral”<sup>367</sup> y a que;

“la garantía que ofrece el artículo 8 del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes. Existe por tanto una zona de

---

<sup>366</sup> Puede consultarse el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 en [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf) (última consulta 15/02/2022).

<sup>367</sup> Sentencia TEDH (Sección 3ª) Caso *Polanco Torres y Movilla Polanco* contra España de 21 de septiembre de 2010. (c.40) ECLI:CE:ECHR:2010:0921JUD003414706

interacción entre el individuo y los demás que, incluso en el contexto público, puede formar parte de la «vida privada»<sup>368</sup>. También que,

“la reputación de una persona forma parte de su identidad personal y su integridad moral, que pertenecen a su vida privada”<sup>369</sup>

---

<sup>368</sup> Vid., por todas, Sentencia del TEDH (Sección 3ª) de 24 de junio de 2004. Caso Von Hannover contra Alemania. ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000.

“(…) la noción de vida privada comprende elementos que hacen referencia a la identidad de una persona tales como el nombre” (c.50). A lo que, añade, en el mismo fundamento, que: “la esfera de la vida privada, tal como la concibe el Tribunal, cubre la integridad física y moral de una persona; la garantía que ofrece el artículo 8 del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes (...). Existe por tanto una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede concernir a la «vida privada»” (c.50)

<sup>369</sup> Vid. Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 25 de septiembre de 2018 (ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911). En la misma el Tribunal se pronuncia sobre el concepto de «vida privada» contenido en el artículo 8 del Convenio europeo de los Derechos Humanos: “El concepto de «vida privada» es un concepto amplio, no susceptible de una definición exhaustiva, que abarca también la integridad física y moral de la persona. Por lo tanto, puede abarcar múltiples aspectos de la identidad física y social de un individuo. El artículo 8 también protege el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros y con el mundo exterior (véanse S. y M.c. Reino Unido [GC], Nos. 30562/04 y 30566/04, § 66, CEDH 2008, G.G., citado anteriormente, § 66, y B.c. Rumania [GC], no. 61496/08, § 70, CEDH 2017 (extractos).” (c.95)”. En esta misma sentencia, se pronuncia el Tribunal acerca de si el derecho al respeto de la reputación, aun sin estar mencionado, se comprende en el concepto de vida privada. Y, en este sentido, postula que sí lo está, a saber: “Paralelamente a la evolución de esta jurisprudencia, se pidió al Tribunal de Justicia que examinara si el derecho al respeto de la reputación, no mencionado expresamente en el artículo 8, estaba o no comprendido en el concepto de «vida privada». En su sentencia P.c. Austria (nº 12556/03, § 35, de 15 de noviembre de 2007), declaró, a la luz de su jurisprudencia, que la reputación de una persona, incluso si era criticada en el contexto de un debate público, era un atributo de su identidad personal y de su integridad psicológica y, por lo tanto, también estaba comprendida en su «vida privada»”. (c.97)

También, puede reseñarse la Sentencia del TEDH (Sección 3ª) de 6 de noviembre de 2018 (ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD002552713) en la que el Tribunal indica que el ámbito de la vida privada protegido por su artículo 8 también engloba, además, el honor y la propia imagen: “el derecho a la protección de la reputación es un derecho que está protegido por el artículo 8 del Convenio como parte del derecho al respeto de la vida privada (...). Esto también se aplica al honor de la persona (...) El concepto de «vida privada» es un término amplio no susceptible de una definición exhaustiva (...), que cubre la integridad física y psicológica de una persona, como el nombre o elementos relativos al derecho de la persona a su imagen. (...) Incluye la información personal que los individuos pueden esperar legítimamente que no se publique sin su consentimiento”.

En este sentido, también se pronuncia Sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1992 (c.35) ECLI:CE:ECHR:1992:0225JUD001080284.

El TEDH también se ha pronunciado en múltiples ocasiones acerca de la identidad ligada al sexo sentido de la persona, pronunciándose ante demandas por vulneraciones al no admitirse por parte de algunos Estados la rectificación del sexo registral a fin de adecuarlo a la realidad de la persona. En este sentido, el Tribunal, recordando que el concepto de vida privada no admite exhaustividad, ha manifestado que este concepto también incluye elementos como “la identidad o identificación sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual”, que se integran en la esfera personal protegida por el precepto<sup>370</sup> y ha afirmado que los Estados deben reconocerlos para no incurrir en violación de aquel precepto.

Cabe añadir que el TEDH entiende también que “las elecciones personales como es la apariencia personal<sup>371</sup>, tanto en lugares públicos como privados, están relacionadas con la expresión de su personalidad y deben considerarse ínsitas en el concepto de vida privada. En estos supuestos, el órgano insiste en que es necesario ponderar la percepción o valoración subjetiva de la persona -sufrimiento, angustia, humillación que percibe- y los elementos objetivos.

## **2.2. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE)**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido señalando también, que:

“el nombre y el apellido de una persona son un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), así como por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...). Aunque el artículo 7 de la Carta no lo mencione expresamente, el nombre y el apellido de

---

<sup>370</sup> Vid. Sentencia del TEDH (Sección 1ª) de 11 de octubre de 2018. Caso *S.V. contra Italia*. (ECLI:CE:ECHR:2018:1011JUD005521608)

<sup>371</sup> El Tribunal se ha pronunciado acerca del corte de pelo, la elección de ropa o respecto a la prohibición al reo de dejarse barba establecida en la normativa de la institución penitenciaria. Vid. Sentencia TEDH (Sección 4ª) de 14 de junio de 2016. Caso *Birzietis contra Lituania*. (ECLI:CE:ECHR:2016:0614JUD004930409)

una persona afectan a su vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia”<sup>372</sup>

Asimismo, el citado Tribunal, en cuanto a la reputación y al derecho al honor, en consonancia con el derecho a la identidad personal, alude a que:

“según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la aplicación del artículo 8 de la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...) el derecho de una persona a la protección de su reputación es un elemento del derecho al respeto de la vida privada. (...) La reputación de una persona forma parte de su identidad personal y de su integridad moral, las cuales corresponden a su vida privada.”<sup>373</sup>

### **2.3. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (TC)**

El Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado también acerca del concepto de identidad personal. Se infiere de las resoluciones analizadas que el Tribunal concibe la noción de identidad personal dentro del derecho fundamental a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad y la tutela la articula en base al derecho a la propia imagen. Así, ha venido manifestando que:

“La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas. Este nexo entre decidir sobre la identidad de uno mismo y el goce por la persona de autonomía para organizar su propia vida y sus relaciones

---

<sup>372</sup> Vid. Sentencia del TJUE (Sala 2ª) de 2 de junio de 2016. Caso *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff* contra *Standesamt der Stadt Karlsruhe* (c.35). ECLI:EU:C:2016:401

<sup>373</sup> Vid. Sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2018. Caso *VG* contra Comisión Europea (c.100) ECLI:EU:T:2018:841.

personales es reconocido y afirmado por diversas instituciones de nuestro entorno jurídico, lo que muestra que sobre este vínculo existe un extendido consenso y así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya jurisprudencia tiene un valor hermenéutico especial para este Tribunal, al abordar reclamaciones en que es relevante la situación de transexualidad alude expresamente a la protección del desarrollo personal y la pone en relación con «el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea (...)». En el mismo sentido el Tribunal ha destacado en numerosas ocasiones que el concepto de «vida privada» incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede en ocasiones comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Elementos tales como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos.<sup>374</sup>

Ahora bien, como se ha referido, la tutela de este derecho se ha estructurado por nuestro Tribunal Constitucional a través del derecho fundamental a la propia imagen contenido en el artículo 18.1 de la Constitución Española, coherenciándolo con la protección del derecho al honor y del derecho a la intimidad<sup>375</sup>.

---

<sup>374</sup> Vid. por todas, Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 99/2019, de 18 de julio de 2019 (FJ4). ECLI:ES:TC:2019:99.

<sup>375</sup> Así, se plasmó en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 117 de 25 de abril de 1994 (Vid. STC 117/1194 de 25 de abril (FJ 3). ECLI:ES:TC: 1994:117; así como en la STC núm. 167/2013 de 7 de octubre (FJ 5), ECLI:ES:TC: 2013:167, afirmando que:

“El derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz. El derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada, intervención que en el derecho que ahora nos ocupa puede manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la imagen y sus manifestaciones como de la difusión o divulgación posterior de lo captado. Estos derechos, como expresión de la persona misma, disfrutan de la más alta protección en nuestra Constitución y constituyen un ámbito exento capaz de impedir o limitar la intervención de terceros contra la voluntad del titular. (...)”.

Tal y como viene reiterando el TC, por todas STC núm. 81/2001 de 26 de marzo, ECLI:ES:TC:2001:81 “En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad

## 2.4. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (TS)

En el mismo sentido, y acogiendo esta interpretación, el Tribunal Supremo (TS) ha venido afirmando, que:

“el concepto de «propia imagen» que configura el derecho fundamental protegido en dicho precepto constitucional ha ido ampliándose progresivamente para superar el alcance de su formulación inicial como representación de los

---

humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde. En la Constitución española ese derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional. No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual.

En la medida en que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las características del mismo, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Así, pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas.

Por supuesto, al igual que sucede con los demás derechos, el derecho a la propia imagen no es absoluto. Como todos los derechos encuentra límites en otros derechos y bienes constitucionales y en este caso, muy particularmente, en el derecho a la comunicación de información y en las libertades de expresión y de creación artística” (FJ 2).

rasgos físicos de la figura humana y ha devenido en una noción apta para tutelar otros elementos distintivos de la identidad personal, como la voz, el nombre”;

Afirma el Tribunal Supremo que:

“la firma constituye también uno de los atributos más característicos, propios e inmediatos que identifican a toda persona con capacidad para escribir. Por tal razón, puede considerarse amparada también por el ámbito de protección del derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la Constitución», incluso a este respecto, la firma artística, pues tanto la «habitual» como la «artística», en tanto que esta última «sirve para identificar inmediatamente» a la persona en una de sus facetas «también amparada por su derecho a la propia imagen».<sup>376</sup>

Cabe referir que el Tribunal Supremo también ha aludido, cuando se ha pronunciado acerca de asuntos relacionados con la identidad sexual, a que:

“la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace en la interpretación de las garantías de dicha norma; la esfera personal de cada individuo está protegida, incluido el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad de ser humano.”<sup>377</sup>

Y en cuanto al orden de los apellidos y la trascendencia de la alteración de dicho orden para la identidad de la persona menor, el Tribunal Supremo ha manifestado que el nombre y apellidos de las personas físicas es un derecho de la personalidad que entronca con la identidad personal<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> Vid. STS núm. 127/2020 de 26 de febrero (FJ 3). ECLI:ES:TS:2020:601.

En este mismo orden de cosas, el Tribunal Supremo, reproduciendo también fundamentos del Tribunal Constitucional también afirma, en esta misma sentencia y FJ, que: “el significado y alcance del derecho fundamental a la propia imagen consiste básicamente en salvaguardar un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad. Otorga a su titular la facultad de determinar, mediante la prestación de su consentimiento o mediante la revocación del mismo, qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales, o qué información generada por otros rasgos personales como la voz o el nombre, puede tener difusión pública. Consecuentemente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) perseguida por quien la capta o difunde”, encuadrando, por ende, el nombre y su firma como parte integrante del derecho fundamental a la propia imagen.

<sup>377</sup> Vid. STS núm. 929/2007 de 17 de septiembre. (FJ 2). ECLI:ES:TS: 2007:5818.

<sup>378</sup> Vid. esta interesante sentencia dictada por el TS, núm.645/2020 de 30 de noviembre. (FJ 2). ECLI:ES:TS: 2020:4482.



## 2.5. DERECHO A LA IDENTIDAD Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Cabe también hacer mención de las resoluciones que han sido dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJCat) en las que ha invocado al concepto de identidad personal en relación a la necesidad de mantener relaciones de parentalidad positivas en el ámbito familiar, y en este sentido ha venido manteniendo que:

“se suele calificar el derecho de todo individuo, mayor o menor de edad, a establecer y/o mantener relaciones personales en su esfera privada con otras personas -próximas o allegadas- y, más concretamente, en su ámbito familiar con parientes de diverso grado, ex art. 236-4 CCCat , como un «derecho de la personalidad», por hallarse directamente vinculado su ejercicio a su identidad personal, a la satisfacción de sus necesidades afectivas y emocionales básicas y, en general, a su dignidad humana y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE )”.

Así, el Tribunal ha puesto de relieve la conexión entre la identidad personal y el derecho de los menores a relacionarse con todos sus familiares e invoca al Comité de los Derechos del Niño de la ONU, al referir que el derecho a las relaciones personales de la persona menor en el ámbito familiar constituye también un derecho esencial relacionado con la preservación de la identidad y la dignidad de la persona conforme al art. 8.1 CDN, aludiendo al concepto ampliado de la familia que patrocina el Comité, que incluye necesariamente a " los abuelos, hermanos y hermanas , otros parientes, tutores o protectores, vecinos, etc. "<sup>379</sup>

---

<sup>379</sup> Vid. STSJCat núm. 49/2021 de 30 de septiembre (FJ 3) en la que se impone el nombramiento de la figura de coordinador de parentalidad en aras de tratar de garantizar que se restablezca la relación de comunicación entre hija y padre. (ECLI:ES: TSJCAT: 2021:9255) y Vid. también STSJCat núm. 48/2021 de 27 de septiembre (FJ 2) (ECLI:ES: TSJCAT: 2021:9227) que se pronuncia acerca de la necesaria preservación de la relación entre dos hermanas menores de edad.

## **CAPÍTULO III: LA IDENTIDAD DE LA PERSONA Y EL CONOCIMIENTO DE SUS PROPIOS ORÍGENES. EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS**

### **1. RELACIÓN ENTRE LA IDENTIDAD DE LA PERSONA Y SUS ORÍGENES.**

1.1. ORÍGENES E IDENTIDAD. 1.2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES. 1.3. ORÍGENES Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO. ¿UN SISTEMA EN PUGNA CON LA CIENCIA? 1.4. ORÍGENES Y SOCIEDAD ESPAÑOLA. 2. **MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES.** 2.1. MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL. 2.1.1. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a conocer sus orígenes. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). 2.1.2. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 2.1.3. Convenio número 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, hecho en Bruselas el 12 de septiembre de 1962. 2.1.4. Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. 2.1.5. 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. 2.1.6. Instrumentos del Consejo de Europa 2.2. MARCO NORMATIVO COMUNITARIO. 2.3. ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

### **1. RELACIÓN ENTRE LA IDENTIDAD DE LA PERSONA Y SUS ORÍGENES**

Alcanzado este punto de la presente investigación es necesario volver a la premisa básica, la de la noción de identidad, cual es, la individualidad o unicidad de cada ser humano. A pesar de tratarse de un concepto difuso, indeterminado y modulable, parece que existe un sustrato básico y consustancial a la propia idea o noción de identidad que podemos compartir entre las distintas disciplinas: cada persona es única y distinta de las demás.

En este primer apartado se pretende constatar la relación existente entre el origen y la identidad, el ser propiamente como ser distinto a otro que no soy yo. Esta identidad comienza con el origen, y no sólo comienza, sino que depende de este. Insisto, de todos los elementos que pueden señalarse como integrantes de la propia persona y conformadores de la idea de identidad existe uno que precisamente provoca que cada persona sea distinta de las demás, el sustrato en el que se asienta -alineado con la dignidad de la persona- la posible construcción de la identidad en sí misma considerada. Dicho elemento es su origen genético, pues este es precisamente el que predispone la estructura de la personalidad de cada sujeto y su forma de entender, de concebir y de ser en el mundo que le rodea.

Desde su nacimiento, la persona es única y lo que la hace precisamente distinta y diferenciable de los demás es su distinta composición genética. A ello se le aunarán posteriormente otros factores, pero es irrefutable que cada ser humano en sí mismo considerado es genuino, irrepetible y su esencia única dimana de su código genético único.

Esta relación también se extrapola al ámbito jurídico, toda vez que uno de los planos concretos en los que fuertemente incide la idea de derecho a la identidad, como proyección de la identidad genética, es en el de la protección de los propios orígenes biológicos<sup>580</sup>. Así se plasma en los instrumentos normativos y así se infiere del análisis de la jurisprudencia relativa a la cuestión.

La protección de los orígenes de la persona entronca en nuestro sistema jurídico con la filiación de la persona, y es por ello por lo que se hará mención a la misma de forma ineludible. En este capítulo también se tratarán de constatar algunas

---

<sup>580</sup> Nótese que se entremezclan los conceptos genético y biológico. Para la RAE, genético/ca es “parte de la biología que trata de la herencia y de lo relacionado con ella.” La biología engloba la genética, que se integra en aquella”. El análisis o estudio de la identidad genética se vehicula jurídicamente con el derecho a conocer los propios orígenes biológicos; equiparándose genética a biológica. Pero este concepto se deslinda en supuesto de coexistencia de madre genética y madre biológica, tal y como se abordará más adelante. Vid. en este sentido, entre otras, TEJEDA MORENO, V.A. (2007) “Genética y Biología Molecular”. *Revista Médica de la Universidad Veracruzana*, Vol. 7, nº2. El autor revisa la relación entre genética y biología y concluye que la genética es una rama de la biología. Asimismo, recoge que “La voz «genética», proviene del griego, y significa llegar a ser. La Genética Humana estudia todas aquellas características que el hombre hereda de sus progenitores, y que pueden ser físicas o mentales (...)”. Puede también consultarse, entre muchas otras instituciones el *Instituto Bernabeu Biotech*, en cuya página web se define la genética como “El estudio de la herencia biológica. La genética estudia cómo se transmiten los caracteres de los padres a sus hijos. La genética es una rama de la biología que estudia como los caracteres hereditarios se transmiten de generación en generación.”. Consultable en: <https://www.ibbiotech.com/es/info/que-es-la-genetica/> (última consulta 10/01/2023).

particularidades relativas al contexto social español en materia de conocer los propios orígenes.

### 1.1. ORIGENES E IDENTIDAD

A vueltas con la anterior idea, pocas cuestiones se revelan tan certeras y son tan universales como la de que el origen genético del ser humano tiene un papel trascendental e irreductible en la conformación de sí mismo, como ser único y distinto de los demás. A pesar de la dificultad, ya observada, para determinar el alcance de la noción de identidad, sus posibles acepciones, y todas las múltiples dimensiones que la conforman, existe una cuestión básica que resulta consustancial a la misma idea de identidad y que convierte al ser humano en una persona distinta a los demás -los no yo: - cada ser humano contamos con nuestro propio código genético, irrepetible y único<sup>581</sup>.

El ser humano se ha formado a partir de células que contienen un código genético resultante de una combinación entre los genes de sus progenitores, y este código, esta información genética, es la que predetermina las características físicas y psíquicas de su ser<sup>582</sup>. Esta arquitectura del ser humano<sup>583</sup> o configuración genética une a la persona con

---

<sup>581</sup> Vid. al respecto WATSON, J., CRICK, F. (1953) “Molecular Structure of Nucleic Acids: A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid”. Revista *Nature* nº171, pp. 737–738. Estos científicos descubrieron, junto con FRANKLIN, R. y WILKINS, M. la estructura del ADN y recibieron el premio Nobel en el año 1962.

<sup>582</sup> Tal y como indica el *Instituto de Ciencias Forenses Luis Concheiro* de la Universidad de Santiago de Compostela (INCIFOR), “Una persona recibe la mitad de su material genético de cada uno de sus progenitores, cuya combinación da un resultado único y absolutamente diferente. A su vez, será el material genético que transferirá a sus descendientes. Esa combinación de material genético recibido de los progenitores y transmitido a los descendientes es lo que se ha llamado “herencia genética” y constituye el proceso básico mediante el cual las especies biológicas se perpetúan en el tiempo”.

Consultable en:

[https://www.usc.gal/gl/institutos/incifor/xeneticaforense\\_conceptos\\_identidadgeneticaherencia.html](https://www.usc.gal/gl/institutos/incifor/xeneticaforense_conceptos_identidadgeneticaherencia.html) (última consulta 27/06/2022)

<sup>583</sup> Vid. GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C. (2012) “Presentación: Biotecnología y derecho. Encuentros y desencuentros”. *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*. Editorial Tirant lo blanch, nº11. La autora indica “Una muestra biológica humana es una parte separada del cuerpo que alberga ácidos nucleicos y que contiene la dotación genética de la persona; se caracteriza por ser parte del cuerpo, pero separada del mismo, y por albergar la información genética de la persona. La muestra es, pues, una parte del cuerpo elemento material o físico, —y un soporte de datos— elemento informacional al ofrecer datos decisivos sobre la salud, identidad

su familia biológica<sup>384</sup>; esta “identidad genética” de la persona es única y “constituye su patrimonio por excelencia”<sup>385</sup>, le conecta con sus antepasados y con su historia familiar<sup>386</sup> y, además, contiene valiosa información acerca de su salud<sup>387</sup>.

---

biológica, paternidad, ...del sujeto. La muestra presenta la posibilidad de una autónoma circulación pero mantiene una relación indisoluble con el cuerpo del que procede (...)”, p.10.

<sup>384</sup> En este sentido, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. (2013) “Identidad genética y libertad de ciencia”. *AFDUAM* n°17, p.39-74. La autora, en este interesante artículo hace un análisis de la “identidad genética” desde el punto de vista jurídico en conexión con la libertad de investigación. Aunque excede al objeto de la presente investigación, la autora afirma que “Se habla así de un corpus iuris surgido en torno al Genoma Humano y sus aplicaciones, caracterizado por un doble afán. De una parte, el deseo de respaldar con firmeza la relevancia de estas investigaciones en relación con la salud de las personas; de otra, el compromiso de reafirmar la dignidad humana y los derechos fundamentales frente al mal uso que pudiera hacerse de estos conocimientos”.

<sup>385</sup> Vid. DEL ÁGUILA TUESTA, F.R. (2014) “Identidad genética y filiación”. *VOX IURIS*, 28(2), Lima pp. 225-249. La autora recoge como definición de ADN o ácido desoxirribonucleico “un ácido nucleico que contiene instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y funcionamiento de todos los organismos vivos conocidos y algunos virus, y es responsable de su transmisión hereditaria” e indica también, que, “el genoma humano es un elemento constitutivo esencial y un valor inalienable perteneciente al género humano en su conjunto, más allá de la diversidad biológica”.

<sup>386</sup> En este sentido, vid. entre otras, WAILOO, K. et. al (2012) *Genetics and the Unsettled Past, The Collision of DNA, Race and History*. Rutgers University Press. Afirma WAILOO que: “A fundamental conundrum at the heart of the new genetics is the question “Who am I?” Despite what we may believe about ourselves -based on our family lore, our photographs, our document past, or the recollections and memorabilia of our ancestors- genetics makes possible bold claims about self and family that may be at odds with these long-relied-upon artifacts of identity (...) Genetic science has emerged from the laboratory and clinic in recent years to add new complexity to this already complex process, and to revise our self-knowledge”, p. 13.

También, en relación con nuestra historia y desde un punto de vista antropológico, RELETFORD, JOHN H./ BOLNICK, D.A. (2018) *Reflections of our past, How Human History Is Revealed in Our Genes*. 2ª ed., Routledge editions. En esta interesante obra, se afirma “(...) No one knows the name of even one ancestor who lived 10.000 years ago. (...) Even when family records go back for several centuries, the time depth is but a small fraction of the history of human beings, which extends back for tens of thousands of generations. Consider a related question: Where do your ancestors come from? (...) There is another source of information about the past, (...) the DNA that we carry inside us. We inherit our DNA from our ancestors, and the genetic variants that we possess reflect the demographic and evolutionary events that occurred during our ancestor’s lives. We therefore all carry a genetic signature of past events within our bodies, a record of sorts in our DNA. (...)”, p. 2.

<sup>387</sup> Entre otras, desde una perspectiva médica, ya lo contemplaba LIPPMAN, A. (1991) “Prenatal genetic testing and screening: constructing needs and reinforcing inequities”. *American Journal of Law Medicine*, n°17 (1-2), pp. 15-50, en relación a las pruebas genéticas sobre el feto y las necesidades de las mujeres para su salud.

Desde disciplinas científicas aluden al concepto de identidad genética<sup>388</sup> para referir a esta herencia del pasado, a esta información que permanece y queda en el ser humano, integrándose en sus genes y construyendo a la persona, para después, ser transmitida a la progenie. Este mensaje genético “le pertenece, le caracteriza, describe e identifica; está en la dotación genética, presente en todas y cada una de sus células y permanece a lo largo de su vida: mantiene su identidad biológica a lo largo de su existencia. Define la pertenencia a la especie, de quien es hijo - su filiación- y su genealogía.”<sup>389</sup>

Así, el ser humano ya se crea distinto a los demás, heredando parte de su pasado y es este el presupuesto que, en combinación con el ambiente en el que el sujeto vive, sirve al desarrollo de su propia personalidad<sup>390</sup>. Las características psíquicas y físicas con las que el ser humano se proyecta en la vida en comunidad resultan decisivas para su construcción en sociedad y operan como germen en el diseño de su propia identidad<sup>391</sup>.

---

De una simple búsqueda en Internet podemos detectar decenas de empresas y laboratorios que ofrecen servicios de estudios genéticos para detectar enfermedades. Puede leerse también, entre muchas otras, la noticia que lleva por título “Análisis genéticos para prevenir enfermedades hereditarias” de 26/04/2019, consultable en: <https://www.policlinicagipuzkoa.com/analisis-geneticos-para-prevenir-enfermedades-hereditarias/> en la que se indica que se puede incluso prevenir enfermedades modificando *ex ante* los hábitos. (última consulta 30/06/2022).

<sup>388</sup> Es necesario aquí remitirse a los postulados de ZANNONI, E. (2005) op. cit. a los que se ha referido en el Capítulo I § 2 de la presente.

<sup>389</sup> Vid. op. cit. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020) *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*, p. 16. Consultable en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf> (última consulta 01/07/2022) Recoge el Comité en este Informe que “en cada persona hay un sello biológico propio e inmodificable a lo largo de su vida que lo vincula a las características genéticas de su propia familia. Cuando se discute la conveniencia de conocer la identidad genética se está poniendo en duda el derecho del niño o adulto a conocer su genealogía.”, p.14.

<sup>390</sup> Tal y como ya se hacía mención en la presente investigación, y como postulaba, entre otros, VILA-CORO BARRACHINA, M.D. (1995) “El derecho...”, op.cit.

<sup>391</sup> Vid. op. cit. GETE-ALONSO (2017) “Identidad e identificación...”, al sostener la autora que “los rasgos de identidad se componen de las cualidades, las características físicas (morfológicas) y psíquicas, los sentimientos y afectos, los modos de comportarse en la vida peculiares de cada individuo (que constituyen lo propio) (...)”.

En cuanto al conocimiento de estos orígenes, para la persona generalmente resulta esencial comprender de dónde procede y conocer cuál es su origen familiar y, ello, desde edades muy tempranas<sup>392</sup>. Cuestiones cómo quiénes son sus progenitores, cómo son, de dónde vienen, entre muchas otras, resultan particularmente significativas para el propio ser humano y contribuyen a su curiosidad por entender su existencia, su propia historia de vida, y por conocerse a sí mismo y comprender cómo es su propio

---

<sup>392</sup> Vid. entre muchas otras, SAN MARTINO POMÉS, M. (2014) “Identidad y orígenes en el menor adoptado”. *Temas de psicoanálisis, nº8*. La autora, desde la disciplina de la psicología afirma que “el menor adoptado necesita resolver su historia para resolver su identidad (...) debe realizar un sobreesfuerzo para avanzar en su proceso de identidad. (...) el proceso de búsqueda de su identidad implica la integración de esta tríada: padres, hijo y progenitores biológicos”, desde un vacío en su existencia que le perturba, p.1. La autora relata que una niña de tan sólo cinco años preguntaba a su madre filiatoria “mamá, cuando nací, ¿quién me miró?”. En el mismo sentido, desde la psicología, ROQUETA SUREDA, A. (2014) “Introducción” en FERNÁNDEZ GARCÍA, R.M (Coord.) et al. *Neuropsicología del abandono infantil*, Hilo Rojo ediciones, al afirmar que es absolutamente necesario en los supuestos de adopción “Integrar la identidad adoptiva y elaborar carencias, pérdidas, duelos y frustraciones, ya que son niños con experiencias significativas de separaciones y abandono con una historia previa de adversidad (genética, prenatal, perinatal, postnatal); esto supone tener que vivenciar el abandono e integrar los orígenes. La búsqueda de los orígenes es un tema permanente en los hijos adoptivos, es una búsqueda interna a lo largo de toda su vida con más o menos intensidad. Preguntas frecuentes: ¿Qué pasó? ¿Dónde están? ¿Por qué a mí? ¿Se acordarán de mí? ... Es un tema doloroso, pero por ello no hay que obviarlo. La adopción es una tríada: padres biológicos, padres adoptivos y el propio hijo (los padres biológicos existen siempre en la fantasía de los hijos). La información sobre los orígenes es parte de la identidad personal. Una de las heridas psicológicas más difíciles de reparar en los hijos es el hecho de que se les hayan escondido, falseado, o distorsionado datos relevantes de su historia o de la historia de su familia de origen. La falta de transparencia ética tiene un coste psicológico y relacional en la familia adoptiva muy grande. Los padres han de acompañar a su hijo en este tema; la frase “madre no hay más que una” en la adopción no es así. Los padres han de dar la oportunidad de normalizar y expresar, ya que está en juego la construcción de la propia identidad y el sentimiento de pertenencia de su hijo. Y no siempre es fácil; muchos padres no saben cómo abordar el tema porque tienen miedo y evitan hablar del dolor que el propio chico siente por su abandono, lo que provoca que éste no se siente con el permiso de expresarlo. En este caso, si los niños no pueden hacerlo, los padres tienen que introducir el tema a modo de preguntas y ayudarlos a elaborar y reparar el abandono. Para ello es necesario que antes los padres y madres se pregunten: ¿qué siento, qué me pasa delante de la historia de los orígenes de mi hijo? Ser adoptado es para toda la vida, y en cada momento de los diferentes ciclos vitales en que la persona se encuentre se planteará diferentes cuestiones; especialmente en la adolescencia, cuando aparecen las preguntas y planteamientos en relación a su identidad y al vínculo con su doble familia.”, p.19-20. De esta misma autora es necesario referir su interesante estudio entorno a la necesidad de comunicar a los niños y niñas su origen, su historia.

Vid. ROQUETA SUREDA, A. (2009) *Valoración e intervención psicopedagógica en casos de niños adoptados*, Universitat de Barcelona. Consultable en:

<https://issuu.com/e-publicacion/docs/valoracinpsicopedagogicaniosadoptadosassumpcioroqu> (última consulta 20/07/2022).

ser<sup>395</sup>; siendo “el conocimiento y la comprensión de su pasado y su genealogía”<sup>394</sup> esencial para el desarrollo de la propia identidad, y siendo también vital, siempre que sea posible, que exista comunicación con las personas que le han concebido<sup>395</sup>.

En muchos casos, afortunadamente, conocer el origen de uno mismo, cuáles son nuestras raíces, está al alcance. En la mayoría de estos casos, los datos filiatorios serán coincidentes con los datos biológicos o genéticos. Sin embargo, en otros supuestos, cuando los datos biológicos no se conocen o no coinciden con los filiatorios<sup>396</sup>, para la

---

<sup>395</sup> En este sentido, entre otros, op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación de la filiación. Stato Quo” en GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J., *Actualización del derecho de filiación, Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo blanch, p. 58; al afirmar que: “En general todas las personas necesitamos conocer nuestros propios orígenes, averiguar de quien descendemos, cómo son, cuáles son sus características genéticas, biológicas, su carácter (...)”. Vid. también, SOLÉ RESINA, J. (2018) “Nuevas maternidades y paternidades. Bases de un nuevo derecho de filiación” en SOLÉ RESINA, J. / ALMADA MOZETIC, V. *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*. Dykinson, pp. 51-67.

Numerosos estudios y testimonios de personas adoptadas confirman la necesidad del ser humano de obtener respuesta a cuestiones cómo: quienes son sus progenitores, de donde proceden, cuál es su lugar de origen, qué motivos llevaron a sus progenitores a no cuidarles, qué aspecto tienen y en qué se parecen, si existe predisposición genética a alguna enfermedad y un largo etcétera; cuestiones que se mantienen a lo largo de la vida de la persona hasta que puede dar respuesta a alguno o algunos de sus planteamientos, que integran su historia vital y que necesita conocer; y que estudios advierten que se manifiestan fuertemente en etapas de transición o de cambios, tales como la adolescencia. En este sentido, pueden consultarse, entre otras, las “Consideraciones de orden estadístico, jurídico y práctico” publicadas por la organización no gubernamental Servicio Social Internacional (SSI) en su informe de 2019. Vid. JEANNIN, C. / ROULEZ, J. (2019). *Acceso a los orígenes: Panorama de los aspectos jurídicos y prácticos*. Ginebra, Suiza: Servicio Social Internacional (SSI). Consultable en: [https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Adopcioninternacional/PublicacionesAI/ACCESO\\_A\\_LOS\\_ORIGENES.pdf](https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Adopcioninternacional/PublicacionesAI/ACCESO_A_LOS_ORIGENES.pdf) (última consulta 19/06/2022).

<sup>394</sup> Vid. op cit. GÓMEZ BENGOCHEA, M. (2007) *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*. Dykinson, 2007, pp. 33.

<sup>395</sup> Vid, op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación...”, p. 58.

<sup>396</sup> Esto ocurre en supuestos como los de los niños y niñas abandonados, o los que desconocen a sus progenitores o a uno de los dos, o cuando los que conocen no son los biológicos (más a menudo ocurre en el caso del padre), o bien en los supuestos de adopción. Con la proliferación de las técnicas de reproducción asistida y de otros supuestos para concebir en los que se emplea material genético de terceros, estos casos de no coincidencia entre la verdad genética y biológica y la filiación han aumentado, pues con anterioridad en esencia se trataba de casos de adopción. En este sentido, op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación...”, p. 59.



persona puede no resultar tan sencilla la posibilidad de acceder a tan crucial información<sup>397</sup>. Esto último merma la posibilidad de la persona al libre desarrollo de su personalidad<sup>398</sup> y a la conformación de su identidad<sup>399</sup>, lo que puede provocar la vulneración de sus derechos fundamentales, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

Ligando necesariamente los orígenes de la persona con la identidad de la misma, resulta necesario volver a referir que si bien la identidad se halla en continua evolución durante la vida del ser humano, los orígenes biológicos son “el origen, el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón” que la integra<sup>400</sup>; porque la individualiza frente a las demás, “contribuye a su definición biológica y socio-jurídica; es el fundamento de la propia estima y de la dignidad personal; y constituye el inicio de la historia de cada uno y del desarrollo de la personalidad, por lo que es presupuesto de todos los demás derechos, incluidos los más fundamentales”<sup>401</sup>.

---

<sup>397</sup> En este sentido, resulta particularmente interesante para la cuestión que nos ocupa, FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) “La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos”. *Revista de Derecho de Familia nº87/2020, Aranzadi*, (BIB 2020/11697). En este artículo, la autora, además de efectuar un análisis de derecho comparado entorno a la cuestión del anonimato del donante de gametos, elabora una síntesis de los estudios que han analizado el padecimiento psíquico de las personas adoptadas en cuanto a la cuestión del desconocimiento de sus orígenes genéticos y la búsqueda por paliar los efectos negativos del desconocimiento de los mismos.

<sup>398</sup> *Ibidem*, la autora alude a que han sido otras disciplinas (como la psicología y la psiquiatría, entre otras) las que han hecho hincapié en las complicaciones y el malestar de las personas en los supuestos en que no conocen sus orígenes genéticos.

Vid. también FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2021) “La correcta identificación del recién nacido como medida de protección del derecho a la identidad” en GALLARDO RODRÍGUEZ, A. et al., *Los Nuevos retos del derecho de familia*, Tirant lo Blanch, p. 417-432.

Asociaciones como “La Voz de los adoptados” aboga por el reconocimiento del derecho a la búsqueda de los orígenes y la necesidad de contar con instrumentos públicos que permitan esta búsqueda y conocimiento. Puede consultarse más información en: <https://www.lavozdelosadoptados.es/defender-el-derecho-a-la-identidad/> (última consulta 18/07/2022).

<sup>399</sup> Op. cit. FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2021) “La correcta identificación...”. La autora refiere que personas adoptadas hacen alusión a sentir su identidad “incompleta”.

<sup>400</sup> Vid. op. cit. KRASNOW, A.N. (2015) “El derecho de acceso...”, p. 193. Para la autora, los datos biológicos de la persona se encuadrarían, siguiendo la distinción de FERNÁNDEZ SESSAREGO, en la dimensión estática de la identidad.

<sup>401</sup> Vid. op. cit. VELA SÁNCHEZ, A.J. (2010) “El derecho del adoptado...”.

La ocultación o el desconocimiento de la información relativa a los propios orígenes o los impedimentos legales a la hora de acceder a dicha información dificultan la construcción de la propia identidad; siendo aún más exacerbada esta obstaculización cuando se trata de personas menores<sup>402</sup>. Y, llegados a este punto, resulta necesario considerar que, es en la etapa de la infancia y de la adolescencia en las que el interés por estas cuestiones se manifiesta fuertemente en la persona<sup>403</sup> y su planteamiento y tratamiento le marcaran su propia manera de ser y de actuar. En estos casos, la preservación de su interés superior debería pasar, tal y como se insistirá, por la garantía del acceso a la información sobre sus orígenes, y el reconocimiento, así, de su historia personal, pues es en la infancia cuando se desarrolla el autoconcepto del propio ser como persona distinta de los demás, se desarrolla la autoestima y la persona comienza a aprender a sentirse para con ella misma, siendo esencial que se acepte e integre su realidad filiatoria con sus orígenes<sup>404</sup>, cuando estos no sean coincidentes.

---

<sup>402</sup> Tal y como afirman BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A./ GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007), *Esta es tu historia. Identidad y comunicación sobre los orígenes en adopción*. Universidad Pontificia de Comillas, cuando afirman que “Nos encontramos frente a una situación en la que el menor no tiene capacidad de saber por sí mismo algo que le es propio y fundamental, su pasado, su procedencia y su historia. Privarle de ello sería robarle algo que es suyo, aprovechándose de la situación de privilegio y fuerza que otorga la autoridad parental. (...)”, p. 18; así como “una adopción que tenga como consideración primordial el interés superior del menor deberá primar el adecuado crecimiento y desarrollo de este frente a los intereses y derechos, tanto de sus padres biológicos como de sus padres adoptantes”, p.19. Las autoras esgrimen que la falta de información sobre el origen a los menores adoptados antes de la década de los 70 y 80 provocó graves problemas de salud en torno a la construcción de la propia identidad, de forma completa y sana, y un malestar en la familia por haber ocultado la información relativa a los orígenes.

También GETE-ALONSO, M.C. afirma que para preservar la identidad de las personas menores es ineludible atender a su interés superior conforme al art. 2.2 LOPJM. Vid. op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación de la filiación...”, p. 59.

<sup>403</sup> Del mismo modo que la conformación de la identidad, es en esta etapa de la adolescencia cuando mayores dificultades puede presentar esta discordancia entre progenitores jurídicos y biológicos. En este sentido, entre muchas otras, vid. op. cit. GÓMEZ BENGOCHEA, M. (2007), *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Dykinson, 2007, p. 33.

<sup>404</sup> Vid. en este sentido, CANADIAN PAEDIATRIC SOCIETY STATEMENT (2001) “Understanding adoption: A developmental approach”. *Paediatr Child Health*, Vol. 6, nº5. Vid. También, SOROSKY, A.D./ BARAN, A./ PANNOR, R. (1979) *The Adoption Triangle: The Effects of the Sealed Record on Adoptees, Birth Parents, and Adoptive Parents*, Universidad de Michigan, Anchor Press, p. 103-110; o entre otras, vid. también, WAYNE CARP, E. (1998) *Family Matters. Secrecy and disclosure in the history of adoption*, Harvard University Press, pp. 154-163.

Existen también otros momentos de la etapa vital de la persona en los que puede señalarse que aparece un mayor interés por el conocimiento del origen biológico. Se trata de momentos relevantes como el del nacimiento de un hijo/a, el padecimiento de una enfermedad, la formación de una familia o la muerte de uno de los progenitores jurídicos<sup>405</sup>, en todos ellos se hace incluso más importante no contar con vacíos en la historia personal<sup>406</sup>. La mayor parte de los estudios inciden en el interés en el conocimiento de los orígenes en los casos de personas adoptadas, al ser el supuesto en el que propiamente solía darse esta pretensión. De estos estudios se colige que la necesidad de contar con más información acerca de su procedencia es una búsqueda común y universal<sup>407</sup>. Con la proliferación de las técnicas de reproducción asistida y las

---

<sup>405</sup> Así lo apuntan algunos estudios como GARCÍA VILLALUENGA, L. et al. (2006) *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, p. 19.

Vid. también RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2003) “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)”. *Actualidad Civil* n°24, Sección Doctrina, Ref. XXXVI, p3593, tomo 2, *La Ley*, en el que afirma: “Dicen los expertos que un interés sano y razonable, y aun la preocupación por conocer el propio origen biológico, es frecuente a cierta edad (en la adolescencia, sobre todo) y va muy vinculado a la etapa vital del desarrollo y afirmación de la personalidad, sobre todo cuando la situación concreta de la persona (la adopción, en particular) le crea dudas acerca de su origen, o lo desconoce. Aquel interés no es anormal o patológico, sino una manifestación bastante natural en ciertas fases del desarrollo de la personalidad y como una exigencia de su afirmación, a cuyo efecto se busca puntos de referencia concretos (de tipo somático, caracterológico y afectivo) ante la relatividad y multiformidad de una personalidad que necesita su propia definición, o cuando las referencias próximas que tiene no coinciden con las que se intuye o las que llegan de fuera. Esa necesidad psíquica y vital y estos datos referenciales confusos o inexactos son causa de graves problemas personales, psiquiátricos incluso, en la formación y desarrollo de la personalidad del individuo, por lo que para los psicólogos, pedagogos y muchos juristas el problema no es ya el de decir o no la verdad acerca de su origen al interesado (que ven como inevitable), sino cuándo (edad, situación personal) y quién y cómo (los allegados, terceros expertos, con asistencia psicológica o no, etc.) (...)”.

<sup>406</sup> Tal y como afirma el COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016) *Dret a conèixer els orígens biològics i genètics de la persona*. Generalitat de Catalunya, 24/02/2016. Consultable en: <https://canalsalut.gencat.cat/ca/sistema-de-salut/el-sistema-de-salut-de-catalunya/ambits-dactuacio/comite-de-bioetica-de-catalunya/recursos/documents/reproduccio-i-inici-de-vida> (última consulta 28/11/2021).

“La construcción de la identidad se basa en la narración que el propio sujeto hace de sus experiencias y de la historia que los otros le transmiten de su vida, en un ejercicio de autoconsciencia que no admite vacíos ni cambios repentinos.”, p.9.

<sup>407</sup> Op. cit. GARCÍA VILLALUENGA, L. et al. (2006) *El derecho del adoptado...* En la investigación, en la que se recopilaron datos tanto de investigaciones internacionales, como de las Comunidades Autónomas y de asociaciones como “Asociación Nacional del Derecho a Saber”; se señala que el interés por conocer los orígenes “es un hecho (creciente) que no puede ignorarse y

nuevas realidades sociales, muchas otras personas y no sólo las que han sido adoptadas tienen un creciente interés en conocer sus orígenes biológicos<sup>408</sup>.

En definitiva, sobre este aspecto del conocimiento de los orígenes biológicos en relación con la identidad puede decirse que, de todas las cuestiones que podrían conformar la identidad, la que se plantea sin duda como cuestión fundamental para la construcción y concepción de la identidad, e incluso predeterminación, ya sea en sentido amplio existencialista o bien más en sentido narrativo a lo largo de la historia de la persona, es, sin duda, su origen. Y es que, el conocimiento de este origen o la posibilidad, cuanto menos, de conocerlo, parece a todas luces ineludible para que el propio ser humano entienda quién es y sostenga ese ser en sí mismo considerado y distinto de los demás, debiendo poder tener acceso a toda la información para concebirse y entenderse como ser humano.

---

no debería desatenderse”, aunque, inicialmente, fuera concebida como un fracaso de la adopción e incluso una patología del adoptado, ello no es así, puesto que la motivación de la persona adoptada no suele ser la ruptura con la familia adoptante. Destaca que “los motivos para iniciar la búsqueda son comunes a todos los adoptados, con independencia del lugar del que procedan (...). Se trata, por tanto, de valores universalmente compartidos (...). Las manifestaciones de las personas con interés de conocer sus orígenes biológicos son, entre otras, según recoge la investigación, “saber más sobre su origen y las causas de su abandono, o tener un espejo biológico (mirarse en los ojos de la persona que nos dio la vida), (...) construir un sentido de la identidad más completo, (...)”, p. 13-19.

Vid. también, BLAUWHOFF, R.J. (2009) *Foundational facts, relative truths. A comparative law study on children's right to know their genetic origins*, Intersentia. El autor afirma que el niño cree a quien dice que es su padre, que es quien dice ser, su padre, pero “But, of course, for those who ‘know’, this is a facile assumption. How does one face the truth if one has been deceived or has otherwise found sufficient reason to question one’s beliefs, to trust those closest to us?”, p.4.

<sup>408</sup> Es necesario referir que personas interesadas en conocer sus orígenes se han servido de la era digital para poder acceder a información a través de plataformas creadas con esta finalidad, o bien de redes sociales que han servido para acciones relacionadas con la comunicación entre personas que comparten genética. Así, podemos señalar, la plataforma americana <https://donorsiblingregistry.com/> o numerosas páginas en Facebook como “Reencuentro. Buscando familiares biológicos”. O en Francia, con una importante contribución a la reciente abolición del anonimato de los donantes en el recurso a las TRHA, la asociación “Pmanonyme” <https://pmanonyme.asso.fr/livre-de-temoignage-de-lassociation/> (última consulta 01/03/2023). Asimismo, existen múltiples plataformas que ofertan la investigación de los orígenes a través del envío de una prueba de ADN en la que lo contrastan con múltiples resultados para “revelar los orígenes étnicos” y/o “encontrar nuevos familiares”. Una muestra son las siguientes empresas que operan a través de Internet: <https://www.myheritage.es/dna> ; <https://24genetics.es/test-adn-ancestros/> o, entre otras, <https://easydna.es/gps-origins-aprende-tu-historia-familiar/> (última consulta 12/11/2023).

Esta necesidad de abordar como aspecto principal y fundamental el acceso a esta información también se ve corroborada por la categorización del conocimiento de este origen como derecho por el ordenamiento. Así es como el derecho sustantivo se ha venido ocupando, con mayor o menor acierto, del derecho al conocimiento de los orígenes biológicos, ligándolo al derecho a la identidad de la persona, tal y como se analizará en los siguientes apartados del presente capítulo.

## **1.2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES**

De los capítulos anteriores se desprende que el derecho a la identidad de la persona como derecho autónomo resulta invocado por los instrumentos jurídicos de forma ambigua cuando a este se le refiere en sentido global o en su más amplia acepción. Ello, quizá, insisto, por sustentarse en un concepto más bien indeterminado, a la vez que multidimensional<sup>409</sup>, a lo que se le aúna que el concepto de identidad en sí mismo considerado es susceptible de ser atisbado y aprehendido de forma distinta dependiendo del sujeto que lo invoca o del momento histórico o contexto social o disciplina en el que se pretende inferir o dirimir cuál es, o cuál debe ser, su significado.

Más común es que el derecho a la identidad sea formulado en un sentido limitado, o, más bien, focalizado o proyectado de forma concreta en una de sus múltiples manifestaciones. En el capítulo anterior se advierte que el derecho a la identidad de la persona aparece en reiteradas ocasiones fuertemente arraigado como derecho a la identidad de género; así como también como derecho a la identidad conectado al conocimiento de los propios orígenes biológicos, y, asimismo, a su vez, con mayor empeño en protección de las personas menores y de los colectivos considerados más vulnerables, como las personas con discapacidad o las minorías<sup>410</sup>; aunque, dicho sea de paso, de forma todavía dispersa, parcial e insuficiente.

Es necesario referir que, aunque algunos autores se han mostrado reticentes a considerar el derecho a conocer los propios orígenes como derecho integrante del derecho a la identidad personal<sup>411</sup>, gran parte de la doctrina postula que el derecho a

---

<sup>409</sup> Vid. Capítulo I § 2 de la presente investigación.

<sup>410</sup> Vid Capítulo II de la presente investigación.

<sup>411</sup> Vid. op. cit. CIFUENTES, S. (2001) “El pretendido derecho...” , y, op. cit. PINO, G. (2003) *Il diritto...*

conocer los propios orígenes integra el derecho a la identidad, y más concretamente, que se refiere a su vertiente estática<sup>412</sup>.

Si tratamos de situar este origen del ser humano en la identidad, si acogemos de nuevo como posible distinción la de la vertiente estática y dinámica de la misma, podríamos entender también que nuestros orígenes se sitúan con mayor atino en la dimensión estática, toda vez que la información sobre el origen es un elemento invariable, esencialmente inmutable y permanente; como lo son, asimismo, las características físicas u otros datos que también podrían servir a la identificación de la persona, o los datos de filiación -que no tienen por qué ser coincidentes con los datos biológicos-. Todos ellos, pueden ser utilizados, como lo son en nuestro ordenamiento, para identificar a las personas y diferenciarlas de las demás.

Es necesario en este punto incidir en que los datos filiatorios, entendidos como los datos de los progenitores que se señalan en la inscripción del nacimiento de una persona<sup>413</sup> y sobre los que recaen los efectos de la relación jurídica filiatoria no tienen

---

La autora QUESADA GONZÁLEZ, M.C. ya sostenía que el derecho a conocer el verdadero origen biológico debía ser concebido como un derecho de la personalidad, sustentándolo, como lo hace la doctrina alemana, en el principio de la dignidad de la persona -entendida como “faceta estática de esa personalidad, de la que se desprende que todo ser humano, en cuanto tal, merece ser tratado con respeto y deferencia (...)” - y del principio del libre desarrollo de la personalidad -en cuanto a “faceta dinámica de la misma, lo llega a alcanzar la persona potenciando sus posibilidades de actuación, haciendo valer sus derechos, sobre todo los inviolables, que se consideran inherentes a ella”; Vid. QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (1994) “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”. *Anuario de derecho civil*, Vol. 47, nº2, p.246.

<sup>412</sup> Vid. SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades y paternidades” en op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. *Actualización del derecho...*, p.90.

<sup>413</sup> Conforme al artículo 44.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, (BOE-A-2011-12628), “2. La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, *filiación* del inscrito”, Asimismo, en su artículo 44.4 y siguientes se recoge que “4. La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48 -(menores abandonados y menores no inscritos)-, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.

La filiación paterna en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando

por qué coincidir con los progenitores biológicos ni genéticos, pues tal y como ya se ha referido, pueden operar en planos distintos.

Así, aunque, podríamos entender, por su naturaleza, que los orígenes biológicos pueden subsumirse con mayor precisión en la vertiente estática de la identidad, estos cuentan con una ineludible particularidad; los orígenes biológicos y genéticos, si bien pueden servir a la identificación de la persona -cuando coinciden con los datos filiatorios-, resulta que, como ya se ha apuntado, son, a su vez, el sustrato, la propia identidad del ser y sirven de base para la conformación del propio yo.

Volviendo sobre la dimensión estática de la identidad y el encuadre de los orígenes biológicos en ésta, es necesario referir que algunos autores propugnan que el conocimiento de los orígenes tiene proyección también más allá del propio sujeto e incluso afirman que es cambiante, sosteniendo, de un lado, que los demás que sí conocen estos orígenes, esto es, esta historia de la persona, construyen sobre ella misma una noción de quién ella es, proyectando sobre aquélla su mirada “marcada por los datos sobre su origen”<sup>414</sup>, desconocida para la persona en cuestión y; del otro, que este

---

aquellas, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho.

b) Cuando el padre manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

En los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código civil se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna.

5. También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

6. En los casos de filiación adoptiva se hará constar, conforme a la legislación aplicable, la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley.

7. El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable. (...); cuestiones que serán abordadas más adelante. Por último, cabe en este punto indicar que el artículo 49.1 de este mismo texto legal añade que: “1. En la inscripción de nacimiento *constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación*. Constarán asimismo el lugar, fecha y hora del nacimiento y el sexo del nacido (...)”.

<sup>414</sup> Vid. op. cit. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A./ GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Esta es tu historia...* p. 22.

encuadre de los orígenes es cambiante, porque a lo largo de la trayectoria vital de la persona su historia personal se irá reformulando y se planteará nuevas incógnitas<sup>415</sup>, por lo que resulta que, otros autores apuntan que los orígenes biológicos podrían también presentar tintes de elementos más propios de la dimensión dinámica de la identidad.

Prescindiendo de esta posible distinción entre dimensión estática y dinámica, otros autores, aunque todos coincidentes con su realidad multidimensional, se alejan de esta distinción bidimensional y propugnan otras posibles dimensiones de la identidad, tal y como ya se ha referido<sup>416</sup>. Algunos autores conciben a la realidad biológica de la persona propiamente como una de las dimensiones que conforman su identidad, diferenciando en esta primera dimensión de la realidad biológica, a su vez, entre la identidad genética y la identidad filiatoria. La primera se refiere al “patrimonio genético que convierte a la persona en auténtica e irreplicable, y que ha heredado de sus progenitores biológicos”<sup>417</sup>, que puede diferir de la segunda, la de la identidad filiatoria, cuando el contexto familiar en el que se integra el ser humano no coincide con el de sus orígenes biológicos<sup>418</sup>. Sin embargo, otros autores, aunque de forma minoritaria, rechazan otorgar este sentido a la identidad genética<sup>419</sup>.

Sea como fuere, el conocer estos orígenes forma parte de la identidad de la persona, el “resultado del equilibrio entre el sentimiento de semejanza y pertenencia y el de diferencia e individualidad”<sup>420</sup>, una faceta del derecho a la identidad de especial trascendencia, pues “la conciencia de las propias raíces forma parte del desarrollo de la personalidad”<sup>421</sup>; y se ha configurado como derecho, el derecho ligado a la dignidad de

---

<sup>415</sup> Ibidem.

<sup>416</sup> Vid. Capítulo I § 2 de la presente investigación.

<sup>417</sup> Vid. op. cit. ZANNONI, E. (2005) *Prueba del ADN...*

<sup>418</sup> Ibidem.

<sup>419</sup> Para algunos autores, la identidad genética como derecho subjetivo sólo podría ser invocado por la persona que hipotéticamente se hallara privada del mismo en supuestos de ADN no original, por clonación. En este sentido, de forma minoritaria, CUBILLOS VEGA, C. / MEDINA PLANA, R. / KONVALINKA, N. (2016) “Orígenes y revelación: entre derechos e intereses” en JOCILES RUBIO, M.I. et al. *Revelaciones, filiaciones y biotecnologías. Una etnografía sobre la comunicación de los orígenes a los hijos e hijas concebidos mediante donación reproductiva*. Edicions Bellaterra, entienden que no cabría hablar de identidad genética en los supuestos de tratamientos de reproducción asistida.

<sup>420</sup> Vid. op. cit. GÓMEZ BENGOCHEA, M. (2007) *Derecho a la identidad y filiación...*

<sup>421</sup> Ibidem, p.35.



conocer su historia, su patrimonio genético, como datos necesarios para desarrollarse en plenitud y poder desarrollarse con armonía<sup>422</sup>, pues es aquel derecho “que tiene toda persona sobre la verdad de su propia biografía y que comprende, entre otros aspectos, el derecho que tiene todo individuo de conocer su origen biológico”<sup>423</sup>, distinto a lo que en derecho entendemos como “identidad civil”<sup>424</sup>.

Para la mayor parte de la doctrina ambos derechos se hallan ligados, puesto que es la búsqueda de la identidad “uno de los motivos o razones que justifican la búsqueda de la paternidad y maternidad y también el amparo legal a la indagación por el conocimiento de las circunstancias y elementos de la propia generación”<sup>425</sup>, siendo este conocimiento de los orígenes un aspecto que conforma e integra la propia identidad de la persona, pero es aún más, pues es consustancial a la misma, es el “cómo comenzó nuestra existencia”<sup>426</sup>.

---

Vid. también, ROMERO COLOMA, A.M. (2009), *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*. J.M. Bosch editor, Barcelona, que afirma que “El primer derecho del niño, tal y como mantienen los Convenios Internacionales, es el de conocer a su madre, cuando menos, y quedar identificado, siendo, precisamente, la maternidad el factor que más afecta a la identificación de la persona y el derecho a la identidad es, sin duda, uno de los más importantes derechos de la personalidad —cabe decir que no sólo es un derecho, sino que, además, es un bien—, por lo que se ha de procurar al máximo la búsqueda de la verdad material por lo que respecta a la maternidad.”, p.22.

<sup>422</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>423</sup> Vid. op. cit. BARTOLOMÉ TUTOR, A., (2016) “El derecho a la identidad” en MARTÍNEZ GARCÍA, C (Coord.) *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Aranzadi, p. 730. La autora refiere que la identidad genética consiste en la concreta “arquitectura fenotípica” de cada persona, que se halla plenamente imbricada con su identidad, toda vez que, “una muestra biológica puede contribuir a establecer el sexo y el género de una persona, su posible relación con determinada etnia o país, así como las posibilidades que tiene de padecer una determinada enfermedad en el curso de su vida.”, p. 730.

<sup>424</sup> En este sentido, op. cit. COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016), *Dret a conèixer els orígens biològics i genètics de la persona...*

<sup>425</sup> ALES URÍA ACEVEDO, M. M. (2012) *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Vol. 787, p.383.

<sup>426</sup> Ibidem, ALES URÍA ACEVEDO, M.M. (2012). Para la autora, “la protección del derecho a la identidad se fundamenta en la valoración de la dignidad humana: porque todo hombre, en cuanto persona, es digno, es que se exige el respecto a su identidad y porque la identidad está conformada, en parte, por el cómo empezó nuestra existencia (...)”, p. 383. Para la autora, el derecho a la identidad es “la cobertura legal de la aspiración humana de conocer de dónde provenimos”, p. 410.

Así, el derecho de la persona a conocer sus propios orígenes hace referencia a conocer su procedencia genética y biológica y protege su interés por conocer de dónde procede, “cuál es su ascendencia, y las condiciones del nacimiento”<sup>427</sup>; es para algunos autores “un derecho de la personalidad, que forma parte del contenido del derecho a la identidad”.<sup>428</sup>

Por último, es preciso hacer un apunte a la relación con otros derechos y a su posible colisión. Puede afirmarse ya en este punto que existe un conflicto entre el derecho a conocer los propios orígenes y el derecho a la intimidad<sup>429</sup>. En este sentido,

---

Contrariamente, algunos autores, que difieren de los anteriores, como las ya referidas, CUBILLOS VEGA, C. / MEDINA PLANA, R. / KONVALINKA, N. (2016) “Orígenes y revelación: entre derechos e intereses...” se alejan de los argumentos acerca de la necesaria revelación de los orígenes de forma prevalente a la intimidad de los donantes, amparándose en el derecho de identidad de los hijos e hijas “es tan culturalmente construido como el discurso previo en el tiempo que daba prioridad inequívoca al derecho a la intimidad de los padres o como los discursos de otros contextos culturales que obran de manera diversa”, p. 380.

<sup>427</sup> BESSON, S. (2007) “Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights”. *International Journal of Law, Policy and the Family*, nº 21, pp. 137–159

<sup>428</sup> En este sentido, vid. op. cit. GARCÍA VILLALUENGA, L. et al. (2006) *El derecho del adoptado...*, que acogiendo los argumentos de DE CUPIS (1982) aluden a que este autor identificaba los derechos de la personalidad como los “bienes más elevados de la persona” y a su entender, subsumen este derecho a conocer los propios orígenes dentro del derecho de la personalidad y, a la vez, derecho fundamental, a la identidad de la persona. p. 107.

Vid. también, DE LORENZI, M. (2016) “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español ¿una materia pendiente?” *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº1, pp.101-122. La autora entiende que el derecho a conocer los propios orígenes entronca con la identidad personal, es un derecho humano, fundamental y autónomo, pues “La identidad se conforma por esa insondable plétora de características con las que un individuo llega a este mundo que son sus orígenes biológicos (es decir, la herencia genética que derivó en ese embrión que devino persona, sus nexos con el vientre que lo cobijó, etc.) y por otras circunstancias no menos importantes, como los lazos que unen al nacido con los brazos que lo reciben, el calor de aquellos que lo acunan, el pecho que lo alimenta o el amor de quienes velan su sueño. No sólo los orígenes biológicos pero sin duda también los orígenes biológicos responden a la pregunta de quién se es, a la pregunta por la identidad personal”, p. 105.

<sup>429</sup> Vid. op. cit. ROMERO COLOMA, A.M. (2009) *Identidad genética frente a intimidad...* La autora se pregunta como premisa: “¿tenemos las personas derecho a conocer nuestra identidad genética? ¿Existe, efectivamente, un derecho a conocer la identidad materna frente al derecho de la madre a su intimidad y, por tanto, a guardar silencio y reserva sobre esta circunstancia?”, p.13.

cabe de entrada avanzar que la regulación insuficiente entorno a la necesidad de revelar el hecho de la adopción y los orígenes, así como la regla del anonimato del donante en los concebidos por técnicas de reproducción asistida con utilización de material genético donado, si bien parece sostenerse en el derecho a la intimidad, en ocasiones no tiene en cuenta el principio del interés superior de la persona nacida.<sup>430</sup> Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

Algunos autores también han apuntado a la relación existente entre el derecho a conocer los propios orígenes y el derecho a la salud contemplado en el artículo 43.1 de la Constitución Española<sup>431</sup> planteándose que no puede entenderse que el Estado esté garantizando este derecho si no protege el derecho a conocer los propios orígenes, desde una perspectiva de salud mental, entendiéndose que sin conocer quiénes son los propios progenitores no puede afirmarse la estabilidad emocional, siendo que “sin derecho a la identidad genética, no hay salud en su más integral sentido, abarcando ésta no sólo los aspectos puramente físicos, sino también, y de manera muy especial, los psíquicos.”<sup>432</sup>

Relacionado con lo anterior, otros autores han aludido a que al contener la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>433</sup> el

---

<sup>430</sup> En este sentido, vid. ROMERO PAREJA, A. (2020) “El principio de veracidad biológica y la elección del sexo de los hijos según la Ley española de reproducción humana asistida”. *Sanidad Militar*, vol. 76, nº1. El autor postula que: “a favor del principio del anonimato del donante podría argumentarse que la situación de hijo concebido mediante las técnicas de reproducción asistida no es diversa a la del adoptado, aunque lo cierto es que también cabe cuestionar la oportunidad de la norma que impide a los hijos adoptivos conocer la identidad de sus padres biológicos, y ello desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, reconocido en el art. 18 de la Constitución. Pues el derecho a la intimidad implica una facultad positiva; esto es, la de exigir a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para que cada persona pueda conocer efectivamente aspectos fundamentales de su propia vida y, por lo tanto, pueda acceder a los detalles que determinan su identidad como ser humano. Y el origen biológico de la persona es uno de los aspectos de la vida personal y familiar cuyo conocimiento ha de ser garantizado por los poderes públicos de manera efectiva. (...)”, p. 32.

<sup>431</sup> En virtud de este artículo 43. 1 de la Constitución Española “Se reconoce el derecho a la protección de la salud”. BOE-A-1987-31229.

<sup>432</sup> Así, op. cit. ROMERO COLOMA, A.M. (2009) *Identidad genética frente a intimidad...*, p. 41.

<sup>433</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, BOE-A-2002-22188.

mandato de facilitar toda la información disponible relativa a la salud del paciente “no parece admisible que el origen genético pueda ser objeto de ocultación”.<sup>454</sup>

En el siguiente punto será necesario abordar con detalle el marco normativo de este derecho a conocer los propios orígenes. En este análisis, como se verá, se hará más patente aún su conexión y lazos de unión con la identidad del ser humano y su concepción ligada al invocado derecho a la identidad. Asimismo, se advertirá la tendencia a proteger los intereses personales de los donantes y de los progenitores jurídicos por encima del derecho a conocer los propios orígenes de la propia persona que quiere acceder a esta información, quedando relegado este derecho y viéndose flagrantemente conculcado, cuando ya en este momento, es preciso indicar que no puede ser posible eludir este derecho de la persona, que, como tal, debería prevalecer. Sin embargo, como se verá, la preservación de la intimidad -en la que se amparan el posible desconocimiento y el anonimato- dificulta arduamente la posible observancia y protección del mismo. Afortunadamente, cada vez existe más conciencia ante la necesidad de las personas de conocer su origen biológico y la necesidad de comunicarles las circunstancias de su nacimiento y la posibilidad de acceder a la información sobre su historia personal<sup>455</sup>. Al final, como no puede ser de otro modo -*ubi societas ibi ius*-, tarde o temprano, la evolución científica y las nuevas realidades sociales se impondrán a las estructuras rígidas del derecho existentes en la materia que nos ocupa.

### **1.3. ORÍGENES Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO. ¿UN SISTEMA EN PUGNA CON LA CIENCIA?**

Según la Real Academia Española (RAE), el término filiación alude a la “procedencia de los hijos respecto a los padres”<sup>456</sup>. La persona no puede sustraerse a la

---

<sup>454</sup> Vid. RIAÑO-GALÁN, I. / MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C. / GALLEGO RUESTRA, S. (2021) “Cuestiones éticas y legales del anonimato y la confidencialidad en la donación de gametos”. *Anales de Pediatría*, vol. 94, nº5, Asociación Española de Pediatría.

<sup>455</sup> Resulta interesante señalar, en este sentido, la obra op. cit, de JOCILES RUBIO, M.I. et al (2016) *Revelaciones, filiaciones y biotecnologías. Una etnografía sobre la comunicación de los orígenes a los hijos e hijas concebidos mediante donación reproductiva*, Edicions Bellaterra. En esta obra se recogen mecanismos, argumentos e instrumentos para revelar los orígenes genéticos o gestacionales a los hijos e hijas concebidos mediante técnicas de reproducción asistida con donante, sea cual sea.

<sup>456</sup> Vid. Diccionario de la RAE, consultable en: <https://dle.rae.es/filiaci%C3%B3n> (última consulta 10/06/2022)

filiación, pues ella ha sido creada por la unión de células masculinas y femeninas, aunque si bien la filiación biológica “es una relación triangular”<sup>437</sup>, puede que jurídicamente sólo sea determinada respecto de uno de los progenitores. El término filiación, a su vez, es sumamente relevante para el ordenamiento jurídico por cuanto contribuye a la identificación de la persona, la filiación “es inherente a la persona y conforma su dignidad”<sup>438</sup>, configurándose como “una cualidad jurídica personalísima del individuo que determina su identificación en el tráfico jurídico; como tal es irrenunciable, no disponible e imprescriptible”<sup>439</sup>. La determinación filiatoria jurídica se erige, así, como una cuestión de orden público que va encaminada a atribuir a los sujetos el contenido de la filiación. Este contenido atañe, en general, al establecimiento de la relación de parentesco, a la titularidad y ejercicio de la potestad parental, a la asignación de unos apellidos, así como a la adquisición de derechos entre las partes -por ejemplo, el derecho de alimentos o los derechos sucesorios-.

Ahora bien, la procedencia genética no siempre equivale a la relación jurídica filiatoria o social<sup>440</sup> que el ordenamiento otorga. Esta no coincidencia sucederá en los supuestos de adopción, o de concepción por medio de técnicas de reproducción asistidas (TRHA) con intervención de donante -fecundación heteróloga-, entre otros supuestos; en los que opera con gran margen la autonomía de la voluntad en aras de determinar la filiación de la persona nacida; como pueden ser la posibilidad tardía de reconocer ante el Registro Civil a una persona como hija o hijo, que podría dar lugar a lo que se conoce

---

<sup>437</sup> GETE-ALONSO, M.C. (2017) “La filiació (I)” en SOLÉ RESINA, J., / GETE-ALONSO, M.C. *Lliçons de Dret Civil Català III Dret de Família*. Tirant lo Blanch, p.36. Vid. también, GETE-ALONSO, M.C. “La determinación de la filiación. Stato Quo” en op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...*, p.21. En esta obra la autora también recoge que legalmente la relación jurídica filiatoria es triangular no admitiendo otros sujetos, aludiendo a que “la filiación (...) tiene el límite-carácter de ser trilateral (...) por el momento la ley no admite la determinación de la relación filial más que de dos personas (de cada una de ellas con su hija o hijo común). Asimismo, conviene recordar que la pretensión de determinar una filiación diferente, para la misma persona, es ineficaz mientras exista la contradictoria (...)”, p.36.

<sup>438</sup> Vid. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2013) “La filiación” en GETE-ALONSO, M.C. (Dir) / SOLÉ RESINA, J. (Coord.) *Tratado de Derecho de la persona física, Tomo I*, Thomson Reuters Aranzadi, p.308.

<sup>439</sup> Vid. op. cit. GETE-ALONSO, M.C. “La filiació (I)” en SOLÉ RESINA, J., / GETE-ALONSO, M.C. (2017). *Lliçons de Dret Civil...*

<sup>440</sup> Vid. en este sentido, SALAZAR C. (2009) *Vérité biologique et fiction sociale dans l'histoire du droit paternel : Essai d'anthropologie juridique, Défis contemporains de la parenté*. Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris.

como reconocimiento de complacencia<sup>441</sup>; o bien a supuestos de acuerdos privados de procreación<sup>442</sup> que pueden tener virtualidad a través del mecanismo registral -por ejemplo, del reconocimiento o de la posesión de estado-; u otros cuantos supuestos que se hallan carentes de regulación en las que prima la intención o voluntad de las partes y se prescinde del componente biológico<sup>443</sup>; y es que las relaciones generadas por la procreación entre seres humanos y las relaciones de maternidad y paternidad como relaciones jurídicas de filiación no tienen por qué ser coincidentes<sup>444</sup>.

Para que el ordenamiento determine la filiación entre una persona y su madre, o padre, o bien ambos; deberán darse distintos requisitos. Sólo si estos concurren, se determinará la filiación jurídica, dotándose así a las personas entre las que se establece dicha relación jurídica de una serie de derechos, deberes y obligaciones<sup>445</sup>. Esto es así,

---

<sup>441</sup> Se entiende por reconocimiento de complacencia a la declaración de paternidad de una persona a sabiendas de que no es realmente hijo/hija biológico/a.

Para un estudio del tema, puede consultarse op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2013) “La filiación” en GETE-ALONSO, M.C. (Dir.) / SOLÉ RESINA, J. (Coord.) *Tratado de Derecho de la persona física...*, p.326-333.

Vid. también, GALLO VÉLEZ, A.S. (2017) *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*. Monografías de Derecho Civil, Dykinson.

<sup>442</sup> Vid. op. cit. SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades y paternidades” en GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J., *Actualización del derecho de filiación...*, pp. 112-118.

<sup>443</sup> Puede consultarse al respecto, entre otras, PANIZA FULLANA, A. (2017) *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*. Cuadernos de Aranzadi Civil. Mercantil, Thomson Reuters. La autora afirma que “Realidad jurídica y realidad biológica se alejan en casos como los de doble maternidad, más allá de la adopción o de la utilización de las técnicas de reproducción asistida. El juego no sólo de la naturaleza sino también de la declaración de voluntad debe tenerse en cuenta a la hora de analizar con una visión amplia y general este tema”, p. 21. Vid. también en este sentido, op. cit. SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades y paternidades” en GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J., *Actualización del derecho de filiación...*, pp. 112-118; así como en la misma obra, vid. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “Las situaciones no reguladas. Vacíos de regulación”, p.p. 131-209, entre las que la autora menciona cuestiones sobre el régimen de los embriones sobrantes, la transexualidad y los acuerdos y renunciaciones privados, entre otros supuestos.

<sup>444</sup> GETE-ALONSO, M.C. (2021) en op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. *Actualización del derecho de filiación...*, pp.17-18. La autora, afirma “En general, como sucede en cualquier otra relación social desde que alcanza la cualidad de ser jurídica no necesariamente ha de coincidir o ser idéntica a aquella”, p.18.

<sup>445</sup> El contenido de la filiación se halla regulado, en esencia, en los arts. 109 a 111 del CC, así como en el artículo 235-2 CCCat.

porque, tal y como postula GETE-ALONSO, esta filiación jurídica creada por el ordenamiento es “siempre técnica, pese a que se mire (y fundamente) en el patrón de la realidad biológica/genética”<sup>446</sup>.

Así, técnicamente, el sistema de la filiación jurídica se asienta en nuestro ordenamiento en distintos principios, como el de veracidad o de verdad biológica - ya que el sistema filiatorio se inspira en la filiación biológica-; el principio de igualdad entre cualquier tipo de filiación y el principio de *favor filii* o de interés superior de la persona menor. A pesar de ello, en numerosos supuestos, como ya he referido, se abre la puerta a la posibilidad de que se determine la filiación jurídica entre la persona nacida y una persona que, aun teniendo una relación próxima con aquélla, no es su progenitora biológica.

Muchas de estas nuevas situaciones que desde hace años vienen existiendo en nuestra sociedad *-ubi societas ibi ius-* no se hallan suficientemente reguladas, resistiéndose el derecho a atender a estas nuevas estructuras familiares que son incompatibles con el sistema de filiación que perdura y en las que se superan los “axiomas que hoy no se mantienen”<sup>447</sup>. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

---

Acerca de los efectos de la filiación, puede consultarse GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2014) *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch, pp. 115-127.

También puede consultarse, FUGARDO ESTIVILL, J.M. (2018) *Familias monoparentales y relaciones de convivencia*. Volumen III, Parte segunda, Filiación, Tirant lo Blanch, pp. 88-93.

<sup>446</sup> Vid. op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación de la filiación. *Stato Quo*” en GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J., *Actualización del derecho de filiación....* Tirant lo blanch, p. 21.

<sup>447</sup> Tal y como sostiene SOLÉ RESINA (2018), op. cit. “Nuevas maternidades y paternidades. Bases de un nuevo derecho de filiación” en SOLÉ RESINA, J. / ALMADA MOZETIC, V. *Derechos Fundamentales de los menores...*, añadiendo que: “resulta absolutamente incoherente tratar de adaptar el tradicional esquema de la filiación, fundamentado en unos axiomas que hoy no se mantienen, sin efectuar el necesario replanteamiento completo y de raíz de los principios generales del derecho que han de regir la relación de filiación: algunos permanecen intactos (interés superior del menor), otros ganan terreno (respeto al libre desarrollo de la personalidad, derecho a conocer los orígenes biológicos) y otros nuevos parece que tal vez debieran entrar en escena (responsabilidad de todas las personas que intervienen en el proceso de la generación).”, p. 53.

En este sentido, también, vid. TAMAYO HAYA, S. (2015) “Reproducción asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación”, pp. 59-107; SÁNCHEZ MARTINEZ, M. O. (2015) “Maternidades y paternidades escindidas: una nueva cultura de la reproducción”, pp.109-134; ambos capítulos en TAMAYO HAYA, S. et al. (Dir.) *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Editorial Comares. Vid. también, entre otras autoras, LAMM, E (2012) “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación

La no coincidencia entre progenitor jurídico y biológico no entrañaría ningún problema ni suscitaría rechazo si se indicara expresamente que ambos no son coincidentes, con independencia de que se reconociera la relación jurídica filiatoria entre la persona nacida y un progenitor que no es el biológico; pues una cosa es la relación filiatoria y otra la preservación del conocimiento de los orígenes de la persona. Ahora bien, en la determinación de la filiación debería hacerse constar, eso sí, que este progenitor no coincide con el biológico, y, es más, este último debería ser identificado. En nuestro sistema esto respondería a la heterogeneidad del hecho familiar y se explicaría en orden a salvaguardar el derecho a conocer los propios orígenes de la persona. Sobre esta cuestión también se volverá más adelante.

Que los progenitores puedan decidir arrogarse el estatus de progenitor biológico sin serlo no parece cohonestar con el principio de veracidad, máxime cuando, del mismo modo que ocurre generalmente con la madre<sup>448</sup>, la coincidencia genética podría corroborarse fácilmente ateniendo al estado de la ciencia y a la sencillez con la que podría ser practicada una prueba genética de paternidad -de ADN- a la hora de determinar quién es el progenitor biológico. Se avanza que ello evitaría muchas dudas y ulteriores pleitos<sup>449</sup> acerca de la misma, además de, en cualquier caso, preservar y proteger el derecho a conocer los propios orígenes biológicos.

---

derivada de las técnicas de reproducción asistida”. *Revista de Bioética y Derecho*, nº24, pp. 76-91. Consultable en: [https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872012000100008&script=sci\\_abstract&tlng=es](https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872012000100008&script=sci_abstract&tlng=es) (última consulta 22/11/2022)

<sup>448</sup> En nuestro ordenamiento la madre vendrá determinada por la mujer que da a luz, de conformidad con el principio *mater semper certa est*.

<sup>449</sup> La determinación judicial de la filiación podría dirimirse en un proceso civil o penal. Como regla general, se admiten toda clase de pruebas, siendo la prueba más relevante y con un prácticamente nulo margen de error, la del ADN. Ahora bien, la prueba de ADN no tiene carácter obligatorio en nuestro ordenamiento, y ello en base al derecho a la intimidad y a la integridad física proclamada en el art.18 CE. Vid. en este sentido, contrariamente y abogando por la obligatoriedad de la prueba en los procesos de filiación, la obra de la autora QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (2005) “La prueba del ADN en los procesos de filiación”. *Anuario de derecho civil*, Vol. 58, nº2.

No se hace referencia a las acciones civiles de filiación previstas por el ordenamiento para la determinación judicial de la filiación por medio de la interposición de acciones relativas a la reclamación de la filiación -arts. 131 a 134 CC/ arts. 235-20 y 235-21 CCCat- o bien a la impugnación de la filiación -arts. 136 a 141 CC/ 235-23 a 235-29 CCCat-, en aras de obtener una sentencia firme que la determine; habida cuenta de que en estos procedimientos no se plantea, de entrada, una posible colisión con el derecho a conocer los propios orígenes biológicos.



Alcanzado este punto, podría decirse que existe un conflicto entre el derecho y la ciencia. Esto es así porque del planteamiento del diseño de la filiación jurídica que aquí se ha esbozado se infiere, que, aunque la ciencia nos ofrezca medios para corroborar el origen genético de la persona nacida, el ordenamiento no acoge esta posibilidad ni parece plantearse en los mecanismos de determinación de la filiación extrajudicial previstos.

Insisto en que otra cosa cuestionable, pero que trasciende a la presente investigación, es la virtualidad del principio de verdad biológica en la filiación o el reconocimiento de los distintos planos entre progenitor biológico/genético/jurídico y social. Estas apreciaciones, empero, pasarían por reformular o rediseñar los propios principios en los que se asienta la configuración jurídica de la filiación. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante.

Lo cierto es que el incesante avance de la ciencia ha planteado y posibilitado cambios que, antaño, en la época del diseño del sistema de filiación, eran unimaginables. Como he referido, también es necesario atender a todas las realidades sociales que ahora existen y también plantearse la rigidez del sistema de filiación en cuanto determina que sólo existe un padre o una madre, y aunque parece que haga prevalecer al biológico, a la vez, no lo protege con los medios adecuados. Quizá convendría concebir el sistema de filiación integrando las demás realidades familiares, prescindiendo de la del único padre y/o única madre al que se le atribuye la filiación y sus consecuencias<sup>450</sup>. No se trata de

---

Vid. en este sentido, op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2013) “La filiación” en GETE-ALONSO, M.C. (Dir) / SOLÉ RESINA, J. (Coord.) *Tratado de Derecho de la persona física...* Las autoras refieren a la determinación judicial de la filiación ordenando de forma clara y detallada las acciones de reclamación y de impugnación previstas por el ordenamiento estatal y autonómico catalán y navarro, pp. 333-355.

En cuanto a la dificultad que todavía ahora plantea la prueba genética en las acciones judiciales de filiación puede consultarse op. cit. QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (2005) “La prueba del ADN...”. En cuanto a las acciones de filiación y las cuestiones de derecho internacional privado, por exceder del marco de la presente investigación, puede consultarse GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2006) “Derecho a la identidad y filiación: un estudio de Derecho internacional privado y Derecho comparado”. *Icade. Revista De La Facultad De Derecho*, (68), Universidad Pontificia Comillas, pp. 265-268. Consultable en:

<https://revistas.comillas.edu/index.php/revistacade/article/view/7273>

(última consulta 08/06/2022)

<sup>450</sup> En este sentido, vid. THÉRY, I. (2009) “Anonymat des dons d’engendrement, filiation et identité narrative des enfants au temps du démariage”. *Revista de Antropología Social*, n°18, pp. 21-42. La autora afirma, que: “(...) todos estamos, en adelante, potencialmente sometidos a las carencias y contradicciones de una representación de la familia que, pese haber repudiado antaño enérgicamente la aciaga época de las madres solteras y los bastardos, parece retroceder actualmente ante la tarea de instituir un derecho de la filiación a la vez común y pluralista, con el riesgo de quedarnos en la cuneta”.

que el ordenamiento no deba reconocer situaciones en las que el principio de la verdad biológica quede desplazado, como ciertamente ocurre, sino que quizá deban ser reguladas desde otra perspectiva<sup>451</sup>, y siempre teniendo en cuenta el derecho a conocer los propios orígenes para la posible construcción de la identidad.

Todo ello, nos lleva a colegir que la configuración jurídica de la determinación de la filiación extrajudicial es un sistema desfasado y no sirve a la protección del derecho a conocer los propios orígenes de las personas en la sociedad actual, en la que proliferan nuevas realidades familiares que no habían sido contempladas por el ordenamiento. Numerosas situaciones no hallan regulación clara, otras no revisten de la protección necesaria y ello obedece al cambio en los modelos de familia y, en esencia, a la evolución de la sociedad y la coexistencia de realidades sociales que han colapsado el sistema. Por todo ello, deben replantearse los principios del derecho filiatorio con urgencia. La superación del sistema de derecho de filiación tal y como lo veníamos entendiendo es evidente y su quiebra patente cuando el principio de *favor filii* es invocado en los distintos casos en los que se advierten los déficits del sistema tanto en uno como en otro sentido, sirviendo, de forma ambivalente, para sostener argumentos contradictorios<sup>452</sup>.

En la mayoría de estas cuestiones, resulta palmaria la gran distancia entre el derecho y la ciencia. Van por caminos diametralmente opuestos y a velocidades absolutamente distintas. El derecho desoye a la ciencia en la cuestión que nos ocupa. Aunque esta nos advierte de las posibilidades existentes en cuanto al descubrimiento del material genético, la revelación de los orígenes, y la capacidad, entre muchas otras cuestiones, de prevenir problemas de salud, o de los beneficios para la salud mental de conocer los orígenes; el ordenamiento se sigue aferrando a estructuras antiguas y a dogmas que ya no se sostienen. Esto sólo provoca, además de una conculcación de derechos, un retroceso jurídico y social.

---

<sup>451</sup> Vid. la interesante obra citada de GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...* Tirant lo blanch. Entre otras cuestiones, las autoras abogan por la formulación del principio general de responsabilidad de quienes participan en la generación como base de un nuevo derecho de filiación.

<sup>452</sup> Vid. En este sentido, op. cit. PANIZA FULLANA, A. (2017) *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Thomson Reuters Aranzadi. La autora apunta a este hecho y colige que “Difícilmente un mismo principio puede amparar soluciones diferentes, por ello una parte de la doctrina y algunas Sentencias hacen referencia a los límites del interés superior del menor al pretender amparar determinadas soluciones, al menos, discutibles.”, p. 115.

El derecho no puede prescindir de la ciencia y de su evolución ni quedar al margen. La ciencia evoluciona, la sociedad también, y esto debe repercutir en el ordenamiento por su naturaleza consustancial a la misma. Algunas de estas cuestiones tratarán de ser abordadas en el siguiente capítulo de la presente investigación.

#### 1.4. ORÍGENES Y SOCIEDAD ESPAÑOLA

Creo necesario dedicar un apartado a nuestro contexto social puesto que este puede contribuir también a explicar que el derecho a conocer nuestros orígenes tenga un reconocimiento escaso, insuficiente y tardío.

Llegados a este punto es necesario referir que, en nuestro contexto histórico, tradicionalmente el nacimiento de un hijo o hija debía vincularse a la existencia de un matrimonio. Las connotaciones peyorativas que recaían sobre la madre soltera eran insidiosas. El secreto se imponía en las relaciones familiares que no se asentaban en el modelo tradicional. En este sentido, la adopción tampoco estaba socialmente bien considerada<sup>453</sup> y se tendía a la ocultación a terceros y, lo que es más relevante, a la propia persona adoptada. Por no decir que los intentos de buscar los orígenes por parte de estas personas solían fracasar y, además, eran considerados casi como una traición a las familias adoptivas, y esta creencia fue desgraciadamente respaldada por profesionales de la salud mental que solían equiparar tal búsqueda al fracaso de la adopción o incluso considerar esta pretensión como una patología de la persona adoptada<sup>454</sup>.

---

<sup>453</sup> En la op. cit. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A./ GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Esta es tu hitoria...*, las autoras apuntan a que "(...) En relación con la adopción podemos observar cómo, en la cultura mayoritaria de la adopción aún perviven algunos rasgos de la concepción tradicional (...) suponía que la adopción debía ser un recurso al servicio exclusivo de las necesidades y deseos de aquellos matrimonios que no podían tener hijos. (...) y, si después de adoptar se concebía un hijo, la devolución y el rechazo del niño adoptado era considerada normal. El hecho de la adopción era un tabú del que no se podía hablar porque se pretendía crear la ficción de una paternidad biológica, de un nuevo nacimiento, para construir una familia tradicional en la que los vínculos de sangre y el peso de la herencia en el desarrollo eran considerados fundamentales (...)", p. 69. De este modo se protegía a los padres de la aceptación de su infertilidad, del miedo a una "herencia genética mala" y a sus diferencias con el niño, y del temor a perder el amor de su hijo por no ser sus padres "reales" o por la posible intrusión de la madre biológica en la vida de la familia. También se protegía así a las madres biológicas que mantenían en secreto y anonimato un embarazo que, en muchas ocasiones era ilegítimo y causa de marginación social; pero nadie protegía al principal miembro del triángulo adoptivo: el niño.", p.70.

<sup>454</sup> En este sentido, entre otras, op. cit. BARTOLOMÉ TUTOR, A. (2016) "El derecho a la identidad" en MARTÍNEZ GARCÍA, C (Coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la*

Afortunadamente, existe, desde hace décadas, una mayor sensibilización a la hora de abordar esta necesidad de búsqueda personal y de recuperación del propio origen o de la historia personal de la persona<sup>455</sup>, respaldada en los avances de la ciencia y en la promulgación de normas jurídicas que la han legitimado.

En cuanto a la búsqueda de la identidad biológica en nuestro país, es ineludible atender a la necesidad de descubrir el origen derivada del fenómeno denominado “de los bebés robados” que tuvo lugar en la España, desde el final de la guerra civil hasta mediados de los años noventa - que se sepa-, de forma más acusada entre 1940 y 1970, en los que proliferaron horribles prácticas en múltiples lugares del territorio español, de la mano de personal de centros penitenciarios, hospitales o de centros de beneficencia. Dichas prácticas consistían en hacer creer a las madres que acababan de dar a luz que sus bebés recién nacidos habían fallecido, negándose a mostrarles el supuesto cuerpo sin vida, para posteriormente entregar estos recién nacidos a familias que, generalmente, tenían dificultades para tener hijos; a cambio de un precio para los artífices y facilitadores. Estas desapariciones forzadas de bebés y ulterior modificación de su identidad, han privado a miles de niños y niñas de ser cuidados por su familia natural y de conocer su origen, pues muchas personas afectadas nunca sabrán que este horrible hecho ocurrió<sup>456</sup>, otros nunca encontrarán a sus familias ni conocerán su origen

---

*adolescencia...*; vid. también, op. cit. RIAÑO-GALÁN, I. / MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C. / GALLEGO RIESTRA, S. (2021) “Cuestiones éticas y legales del anonimato...”.

<sup>455</sup> Ibidem, BARTOLOMÉ TUTOR, A. (2016) “El derecho a la identidad”, p. 732.

<sup>456</sup> Respecto a este hecho alerta *Amnistía Internacional*, puede consultarse el Informe de AMNISTÍA INTERNACIONAL (2021) *Tiempo de verdad y de justicia. Vulneraciones de derechos humanos en los casos de “bebés robados”*. Consultable en:

<https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2021/03/Informe-beb%C3%A9s-robados.pdf> (última consulta 15/06/2022).

El Estado español dada la magnitud de estas vulneraciones, puso en marcha un “Servicio de Información a Afectados por la posible Sustracción de Recién Nacidos”, con el objetivo de detectar compatibilidades genéticas entre los perfiles a los que tiene acceso para poder detectar posibles casos de “filiación natural”. Puede consultarse en:

<https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/victimas/servicio-informacion> (última consulta 01/08/2022).

Según el gobierno, “Desde 2013, el Servicio de Información a Afectados por la Posible Sustracción de Recién Nacidos ha incoado 876 expedientes sobre 'bebés robados', de los que solo en once casos ha sido posible el reencuentro entre familiares biológicos.”. Puede leerse la nota de prensa publicada, de fecha 20/03/2019, en:

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/200319-bebes.aspx> (última consulta 01/08/2022).

---

Vid también, en cuanto a los niños perdidos o robados en el franquismo, que “son también parte de las víctimas del franquismo: se trata de hijos de presos cuyos apellidos fueron modificados para permitir su adopción por familias adictas al régimen” según la Declaración de condena de la dictadura franquista de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Recomendación 1736) de 17 de marzo de 2006, puede destacarse el Auto de fecha 18 de noviembre de 2008, por el Juzgado Central de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional de Madrid en el procedimiento sumario 53/2008. ECLI:ES:AN:2008:67A. El Magistrado Baltasar Garzón destaca que “Esta declaración nos pone ante hechos verdaderamente graves y que durante más de 60 años no han sido objeto de la más mínima investigación, específicamente tras la entrada en vigor de la Constitución (30 de diciembre de 1979) y después de haber desaparecido los obstáculos que durante toda la dictadura habrían impedido indagar esta peculiar forma española de desaparición “legal” de personas durante la guerra y más especialmente en la posguerra hasta la década de los años cincuenta, a través de una andamiaje pseudo jurídico que, presuntamente, dio cobertura a la sustracción sistemática de niños, hijos de presas republicanas por razones políticas y de republicanos exiliados que fueron a parar a campos de concentración nazis e hijos que legalmente, con amparo de la Cruz Roja y mediante métodos legales y humanitarios habían sido trasladados de España a otros países para evitar los rigores de la guerra, y, que posteriormente fueron repatriados, como se dirá, sin que, en múltiples casos, los hijos quedaran bajo la tutela o custodia de sus padres o familias originarias sino en instituciones públicas y en adopción, sin que el Estado y sus autoridades, en esa época, hicieran algo diferente a ofrecer cobertura legal para que esta segregación-desaparición y pérdida de identidad se consumara. (FJ 7).

Al respecto, puede consultarse la noticia “España reconoce por primera vez como víctimas del franquismo a los “niños robados” en la dictadura, Euronews, 06/10/2022.  
<https://es.euronews.com/2022/10/06/espana-reconoce-por-primera-vez-como-victimas-del-franquismo-a-los-ninos-robados-en-la-dic> (última consulta 20/10/2022).

En este sentido, cabe también traer a colación, en el ámbito del ordenamiento catalán, la Ley 16/2020, de 22 de diciembre, de la desaparición forzada de menores en Cataluña, DOGC nº 8303, de 24/12/2020, BOE-A-2021-463, en cuyo Preámbulo se hace constar que “En el período 1938-1952, las autoridades franquistas y el contexto político del momento propiciaron que en el ámbito de la psiquiatría adquiriesen especial relevancia doctrinas inspiradas en métodos importados de la Alemania nacionalsocialista. Estas doctrinas propiciaron la elaboración de estudios que tuvieron mucha influencia sobre el modo en el que debían ser tratadas las mujeres encarceladas y cómo había que apartarlas de sus hijos e hijas para que estos no fuesen contagiados en su educación por la ideología antipatriótica de sus madres (...) Franco contó con la conformidad de la Iglesia católica, que consideraba la Guerra como una cruzada de liberación nacional. La cárcel, el cuartel, el manicomio, la escuela y el púlpito fueron los dominios de clérigos, monjas, militares y psiquiatras seguidores de unos métodos nazis (...) a Orden ministerial de 4 de diciembre de 1941 permitía inscribir y dar nombre en el Registro Civil, con una fecha de nacimiento aproximada a la real y de padres desconocidos, a cualquier menor supuestamente no identificado. Esta norma permitió cambiar la identidad de niños nacidos de madres republicanas y, entre ellos, la de los bebés raptados a sus madres en las cárceles antes de los tres años. En el período 1953-1977, en el marco mental e ideológico del nacionalcatolicismo y con instituciones como el Patronato de Protección de la Mujer, presidido por Carmen Polo de Franco, la mecánica de sustracción de menores se centró en mujeres pobres, a menudo llegadas de zonas rurales a servir a las ciudades. En la mayoría de los casos, se trataba de madres menores de edad y solteras, así como mujeres desafectadas al régimen o con una conducta social que se consideraba moralmente reprobable, que el régimen consideraba peligrosas, y madres elegidas

biológico; ni la mayor parte de familiares que intuyen haber sido víctimas cuentan tampoco con información alguna para poder iniciar su búsqueda<sup>457</sup>. Estos hechos traumáticos para nuestra historia motivaron que la identificación de madre e hijo/hija fuera registrada tras el parto por los facultativos intervinientes<sup>458</sup>.

Tal y como ya se ha avanzado, en España, al igual que en otros ordenamientos<sup>459</sup>, se acoge el principio de veracidad biológica respecto de la madre que da a luz. Al igual que en la mayor parte de ordenamientos jurídicos europeos<sup>460</sup> rige el principio de *mater semper certa est*, toda vez que la filiación materna viene determinada por la mujer que

---

porque se necesitaba un bebé recién nacido para una familia que quería pagar para adquirirlo. Fue el momento en que se estandarizó el formato del «bebé muerto» ante la previsión de la negación de la madre a entregarlo voluntariamente. Hubo asimismo adopciones irregulares de niños que sufrieron catástrofes naturales, como algunos de los que sobrevivieron a las riadas del Vallès de 1962 o a las nevadas de Barcelona del mismo año, y que los familiares no pudieron localizar. Ya en democracia, las sustracciones continuaron, como mínimo, hasta los siguientes cambios normativos (...)”.

Muchas personas jamás conocerán que fueron víctimas, muchas otras, que lo intuyen o lo pueden comprobar, jamás podrán contactar con su familia biológica. El Estado no ha protegido debidamente a las víctimas ni se prevé que vaya a actuar más allá de las acciones que ha llevado a cabo y que ya han sido referidas.

<sup>458</sup> Tal y como se explicita en la Exposición de Motivos de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE-A-2015-7851, que vino a modificar el artículo 46 de la Ley, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC). BOE-A-2011-12628.

<sup>459</sup> Para un estudio de derecho comparado respecto a la filiación materna desconocida y a la adopción en derecho comparado, resulta muy interesante la lectura, entre otras obras, de FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2016) *Tesis doctoral inédita: el derecho a la identidad: tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*, Universidad de Cantabria. Consultable en: <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/8437> (última consulta 26/06/2022).

Vid. también, op. cit. GARCÍA VILLALUENGA, L. et al. (2006) *El derecho del adoptado...*, en la que se hace referencia al sistema previsto para el reconocimiento del adoptado a conocer sus orígenes en el derecho de EE. UU, Inglaterra y Gales, Francia, Italia, Suiza y Alemania, pp. 21-66.

<sup>460</sup> Es el principio clásico que rige en estados europeos como Alemania, Austria, Bélgica, Grecia, Holanda, Portugal, Hungría, Suiza, Dinamarca o Reino Unido. En otros estados, como Italia o Francia, rige la tendencia minoritaria de desviarse de este principio, permitiendo a la madre ocultar su identidad. Para un estudio exhaustivo de derecho comparado entorno a la cuestión, puede consultarse también, entre otras, la op. cit. GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Derecho a la identidad y filiación: un estudio...*, p.132.

da a luz al nacido, no permitiéndose ya el parto anónimo<sup>461</sup>. Ciertamente es, que, con posterioridad al parto, la madre puede renunciar a ejercer sus derechos<sup>462</sup> con motivo de la filiación, lo que provocaría la publicidad restringida de la maternidad. Posteriormente, la persona menor podría ser adoptada.

---

<sup>461</sup> Tras la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) núm. 776/1999, de 21 de septiembre, ECLI:ES:TS:1999:5672, que vino a declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de los artículos 47 de la anterior Ley del Registro Civil, la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE-A-1957-7537), así como de los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE-A-1958-18486), que posibilitaban la ocultación de la identidad de la madre si mostraba su voluntad. En estas normas, preconstitucionales, algunos de sus mandatos contravenían el tenor del artículo 39.2 de la Constitución Española (principio de libre investigación de la paternidad), así como el del artículo 14 del mismo texto legal (principio de igualdad), el del artículo 10 CE (dignidad); así como el artículo 24.1 CE (prohibición de la indefensión). Esta sentencia será analizada de forma detallada en otro apartado de la presente investigación.

El fundamento histórico del parto anónimo reside, para muchos autores, en la deshonra o deshonor de ser madre soltera arraigado en nuestra historia. Para otros, las razones de sostener el parto anónimo se explican en torno al principio de igualdad padre-madre, ya que se pretende equiparar el necesario reconocimiento del padre al de la madre, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

A tenor del ya derogado artículo 47 de la anterior LRC, la madre no casada que había dado a luz, aunque quedaba determinada en la historia registral de la persona nacida al ser recogida en el parte médico, podía “desconocer” la filiación si en un plazo de quince días desde la notificación de la inscripción manifestaba la madre su desconocimiento.

En virtud del no aplicable artículo 167 RRC, que data de 1958, la madre podía guardar su anonimato y su identidad no constaba en el parte médico (parto anónimo), lo que dificultaba la prueba del parto, la identificación del hijo y la posibilidad de este de acceder al conocimiento de sus orígenes maternos y paternos. Por no hablar de la posibilidad del padre o de otros miembros de la familia de acceder a la identificación del nacido/a. En estos casos la persona nacida, generalmente, pasaba a estar a cargo de una institución y su derecho a conocer sus orígenes brillaba por su ausencia, pues no existía constancia alguna al no figurar los datos de la madre ni siquiera en el parte médico, no pudiendo, entonces, tener acceso siquiera, aunque fuera de forma reservada, al Registro Civil.

<sup>462</sup> En cuanto a la renuncia a la maternidad, vid el interesante capítulo de GETE-ALONSO, M.C. (2019) “La renuncia a la maternidad” en GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir) *Mujer, maternidad y derecho, V Congreso sobre la feminización del Derecho. Carmona V. Tirant lo blanch*. Tal y como postula la autora, esta renuncia al ejercicio de los derechos derivados de la filiación “alcanza no a la condición de madre ni al ser nacido sino al ejercicio del contenido de la relación jurídica. (...) en el régimen actual la maternidad se determina siempre oficialmente desde el parto, de donde lo lógico es que el objeto de la renuncia afecte al contenido de la relación de filiación”, p. 469. Tal y como afirma la autora, la renuncia al ejercicio de los derechos para con su hijo no pueden afectar a sus deberes, que “perviven, en tanto que continúe la titularidad de la potestad, los deberes de cuidar y velar por los hijos, y proporcionar su sustento, habitación y la obligación alimenticia propia de la potestad (...)”, p.473.

En nuestro ordenamiento, la estructura clásica sobre la que gravita la formación de una familia y la generación de vida humana está formada por la unión matrimonial entre un hombre y una mujer. Este dogma, sobre el que se asienta el derecho de filiación y sobre el que, como se ha apuntado, de forma incomprensible, todavía operan las presunciones de paternidad<sup>463</sup>, que distinguen entre filiación matrimonial y no matrimonial, no es coherente con la realidad social imperante; en la que, más allá de la concepción en una unión matrimonial o extramatrimonial entre hombre y mujer, ya sea biológica o bien por medio del mecanismo de la adopción -como ficción jurídica equiparable-, existen múltiples tipos de familia<sup>464</sup> formadas por personas de distinto o del mismo sexo.

Tradicionalmente, el origen biológico podría resultar desconocido en los casos de desconocimiento de uno de los progenitores, generalmente el padre, o de ambos, o bien en los casos de adopción. En aquella sociedad, como ya se ha referido, la regla era el secreto<sup>465</sup>, la invisibilización de los derechos de los hijos en *pro* de la protección de determinados valores familiares arraigados en épocas anteriores. Ahora bien, este marco del origen genético desconocido se amplía considerablemente con el desarrollo del campo de la genética y la posibilidad jurídica de formar una familia más allá del modelo heteroparental<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> Se recogen y permanecen vigentes dichas presunciones en la normativa civil, tal y como se especificará en el análisis normativo que se contiene en este capítulo. Estas presunciones, aunque facilitan la determinación o imputación de una concreta filiación a las personas nacidas, está fundada en unos principios totalmente desfasados y no acordes con el estado de la ciencia. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

<sup>464</sup> Se pone de relieve en el Anteproyecto de Ley de Familias la necesidad de reconocer la existencia de múltiples estructuras o formas familiares, en el que se pretende una mayor e igual protección de las familias, constando en su “Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN)”, que: “La realidad social muestra claramente que las modalidades de convivencia familiar se han ido diversificando y que con los años han ido ganando reconocimiento legal y legitimidad social otros modelos no basados en el matrimonio formado por un hombre y una mujer”, p. 10. Vid. Anteproyecto de Ley de Familias, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2023, consultable en: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/apl-ley-familias.pdf> (última consulta 21/02/2023).

<sup>465</sup> Y, téngase en cuenta que, tal y como alertan en op. cit. RIAÑO-GALÁN, I. / MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C. / GALLEGO RIESTRA, S. (2021) “Cuestiones éticas y legales del anonimato...” “Intimidad no es sinónimo de secreto. Los padres deben informar a sus hijos sobre su origen de forma veraz y honesta. Los profesionales sanitarios proporcionarán apoyos y estrategias a los padres que les faciliten comunicar la «verdad biológica» a sus hijos en el momento y forma más adecuado”.

<sup>466</sup> Vid. op. cit. JOCILES RUBIO, M.I. et al (2016) *Revelaciones, filiaciones...*, p. 13.



Las nuevas formas de familia se apartan, no sin reticencias, de esta estructura tradicional canónica y su realidad social no encuentra encaje en el ordenamiento, que se halla totalmente anclado en el pasado. Los nuevos modelos de familia proliferan al margen del derecho, son “útilmente desafiadas y se reinventan”<sup>467</sup> siendo imprescindible que las nuevas realidades puedan ser reguladas en protección de los intereses de las personas menores y que el sistema que las regule sea replanteado por completo debiendo reformularse los principios del derecho relativos a la filiación<sup>468</sup>.

A toda esta conjunción de nuevas realidades familiares jurídicas, se le aúna la frenética e imparable evolución científica de la genética. Incluso algunos autores apuntan a que parece que de la tradición civilista romana de la consanguineidad hayamos pasado al mandato de la ciencia<sup>469</sup>, en la que, en el tema que nos ocupa, tienen especial relevancia el ADN y la evolución de la genética.<sup>470</sup>

---

<sup>467</sup> BUTLER, J. (2008) *Deshacer el género*. Paidós, p. 165.

<sup>468</sup> En este sentido, vid. el interesante capítulo de SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades y paternidades” en op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...*, pp. 71-81.

En este sentido también, el COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016), *Dret a conèixer els orígens biològics i genètics de la persona*, Generalitat de Catalunya, op. cit., En este documento, aprobado en la 97ª reunión plenaria de 24/02/2016, recogen los expertos que: “Las nuevas realidades sociales y modelos de familia nos abren nuevos interrogantes acerca de las expectativas de las personas implicadas. Nos preguntamos sobre cuál es hoy día la función parental, qué responsabilidades asumen las personas que participan en el proceso de reproducción y ejercen el rol de padre y madre, y sobre todo dónde quedan los derechos de las personas nacidas de origen biológico o genético distinto al de sus padres.”, p. 3.

Vid. también, op. cit. CUBILLOS VEGA, C. et al. (2016) “Orígenes y revelación: entre derechos e intereses” en la op. cit. JOCILES RUBIO, M.I. et al. *Revelaciones, filiaciones ....* Las autoras en este capítulo indican que la revelación a los hijos e hijas que han sido concebidos con material genético donado es una cuestión cultural que tiene mayor arraigo e en el mundo occidental y en la que confluyen distintos intereses, como los intereses de los donantes, los receptores y los niños o niñas nacidos; los intereses económicos de los donantes, las clínicas y agencias; así como los intereses religiosos, éticos o morales de los distintos agentes que intervienen, p.348.

<sup>469</sup> Ibidem, p. 352.

<sup>470</sup> Vid. THOMPSON, C. (2005) *Making Parents The Ontological Choreography of Reproductive Technologies*. MIT Press, Cambridge. En este sentido, se refiere a la “biomedicalización de la sociedad”.

Las investigaciones en el campo de la genética posibilitaron la existencia y la proliferación de la técnica de la reproducción asistida<sup>471</sup>. En este sentido, en España fue promulgada la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida<sup>472</sup>, que fue derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de

---

<sup>471</sup> La primera persona concebida y nacida por la técnica de la fecundación in vitro en España nació en fecha 12/07/1984 en Barcelona. A nivel mundial, el nacimiento de la primera persona por medio de la utilización de esta técnica tuvo lugar el 25/07/1978 en Inglaterra. Puede leerse la noticia de este nacimiento en la revista *Time*, “*Medicine: Test-tube baby: it’s a girl. All goes well in Britain celebration birth*”, de fecha 07/08/1978, consultable en:

<https://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,948239,00.html> (última consulta 1/08/2022)

O, de la misma revista, la noticia “*Brave New Baby*”, de fecha 31/03/2003, consultable en:

[http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,1977881\\_1977891\\_1978547,00.html](http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,1977881_1977891_1978547,00.html) (última consulta 1/08/2022)

En 2022, en Estados Unidos, nacieron dos gemelos de embriones que habían sido congelados en el año 1992, esto es, treinta años atrás, incluso antes de que sus progenitores jurídicos nacieran. Puede leerse la noticia en <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-63718914> (última consulta 25/11/2022)

Por la técnica de criopreservación y descongelación de embriones el nacimiento de la primera persona concebida por el uso de esta técnica a nivel mundial fue en Australia en 1983.

En España, en 1987 en Barcelona.

A parte de estas técnicas, también se ha desarrollado la técnica de la congelación y descongelación de ovocitos, y la microinyección espermática (ICSI).

A su vez, también cabe destacar las aplicaciones clínicas de diagnóstico genético preimplantacional (DGP), como la posibilidad de intervención en espermatozoides de hombres seropositivos para poder concebir bebés sanos o bien la intervención para que nazca un bebé sano de progenitores portadores de fibrosis quística (En 2012, en cuyo proyecto intervino la *Universitat Autònoma de Barcelona*). Puede consultarse la noticia en:

<https://www.uab.cat/web/detalle-noticia/nacen-gemelos-sin-una-patologia-hereditaria-1345680342040.html?articleId=1345645005573> (última consulta 28/07/2022).

En nuestro país también se ha aplicado con éxito para la concepción de bebés cuyos padres estaban afectados por la enfermedad de *Huntington*, o para tratar a un hermano con una anemia congénita severa (*beta-talasemia mayor*); o también trasplantes de tejido ovárico.

Para más detalle, puede consultarse la obra de CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (2021) *Reproducción humana asistida y anonimato: ¿Violación o excepción al principio de verdad biológica?*. Thomson Reuters Aranzadi, p. 24-27.

<sup>472</sup> Vid. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, BOE-A-1988-27108; modificada parcialmente por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, BOE-A-2003-21341, y derogadas ambas por la actualmente vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), BOE-A-2006-9292. Puede consultarse información de la “Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida” en el Ministerio de Sanidad con carácter consultivo en:

<https://cnrha.sanidad.gob.es/> (última consulta 18/06/2022).

reproducción humana asistida<sup>473</sup>. En la anterior Ley 35/1988 se previó la creación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida<sup>474</sup>, que fue creada en el año 1997. Las técnicas de reproducción asistida aceptadas y reguladas en esta ley se basan en la donación gratuita de material genético -óvulos o espermatozoides- por parte de terceros a centros especializados (Art. 4) por medio de contratos de donación (Art. 5). Las técnicas de fecundación son las que se reconocen en el Anexo de la norma, siendo los más comunes, la inseminación artificial, la fecundación in vitro y posterior transferencia embrionaria al útero, o la ovodonación<sup>475</sup>. En el uso de estas técnicas el material genético puede ser el de los propios futuros progenitores, que acudan a estos centros para lograr la concepción, o bien, puede lograrse la concepción con material genético de uno de ellos y de un tercero, que es un donante anónimo -ya sea de ovocitos o de espermatozoides-. Si la concepción se realiza con material donado, lo que se conoce como, la ya referida, fecundación heteróloga, rige el anonimato, salvo situaciones muy excepcionales, como las situaciones de riesgo para la vida o la salud de los hijos<sup>476</sup>. La actual legislación sobre la materia no se halla exenta de problemática. Algunos autores la han calificado de sumamente laxa y señalan que ello ha propiciado que España se erija como uno de los destinos preferentes para realizar este tipo de tratamientos<sup>477</sup>, también señalan algunos problemas que no encuentran regulación en la norma y que requieren

---

<sup>473</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). BOE-A-2006-9292.

<sup>474</sup> La *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* fue creada en virtud del Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, BOE-A-1997-6157. Esta norma fue derogada por el Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. BOE-A-2010-1705.

<sup>475</sup> En supuestos de óvulos se pueden dar distintos supuestos. Los óvulos de una donante anónima pueden ser fecundados con el semen de la pareja de la paciente o bien de otro donante y, los embriones que se obtienen son transferidos al útero de la mujer. En parejas de mujeres también suele ser frecuente que una de ellas aporte el óvulo para que sea fecundado por esperma de donante y una vez se genere el embrión, este será implantado a la otra mujer para su gestación -método ROPA (recepción de óvulo de pareja)-.

<sup>476</sup> A diferencia de la persona adoptada, que podrá tener acceso a información de sus progenitores si así lo solicita, lo que plantea una diferenciación notable entre ambos supuestos.

<sup>477</sup> En este sentido, vid. MÚRTULA LAFUENTE, V. / BUSTOS MORENO, Y. (Coord.) (2021) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson.

un tratamiento por el ordenamiento, como el destino de los preembriones crioconservados en supuestos de separación o divorcio de la pareja, entre otros<sup>478</sup>.

El uso de estas técnicas, que ya no se dirigen solamente a personas con problemas de infertilidad, sino que también posibilita la concepción a otras realidades familiares, también se destina al tratamiento de enfermedades genéticas, siendo capaces de prevenir la transmisión de determinadas patologías. Todo ello ha puesto en entresijo a algunos de los principios o estructuras en las que se asienta nuestro Derecho<sup>479</sup>.

Así, en la actual realidad social, en un contexto en el que los progenitores pueden ser tanto un hombre o una mujer, como una pareja de hombres, una pareja de mujeres o bien puede tratarse de un único progenitor, ya sea hombre o mujer; o situaciones de pluriparentalidad en las que se plantean acuerdos para procrear; el mantenimiento de un sistema de determinación de la filiación asentado en un modelo desfasado no tiene ningún sentido, y lo que es peor, provoca desajustes que generan vulneraciones de derechos.

En la procreación en el seno de algunos de estos nuevos modelos familiares el recurso al material genético de un tercero -ya sea anónimo o de un conocido- resultará

---

<sup>478</sup> Ibidem. En este sentido, en concreto, vid. ALGARRA PRATS, E. (2021) “La regulación de la utilización de preembriones conservados” en op. cit. MÚRTULA LAFUENTE, V. / BUSTOS MORENO, Y. (Coord.) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*. Dykinson, pp. 17-67.

Vid. también, GETE-ALONSO (2021) “Las situaciones no reguladas. Vacíos de regulación” en op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J., *Actualización del derecho de filiación...*, pp. 132-152.

<sup>479</sup> El Comité de Bioética de España, en este sentido, afirmaba en su, ya citado, *Informe sobre el derecho de los hijos nacidos a las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos* de 15/01/2020, que: “Las mismas técnicas (...) también es cierto que han removido y alterado muchos de los elementos que han venido caracterizando a las instituciones más consustanciales a nuestra forma de vida en comunidad y con las que hemos convivido durante siglos, poniendo en solfa principios que, consagrados siglos atrás y con los que hemos venido operando no solo en Europa sino en todo el mundo, como el brocardo procedente del Derecho Romano, *mater semper certa est*. El rápido avance de tales técnicas tiene importantes implicaciones económicas, culturales, científicas, éticas y legales que afectan a lo más profundo de las instituciones y valores sociales, alterando muchos de los paradigmas en el ámbito de la paternidad y la familia. El propio acto de procrear no es ya solo un evento natural de la máxima relevancia, en la medida que da lugar a un nuevo ser humano, sino que también se plantea como un deseo transformado en derecho. Incluso, en algunos casos, la propia gestación no es ya el primer encuentro de la madre y el hijo, al poder ser ofrecida, al amparo de las técnicas de reproducción humana asistida, por una tercera persona. (...), p.6.

obvio, en otros supuestos, no tanto. Estudios de la década de los noventa<sup>480</sup> evidenciaban una tendencia a la ocultación por parte de las familias heteroparentales que recurrían a material genético de terceros para poder concebir. Afortunadamente, esta necesidad de ocultación ha ido atenuándose, aunque todavía se cierne sobre estos supuestos la sombra del estigma que pudiera suponer para algunas familias el recurrir a la donación de material genético, por las implicaciones sociales, religiosas, o psicológicas - fundamentalmente miedo al rechazo por parte del concebido al progenitor que no ha aportado material genético, o rechazo de la familia, entre otros-, con las devastadoras implicaciones psicológicas que el engaño o la no revelación de la identidad real pudieren comportar, pues deviene esencial la construcción de un vínculo seguro y saludable entre progenitores e hijos, siendo recomendable comunicar esta circunstancia<sup>481</sup>. Es necesario apuntar también en este punto que, la escucha de la persona menor debe ser promovida desde edades muy tempranas<sup>482</sup>.

De momento, el anonimato de la persona donante en España se halla profundamente arraigado<sup>483</sup>, aunque debe referirse ya que el Comité de Bioética de

---

<sup>480</sup> Pueden consultarse, entre otros, los resultados obtenidos por los investigadores GOLOMBOK, S. / BREWAEYS, A. / GUERRA, D. et al (1996) "The European study of assisted reproduction families: family functioning and child development". *Human Reproduction*, vol<sup>o</sup> 11, n<sup>o</sup> 10, p- 2324-2331. En el estudio consta que la mayor parte de las familias estudiadas (Reino Unido, Italia, España y Países Bajos) había omitido -ocultado- al hijo o hija el recurso a material genético de un donante: "Not one of the parents with a child conceived by DI in any of the four countries studied had told their child about his or her method of conception. When mothers were asked whether they planned to tell their child in the future, most (75%) reported that they had definitely decided not to tell, 13% were undecided, and only 12% planned to tell their child(...)"

<sup>481</sup> Tal y como se afirma desde la psicología, por URDAPILLETA, L. (2004) "Derecho a la identidad en personas nacidas por donación de gametos. Aspectos legales y psicológicos". *Reproducción Humana, Revista de la Federación Latinoamericana de sociedades de esterilidad y fertilidad*, Vol. 4, n<sup>o</sup> 2, pp.21-27.

<sup>482</sup> En la op. cit. RIAÑO-GALÁN, I. / MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C. / GALLEGO RUESTRA, S. (2021) "Cuestiones éticas y legales del anonimato...", desde la medicina, los profesionales indican que "numerosos estudios analizan la conveniencia de que los padres informen a sus hijos sobre su concepción mediante gametos donados. Esta información, que asumen bien a edades tempranas (hacia los 3-4 años), durante la adolescencia o la edad adulta suele ser traumática, difícil; muchos hijos expresan que querrían haber sido informados por sus padres cuando eran niños, ~ tener información sobre el donante e incluso encontrarse con él y sus posibles hermanos (...)." "Construir valores como la confianza y la verdad en el ámbito de las relaciones familiares o la responsabilidad, la honestidad y la transparencia en el científico, requiere poner a los hijos, grandes olvidados y parte más vulnerable, en el centro del debate."

<sup>483</sup> España se resiste en mantener el anonimato de los donantes, mientras que otros estados recientemente abogan por un mayor respeto del derecho a conocer los orígenes, y, por ende, del derecho a la identidad, de los nacidos por medio de estas técnicas con material genético donado.

España emitió en el año 2020 un Informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos en el que abogaba por la supresión del anonimato de los donantes en aras de posibilitar “el ejercicio de su derecho a la identidad y a conocer su origen biológico”, proponiendo no sólo “un cambio legal, sino, sobre todo, un verdadero cambio de cultura en el ámbito de la reproducción humana asistida y de las relaciones entre los padres, los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida y los progenitores”<sup>484</sup>. Especialistas de la medicina también abogan por un cambio de paradigma y por “construir valores como la confianza y la verdad en el ámbito de las relaciones familiares desde la responsabilidad” que “requiere colocar a los hijos, grandes olvidados y parte más vulnerable, en el centro del debate”<sup>485</sup>. También, en este sentido, cabe citar la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa nº 2156 (2019) relativa a la donación anónima de esperma y óvulos<sup>486</sup>, que plantea abiertamente la necesidad de que rija el principio de la prohibición del anonimato para garantizar el derecho del concebido al acceso a sus orígenes<sup>487</sup>. Conviene también, en este sentido, aunque desde el prisma del *common law* traer a colación el contenido del *Informe Nuffield* sobre bioética<sup>488</sup> de 2013, que, contrariamente, proyecta la necesidad de que la decisión de revelar la información de la persona donante deba ser tomada por cada familia, ateniendo a la diversidad familiar y a la compleja confluencia de intereses que se

---

Así, pusieron fin al anonimato, entre otros, Finlandia (2006) Noruega (2003), Países Bajos (2004), Reino Unido (2005), Portugal (2018) y Francia (2022).

<sup>484</sup> Vid. op. cit. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020), Informe del *Comité de Bioética de España* sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos, de 15/01/2020.

<sup>485</sup> Vid. en este sentido, op. cit. RIAÑO-GALÁN, I. / MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C. / GALLEGO RIESTRA, S. (2021) “Cuestiones éticas y legales del anonimato...”.

<sup>486</sup> Vid. Council of Europe. Recommendation 2156 (2019) Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children, consultable en: <https://pace.coe.int/pdf/b51082401b5728bcd4700d347e6a9e1e8cbb3865b2be482126cc6dc070712f66/recommendation%202156.pdf> (última consulta 30/07/2022)

<sup>487</sup> Sobre los principios que propone la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se volverá más adelante.

<sup>488</sup> Emanado del *Nuffield Council on Bioethics*, organismo anglosajón privado con reputación internacional. Vid. NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS (2013) *Donor conception; ethical aspects of information sharing*. Consultable en: [https://www.nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/2014/06/Donor\\_conception\\_report\\_2013.pdf](https://www.nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/2014/06/Donor_conception_report_2013.pdf) (última consulta 22/07/2022)

proyectan; aunque sí que destaca la necesidad de que el Estado promueva asesoramiento a las familias respecto a esta cuestión. Algunos autores han analizado las posibles consecuencias de este anonimato en los derechos fundamentales<sup>489</sup>, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

Asimismo, también, en la actual realidad social, han proliferado las técnicas de inseminación con material genético ajeno, al margen de la intervención de los centros médicos especializados, en el ámbito privado. No es cuestión desconocida, que personas que quieren tener un hijo recurran a semen de terceros para fecundarse y generar vida<sup>490</sup>.

---

<sup>489</sup> Entre otras obras, puede consultarse la interesante op. cit. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (2021) *Reproducción humana asistida y anonimato...*; que analiza si el anonimato en el uso de la TRHA puede considerarse o no una vulneración del derecho a la vida, a la integridad física y moral de la persona, a su derecho a la intimidad personal y familiar, al derecho a la libre investigación de la paternidad, al derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad, y derecho a la igualdad, pp. 61-89.

En sintonía con el Informe *Nuffield* sobre bioética, algunos autores aluden a que es necesario sustraerse de lo jurídico y lo ético y atender también a la realidad de la persona que ha sido creada con material genético de un tercero. En este sentido, FREEMAN, T. (2015) “Gamete donation, information sharing and the best interests of the child: an overview of the psychosocial evidence”. *Monash Bioeth Rev*, v. 33, p. 45-63, al afirmar que: “Whilst the caveats and complexities involved in assessing the impact of gamete donation and information sharing may be eclipsed by what is sometimes presented as a unanimous call for openness as being in the best interests of the child, some, as is apparent in this present volume, argue alternatively for donor anonymity and/or non-disclosure. As the topic of information sharing and donor conception can yield such strong and opposing ethical standpoints, it is important to recognise both the value and limitations of empirical studies in providing ‘evidence’ in these debates (...) More than this, I would argue that it is important not to lose sight of the fact that it is ultimately parents, children, donors and families who live through and experience the consequences of these complex ethical dilemmas. In this sense, whilst it is not my intention to question the validity of the generally accepted conclusion that disclosure is usually in a child’s best interests, it is perhaps useful to reflect on how the simple message that early disclosure is in a child’s best interests may be communicated and received in different contexts.(...)”, p. 57.

<sup>490</sup> Entre muchas otras, puede consultarse la web de la multinacional CRYOS INTERNATIONAL, fundada en Dinamarca, en la que la persona compradora que pretenda adquirir esperma puede seleccionar el perfil que más les guste entre el de miles de donantes que informan de aspectos como el color de los ojos, la profesión, e incluso aportan fotografías, se puede seleccionar a un donante con identidad revelada o no revelada, e incluso con carácter exclusivo, para que el esperma no pueda ser utilizado por nadie más, todo ello con un aumento de precio considerable. La compra del material genético se realiza por internet, tan sólo creando una cuenta, y, según la web, el pedido se recibe en la clínica de fertilidad o bien a profesional médico autorizado, aunque anteriormente las compradoras habían podido recibir el kit en casa y proceder a la autofecundación. Por cambios en la ley danesa, el envío ya no puede hacerse a domicilio. Puede consultarse en:

<https://www.cryosinternational.com/es-es/dk-shop/particulares/como/como-efectuar-un-pedido-de-esperma-e-donante/precios-y-formas-de-pago/> (última consulta 03/08/2022). En

Esta técnica no encuentra regulación en España y sus parámetros parecen colisionar con la normativa existente. El propio Ministerio de Sanidad español alertaba de la aparición de estas técnicas y advertía a las mujeres que estuvieran planteándose el recurso a la auto-inseminación de los graves riesgos que pudieran existir para su salud<sup>491</sup>. La realidad

---

cuanto a la identidad revelada del donante, la empresa señala que: “Incluso después de 70 años de donación de esperma, la cuestión sobre si los donantes deben ser de Identidad No Revelada o de Identidad Revelada continúa siendo ampliamente debatida en todo el mundo. Esto implica que algunos países permiten el uso tanto de donantes de Identidad Revelada como de donantes de Identidad No Revelada, mientras que otros países solamente permiten utilizar uno u otro. En el siguiente mapa le mostramos una descripción general de cómo varía la legislación a este respecto según el país”, “Si elige a un donante de Identidad Revelada (denominado, en ocasiones, también donante no anónimo o abierto), su hijo o hija tendrá la posibilidad de obtener de Cryos información para la identificación del donante cuando cumpla los 18 años. El donante ha elegido ser de Identidad Revelada y ha aceptado ser contactado por los hijos que nazcan con la ayuda de su esperma de donante. Obviamente, a pesar de que el donante haya aceptado ser contactado, nosotros no podemos garantizar ni comprobar si el donante ha cambiado de opinión o si continúa estando disponible cuando el niño cumpla 18. Para recibir información para la identificación del donante, el hijo o hija debe ser capaz de documentar que es el resultado de un tratamiento con el esperma procedente de un donante de Identidad Revelada de Cryos. Si tiene un hijo o hija con esperma de donante de Cryos, puede obtener un Certificado de Hijo de Donante que su hijo o hija podrá utilizar para recibir información de identificación del donante cuando cumpla 18 años. Si desea un Certificado de Hijo de Donante para su hijo o hija, puede [contactar con nuestro Servicio de Atención al Cliente](#) que se lo remitirá por correo electrónico. Cryos nunca facilitará al donante información sobre usted como paciente ni sobre su hijo o hija. Por consiguiente, depende exclusivamente del hijo o la hija contactar o no con el donante.” En España no es posible obtener semen de un donante con identidad revelada pues es contrario al anonimato; del mismo modo que en Polonia -la inseminación sólo es posible en el caso de parejas heterosexuales-, o Hungría -que prohíbe el tratamiento de fertilidad a las parejas de lesbianas-. Contrariamente, sólo está permitido la donación con identidad revelada en Alemania, Reino Unido, Portugal o Países Bajos; mientras que, según consta en la misma página web, es posible elegir entre donantes con identidad revelada o bien no revelada en otros países, como Dinamarca. La empresa también oferta óvulos de un banco de la misma multinacional con sede en Chipre y en los EE.UU.

Puede también consultarse la noticia publicada en el Observatorio de los derechos LGBT, “*Mujeres lesbianas y turismo de fertilidad*”, de fecha 11/04/2022 [http://observatoriolgbt.org.bo/index.php/noticia/detalle/cod\\_noticia/5949](http://observatoriolgbt.org.bo/index.php/noticia/detalle/cod_noticia/5949) (última consulta 03/08/2022) o bien, una del Diario Sur, ““Hola, soy tu hijo”: Los donantes de semen y óvulos dejarán de ser anónimos en Portugal”, de fecha 07/05/2018, en la que se recoge que el Tribunal Constitucional de Portugal entiende que el anonimato “supone una restricción innecesaria de los derechos a la identidad personal y el desarrollo de las personas nacidas a través de los procesos de reproducción asistida”, que, según la noticia, beneficia a las clínicas de reproducción asistida españolas, en las que se mantiene el anonimato. Consultable en: <https://www.diariosur.es/sociedad/hola-hijo-donantes-20180504125041-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F> (última consulta 03/08/2022)

<sup>491</sup> En este sentido, en fecha 11/10/2016 fue publicada nota informativa por parte del Ministerio de Sanidad, concretamente en la plataforma de la *Comisión Nacional de Reproducción Humana*



social, sin embargo, es otra, muchas mujeres recurren a este sistema para precisamente tener mayor información previa sobre el donante, evitar la medicalización y reducir los gastos que supone el recurso a las TRHA.

De otro lado, no podemos eludir los supuestos de gestación por sustitución<sup>492</sup>. Aunque la también denominada maternidad subrogada sea nula de pleno derecho para nuestro ordenamiento, no cabe desconocer que existen personas menores que han sido concebidas en otros Estados en los que las leyes amparan<sup>493</sup>, en mayor o menor medida,

---

*Asistida*, en la que, entre otros extremos, se especifica que: “Con independencia de otras acciones que se puedan llevar a cabo por las autoridades sanitarias correspondientes en el ejercicio de sus responsabilidades en relación con esas prácticas, este Ministerio quiere advertir a las mujeres que se pudieran plantear su realización al margen de las normas legales que rigen la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en España de los riesgos para la salud citados que las mismas conllevan, los cuales no pueden ser evitados si no es por la exclusión de su realización. Este Ministerio quiere asimismo informar que la reparación de los daños que se pudieran causar a las mujeres que pretendan acceder así a la maternidad, o a los nacidos mediante la aplicación ilegal de esas prácticas, carece también de la protección legal prevista para la aplicación ordinaria de las técnicas de reproducción humana asistida.” Consultable en: <https://cnrha.sanidad.gob.es/informacionInteres/autoinseminacion/home.htm> (última consulta 12/06/2022)

<sup>492</sup> Tal y como recoge Comité de Bioética de España, se entiende por maternidad subrogada (gestación por sustitución o vientre de alquiler) “cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad. Existen muchas modalidades para llevarla a cabo, en función de todas las variables que entran en juego. Lo que tienen en común todas las modalidades de gestación subrogada es la voluntad de privar de la condición de madre a quien ha dado a luz a un niño y atribuirlo a otra u otras personas. Conviene recordar que la primera acepción de “Madre” que aparece en el Diccionario de la Real Academia es “Hembra que ha parido”, si bien la segunda amplía el alcance del término: “Hembra respecto de su hijo o hijos”. Vid. op. cit. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2018), *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, p. 7. Consultable en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_et\\_icos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_et_icos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf) (última consulta 16/07/2022)

<sup>493</sup> La regulación en cada estado que la permite es distinta. La mayoría de estados de EE. UU, Australia, Canadá, Grecia, Kenya, Nigeria... todos con sus peculiaridades. En algunos estados sólo se permite a personas nacionales. En otros, sólo es posible para parejas heterosexuales. Los costes también dependen de cada Estado, para la mayoría debe ser un acto altruista, aunque no para todos. Puede consultarse un cuadro comparativo en: *Growing Families*, que se define como: “Families Through Surrogacy is a consumer-based non-profit organisation focused on bringing together surrogates, intended parents and families through surrogacy to network, share their stories and stay informed about best practice in surrogacy arrangements.” consultable en: <https://www.familiesthrusurrogacy.com/surrogacy-by-country/> (última consulta 09/08/2022)

De una simple búsqueda en Internet hallamos numerosas empresas (agencias mediadoras) que ofrecen sus servicios en múltiples siendo su público objetivo el español, lo que provoca la

esta práctica, y cuyos solicitantes de inscripción son progenitores españoles que vuelven con la persona menor a España y requieren su inscripción en el Registro Civil y la determinación de la filiación a favor de los mismos, prescindiendo de cualquier mención acerca de la madre biológica<sup>494</sup>. En estos supuestos, se había venido admitiendo, aunque de forma intermitente y sin un claro marco jurídico y una constante inseguridad, la inscripción de la persona menor si concurrían los requisitos establecidos por algunas instrucciones de la anteriormente denominada Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN)<sup>495</sup>, cuales eran, en síntesis, la presentación junto a la solicitud de

---

existencia de un *forum shopping*. En este sentido, el Comité de Bioética de España, en su Informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos, ya citado, de 15/01/2020, señalaba entorno a esta cuestión, que: Ante este estado de cosas, lo deseable sería aprobar una regulación universal básica sobre el anonimato que evite el denominado *forum shopping*, es decir, la práctica consistente en acudir al sistema legal más favorable a las personas que quieren recurrir a dichos servicios. Como nos recuerda la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: “en una era de globalización, donde se cruzan las fronteras con mayor frecuencia, las 8 diferencias en las leyes nacionales de los Estados pueden dar lugar a cuestiones complejas de derecho internacional privado sobre el establecimiento o reconocimiento de la filiación legal de los niños, cuestiones que afectan a sus derechos humanos”. p.7.

<sup>494</sup> En este sentido, la ya referida Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE-A-2006-9292, establece en su artículo 10.1 la nulidad del contrato en el que se convenga la gestación, con o sin precio, recogiendo que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

<sup>495</sup> Tal y como expone la Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE-A-2019-2367, “La gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes. El interés preferente de los primeros debe quedar en todo caso salvaguardado, y a la vez la actuación de los poderes públicos debe garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad que es de todo punto inaceptable. Resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho. Por lo demás, este problema no se limita a España, sino que se desenvuelve en un ámbito exterior, por lo que sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz. En tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor.

Todo ello hace necesario un tratamiento que permita valorar todas las circunstancias que se presenten en cada supuesto, con una prueba válida y suficiente de los hechos, datos y declaraciones de voluntad que concurren en el mismo. Ello es así, especialmente, a la vista de los claros abusos contra las mujeres gestantes que en ocasiones se han dado.” En esta Instrucción se

inscripción del nacimiento de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente extranjero donde haya nacido la persona menor; que deberá ser objeto de *exequatur*, excepto si resultare aplicable un Convenio internacional o si tiene su origen en un procedimiento análogo al de jurisdicción voluntaria español. En este último caso, el/la Encargado/a del Registro Civil debía llevar a cabo un control incidental previa decisión acerca de la inscripción o no del nacimiento, conforme a los parámetros estipulados<sup>496</sup>. Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Supremo ha venido proclamando, aunque no de forma unánime, la nulidad del contrato de gestación subrogada y vedando la posibilidad de inscripción de la filiación entre la persona menor y los/las progenitores solicitantes, indicando como mecanismo procedente el de la adopción de la persona menor. En este sentido, es necesario, traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo nº835/2013 de 6 de febrero de 2014<sup>497</sup>, así como la Sentencia del Tribunal Supremo nº277/2022, de 31 de marzo de 2022<sup>498</sup>, cuyo análisis será abordado más adelante.

Todo lo apuntado, qué duda cabe, amplía los posibles casos en los que la persona puede desconocer quién es o quiénes son sus progenitores biológicos.

A pesar de que el secreto imperara en nuestra sociedad y del rechazo a nuevas formas de familia, se denota una creciente sensibilización acerca de la necesidad de revelar y conocer los orígenes biológicos y se han ido admitiendo las nuevas concepciones y modelos de familia.

---

explicita que, “las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de *exequatur*, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010”.

<sup>496</sup> Vid. Auto de 25 de junio de 2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Pozuelo de Alarcón (ECLI:ES:JPII:2012:12A), en el que se resuelve otorgar *exequatur* de una sentencia extranjera al amparo del contenido de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de febrero de 2009 y de 5 de octubre de 2010, en favor del interés superior del menor, que entiende no puede quedar al margen o privados de acceso al Registro Civil.

<sup>497</sup> Vid. STS (Sala de lo Civil -Pleno) nº247/2014 de 6 de febrero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:247.

Vid. también, MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA (2014) “La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS de 6 de febrero 2014”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2014, Aranzadi.

<sup>498</sup> Vid. STS (Sala de lo Civil -Pleno) nº1153/2022 de 13 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1153.

Si el sistema normativo no vela de forma efectiva por la protección de este derecho desde el necesario reconocimiento del mismo, de forma suficiente y previa deconstrucción y ruptura con sus raíces tradicionales -no compatibles con el estado de la ciencia ni con la realidad familiar actual-, no podrá ser posible la protección de este derecho. Sobre algunas de estas cuestiones se incidirá en los siguientes capítulos de la presente investigación.

## **2. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS**

Alcanzado este punto, es necesario recopilar, del mismo modo que se ha llevado a cabo en cuanto al derecho a la identidad, los textos normativos que aluden concretamente al derecho de la persona a conocer sus propios orígenes en el marco supranacional, comunitario, estatal y autonómico catalán. Estos textos, como se verá, ligan el derecho a conocer los propios orígenes con el derecho a la identidad, concibiéndolo como parte de este último.

Ya se avanza que la normativa relativa al derecho al conocimiento de los orígenes se ocupa, en esencia, con mayor ahínco, de la adopción de personas menores, y lo hace, dicho sea, ya de entrada, de forma excesivamente laxa y, más aún en el ámbito internacional, en la que la regulación se hace depender de la ley aplicable en cada Estado.

También la cuestión que nos ocupa tiene una fuerte incidencia en los supuestos de fecundación heteróloga mediante técnicas de reproducción asistida por las implicaciones que conlleva la intervención de un donante que, salvo supuestos de enorme excepcionalidad, es anónimo.

### **2.1. MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL**

De igual forma que ocurre con el derecho a la identidad, existen disposiciones en el derecho internacional que reconocen el derecho de la persona a conocer sus propios orígenes. Ahora bien, las disposiciones relativas al mismo, aunque forman parte del derecho interno de los países que las han ratificado, permiten que sea la ley nacional la que regule estas cuestiones, lo que hace depender en demasía su cumplimiento de la voluntad interna de cada Estado parte.

Muchas de ellas, como se verá, irán encaminadas a proteger a la persona menor adoptada en el marco de las adopciones internacionales.

### **2.1.1. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a conocer sus orígenes. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)**

La ya citada Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) recoge en su artículo 3 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”, como ya se infiere del Preámbulo de dicho texto, en tanto en cuanto se reconoce “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.<sup>499</sup>

Como ya se ha referido, en su contenido se alude al derecho de los niños a su identidad, y concretamente de su derecho a conocer a sus padres; y así se reitera el contenido del artículo 7 de la CDN:

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

---

<sup>499</sup> En este mismo sentido, es necesario nuevamente hacer mención de la Observación General n°7 (2005) relativa a la realización de los derechos del niño en la primera infancia. Vid. CRC/C/GC/7 de 20 de septiembre de 2006.

En dicha Observación se recalca en su apartado 13, que: “(...) El principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas que afecten a los niños y exige medidas activas, tanto para proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento y bienestar como para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño: a) Interés superior de los niños como individuos. Todas las decisiones adoptadas en relación con la atención, educación, etc. del niño deben tener en cuenta el principio de interés superior del niño, en particular las decisiones que adopten los padres, profesionales y otras personas responsables de los niños. Se apremia a los Estados Partes a que establezcan disposiciones para que los niños pequeños, en todos los procesos legales, sean representados independientemente por alguien que actúe en interés del niño, y a que se escuche a los niños en todos los casos en los que sean capaces de expresar sus opiniones o preferencias. (...). Consultable en:

<https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-7-realizacion-derechos-nino-primera-infancia-2005.pdf> (última consulta 21/11/2021).

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

Este precepto se halla profundamente relacionado con el siguiente, el artículo 8, también ya referido, y que, aunque no aluda al derecho a conocer los propios orígenes, relaciona la preservación de las relaciones familiares con la identidad, en cuya virtud:

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

Las diferencias existentes entre Estados<sup>500</sup> a la hora de consensuar el texto definitivo del artículo 7 dieron lugar a que finalmente se reconociera este derecho del niño o de la niña a conocer sus orígenes, pero “en la medida de lo posible”. El hecho de incluirse esta apreciación en el precepto hace que el contenido de este derecho se vea completamente desdibujado y quede al arbitrio de la legislación interna de cada Estado<sup>501</sup>.

---

<sup>500</sup> Vid. en este sentido, *UN. Comision on Human Rights. Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child* (1988), p. 16. Consultable en: <https://digitallibrary.un.org/record/57437> (última consulta 25/07/2022). Ref. E/CN.4/1989/48. Se hacen patentes las disquisiciones en torno a la redacción del artículo y, más concretamente en la identidad biológica, por parte de Egipto, Iraq. Libia. Jordania, Kuwait, Marruecos Omán, Pakistán y Tunes, y, por otro lado, Alemania, la antigua URSS, EUA, y Portugal.

<sup>501</sup> Ibidem. Así se apuntó también entre los participantes del Grupo de Trabajo de redacción, tal y como consta en el anterior documento referido (Obs. 107, p. 19): “107. Se expresaron también algunas dudas respecto de las palabras “en la medida de lo posible” que aparecían en el párrafo 1 del artículo 2. Según algunos participantes esta expresión podía dar lugar a una interpretación arbitraria de ese artículo de la Convención”. En el Documento se recoge, a continuación, que “108. El observador de Nueva Zelanda propuso verbalmente sustituir las palabras “en la medida de lo posible” por “con sujeción a las disposiciones de esta Convención”. El representante de los Estados Unidos de América propuso otra posible redacción y sugirió utilizar la expresión “en el superior interés del niño”. El observador de Suecia propuso combinar las dos propuestas de manera que el texto dijera “en la medida de lo posible y con sujeción a las disposiciones de la Convención”. Finalmente, el texto aprobado fue el que se ha indicado *ut supra*.”

En este sentido, también apunta a esta cuestión BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A./ GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Esta es tu historia...*, op. cit. cuando afirma que “el que la redacción del artículo se modificara en lo referente a la posibilidad de conocer a los padres porque las legislaciones de algunos países permitían el secreto con respecto a estas cuestiones, indica que lo que se pretendió con la redacción final fue, precisamente, no proteger el derecho al conocimiento de los orígenes, que queda desdibujado a través del uso de expresiones imprecisas que pueden dar lugar a distintas interpretaciones (...), p. 40.

A su vez, resulta esencial invocar el contenido del artículo 9, que se ocupa de plasmar la preferencia de que la persona menor sea cuidada por sus progenitores -de origen- y lo relaciona con su interés superior, en cuya virtud:

“1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

Cabe también invocar, como principio general de no discriminación y principio de preservación del interés superior de la persona menor que deben ser cohonestados

---

También en este sentido, se pronuncian ANG, F./ BERGHMANS, E. et al. (2006) *Participation Rights of Children*. Intersentia, Oxford. Las autoras afirman que: “The drafters of the CRC decided to include this phrase (as far as possible), taking into account the reality in many State Parties where anonymity in adoption was still the rule”, p. 174.

en todo momento con el resto del clausulado, el contenido de los artículos 2 y 3 de este instrumento. Así, en virtud del artículo 2.1:

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”

Así como el artículo 3.1 y 3.2. del mismo texto legal:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”

***2.1.2. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas***

En esta Declaración, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución n°41/85, de 3 de diciembre de 1986<sup>502</sup>, se destaca que ante las numerosas circunstancias que causan el desamparo de los niños y niñas, tales como los conflictos armados, el abandono, o los problemas sociales, los intereses del niño deben ser la

---

<sup>502</sup> Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional. Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986. A/RES/41/85. Consultable en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/502/35/IMG/NR050235.pdf?OpenElement> (última consulta: 28/07/2022).



“consideración fundamental” en los supuestos de adopción y de colocación en hogares de guarda.

En esta Declaración, ya se indica expresamente, que deben ser proclamados como principios universales relativos al bienestar general de la familia y del niño, entre otros:

“Artículo 3. Como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres.”

Así como:

“Artículo 9. Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño.”

Esta Declaración simboliza un cambio de paradigma, de la ocultación de la adopción a la necesidad de revelar tal circunstancia y el reconocimiento de su necesidad por conocer sus antecedentes y, en definitiva, a su derecho a la identidad<sup>503</sup>.

### ***2.1.3. Convenio número 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, hecho en Bruselas el 12 de septiembre de 1962***

Es relevante este Convenio<sup>504</sup> en tanto en cuanto acoge el principio *mater semper certa est* en el artículo 1, en cuya virtud:

“Cuando una persona es designada en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, la filiación materna quedará determinada por tal designación. Sin embargo, esta filiación podrá ser impugnada.”

---

<sup>503</sup> En este sentido, vid. op. cit. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A./ GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Esta es tu historia...*, p. 43.

<sup>504</sup> Instrumento de Adhesión de 27 de enero de 1984 de España al Convenio número 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, hecho en Bruselas el 12 de septiembre de 1962. BOE-A-1984-9033.

Esta presunción de maternidad, en consonancia con el derecho interno español<sup>505</sup>, veda la posibilidad de ocultar la maternidad de la madre biológica.

#### **2.1.4. Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional**

De nuevo, el derecho a conocer los orígenes se recoge en un instrumento relativo a la adopción, al erigirse como una cuestión especialmente relevante en este contexto y más aún desde la perspectiva de la adopción internacional. Este Convenio o Convención<sup>506</sup> recoge, al igual que lo hacía la ya citada Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, la prioridad de que el niño pueda ser mantenido en su familia de origen<sup>507</sup>, y, para el supuesto en que no pueda ser cuidado de forma adecuada por su familia, se plantea el marco de una adopción internacional, siempre que esta sea adecuada atendiendo al interés superior del niño o de la niña<sup>508</sup>. En estos supuestos, en los que resulta de aplicación el

---

<sup>505</sup> Se analizará en el siguiente capítulo la ya referida Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) núm. 776/1999 de 21 de septiembre. ECLI:ES:TS:1999:5672.

<sup>506</sup> Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29/05/1993, con entrada en vigor 1/05/1995. Consultable en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69> (última consulta 01/06/2022).

Vid. también Informe tras 25 años del Convenio, Informe 25 años de protección del niño en la adopción internacional (2018). Consultable en: <https://assets.hcch.net/docs/a1fffba1-ae46-4a7c-892d-7076067949b3.pdf> (última consulta 23/10/2022)

<sup>507</sup> Todo ello conforme al denominado “principio de subsidiariedad”, definido en la propia reseña del Convenio de la Haya publicada en la misma base de datos, como “El término “subsidiariedad” significa que las Partes reconocen que el niño debe criarse con su familia de origen o su familia amplia siempre que sea posible. En caso contrario, se deben considerar otras formas de cuidado familiar permanente en el Estado de origen. La adopción internacional debe ser una opción solo si ya se han considerado las soluciones nacionales adecuadas y solo si responde al interés superior del niño. El cuidado institucional debe ser el último recurso contemplado para un niño que necesita una familia”, p.1. Reseña de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, consultable en: <https://assets.hcch.net/docs/8b44b556-6a9a-46ae-b6cb-4efaa841ecfa.pdf> (última consulta 01/06/2022)

<sup>508</sup> Según la anterior reseña, se recoge también la necesaria prevalencia del interés superior del niño, afirmándose que: “El Convenio sobre Adopción busca hacer efectivos los artículos 3 y 21 de la CDN, según los cuales el interés superior del niño debe considerarse un factor primordial en la adopción. Por ejemplo, las Partes contratantes deben examinar adecuadamente el principio

instrumento que nos ocupa, se prevé que si la autoridad competente en el estado de origen (de la familia de la persona menor adoptada) considera que el niño o niña es adoptable:

“Artículo 16. 2. Esta Autoridad Central transmitirá a la Autoridad Central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad”.

Este precepto no parece proteger el derecho de los niños y niñas a conocer su origen, no siendo proclive a facilitar el acceso a tal información al vedar su acceso en base a la normativa existente en el estado de origen. Ello posibilita la limitación del acceso a tan esencial información amparándose en la normativa que pueda existir en el estado en cuestión.

De nuevo, y en concordancia con el anterior precepto, el artículo 30 recoge que:

“Artículo 30. 1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia.

2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado.”

A pesar de que se fije en esta disposición la conservación de la información de los orígenes, una vez más, este mandato queda al arbitrio de la legislación de la ley nacional del estado de origen puesto que el estado de los progenitores adoptantes podría no disponer de información alguna respecto a los orígenes de la persona menor.

---

de subsidiariedad, garantizar que la madre preste su consentimiento solo después del nacimiento, procurar que el niño sea adoptable y que los futuros padres adoptivos sean adecuados y aptos para adoptar, y conservar la información sobre el niño y sus padres. El sistema de protección del niño debe responder a su interés superior. Si la adopción internacional es necesaria como parte de ese sistema, debe ser ética y estar centrada en el niño.”, p.1. Ibidem.

**2.1.5. 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997**

En este Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina<sup>509</sup> se plasma la preocupación por “la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad” ante la evolución de la biología y de la medicina, y recoge en su artículo 1.1 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 fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”

Podemos considerar que la protección de su dignidad y su identidad, engloba también la protección del derecho a acceder a la información relativa a su origen biológico<sup>510</sup>.

**2.1.6. Instrumentos internacionales del Consejo de Europa**

En este punto se recogen los instrumentos promulgados por este organismo internacional en aras de salvaguardar el derecho de conocer los propios orígenes.

- *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950*

---

<sup>509</sup> Ya citado, BOE-A-1999-20638.

<sup>510</sup> Así lo apuntan, con total acierto algunas autoras como op. cit. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (2021) *Reproducción humana asistida y anonimato: ¿Violación o excepción al principio de verdad biológica?* Thomson Reuters Aranzadi, p. 71.

En este Convenio Europeo de Derechos Humanos adoptado por el Consejo de Europa<sup>511</sup>, se recoge en su artículo 8, relativo al “Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, que:

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

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Si bien es cierto que no se recoge expresamente el derecho a conocer los orígenes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como ya se ha analizado en el capítulo anterior, ampara la protección de la identidad en base a este precepto, ligándolo, como se verá en el siguiente apartado, con el derecho a conocer los orígenes, en base al mismo precepto.

Cabe también señalar, el contenido del artículo 14 de este mismo instrumento relativo a la prohibición de discriminación por nacimiento, entre otras circunstancias:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

---

<sup>511</sup> Ya citado, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), adoptado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950. Consultable en: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf) (última consulta 20/07/2022).

- *Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008*

También entre los instrumentos del organismo internacional del Consejo de Europa, debe señalarse este Convenio<sup>512</sup>, que en su artículo 22 se ocupa del acceso a la información por parte del menor adoptado. En su virtud:

- “1. Podrán adoptarse disposiciones para que una adopción pueda tener lugar, en su caso, sin revelar la identidad del adoptante a la familia de origen del menor.
2. Se tomarán disposiciones que requieran o autoricen que el procedimiento de adopción se desarrolle a puerta cerrada.
3. El menor adoptado tendrá acceso a la información relacionada con sus orígenes en poder de las autoridades competentes. Cuando sus padres de origen tengan derecho a que no se divulgue su identidad, una autoridad competente deberá tener la posibilidad, en la medida en que la ley lo permita, de determinar si es conveniente no hacer uso de este derecho y de transmitir información sobre la identidad, teniendo en cuenta las circunstancias y derechos respectivos del menor y de sus padres de origen. Un menor adoptado que no haya alcanzado aún su mayoría de edad podrá recibir asesoramiento adecuado.
4. El adoptante y el menor adoptado podrán obtener documentos que contengan extractos de los registros públicos que den fe de la fecha y el lugar de nacimiento del menor adoptado, pero que no revelen expresamente la adopción, ni la identidad de los padres de origen. Los Estados Partes podrán decidir la no aplicación de esta disposición a las demás formas de adopción que se indican en el apartado 4 del artículo 11 del presente Convenio<sup>513</sup>.

---

<sup>512</sup> *European Convention on the Adoption of Children (Revised)* (CETS No. 202). Consultable en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=202> (última consulta 16/07/2022). Entrada en vigor 1/09/2011. BOE-A-2011-12066

El anterior Convenio europeo en materia de adopción, de 1967, en su artículo 20 abogaba fuertemente por la ocultación de la identidad de los progenitores biológicos, premisa que coherencia con la percepción de la época acerca de la adopción y de la necesaria ruptura con la familia de origen, primando los intereses de los adoptantes por encima de los del niño o niña adoptado.

<sup>513</sup> En virtud del referido artículo 11: “1. En el momento de la adopción, el menor se convierte en un miembro más de la familia del adoptante o adoptantes a todos los efectos y, con respecto al adoptante o adoptantes y su familia o familias, tendrá los mismos derechos y obligaciones que los de un hijo del adoptante o adoptantes cuya filiación esté legalmente reconocida. El adoptante

5. Considerando el derecho de una persona a conocer su identidad y sus orígenes, las informaciones pertinentes relativas a una adopción se recogerán y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que aquélla se haya hecho definitiva.

6. Se llevarán los registros públicos o, al menos, se reproducirán sus contenidos, de tal modo que las personas que no tengan un interés legítimo en los mismos no puedan tener conocimiento de la adopción de una persona o, si ésta es conocida, de la identidad de sus padres de origen.”

Si bien se impone la obligatoriedad del plazo de conservación de la información nada asegura que esta información exista y ello por cuanto de los anteriores preceptos se infiere una acusada laxitud a la hora de regular este ineludible derecho. A su vez, aunque se plasme la posibilidad de que la autoridad competente decida sobre la revelación de estos orígenes, los intereses de los progenitores biológicos en ocultar su identidad podrían resultar demasiado trascendentes. Este precepto denota la especial complejidad a la hora de regular la cuestión o, de implementar unos principios básicos, ante tan compleja y heterogénea regulación entre estados partes.

Ya con anterioridad, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa había formulado la Recomendación 1443 (2000) relativa al respeto de los derechos del niño en la adopción internacional<sup>514</sup> abogando por la necesidad de que los hijos adoptados puedan conocer sus orígenes. Sin embargo, el Comité de Ministros recordaba a la Asamblea que a pesar de la relevancia de esta consideración y de que entiende que todos los niños tienen un interés legítimo en conocer sus orígenes: “actualmente se están llevando a cabo discusiones profundas sobre este tema en varios Estados miembros y que, en ciertas situaciones y en ciertos Estados, se ha considerado necesario ocultar toda

---

o adoptantes asumirán la responsabilidad parental con respecto al menor. La adopción pondrá fin al vínculo jurídico existente entre el menor y su padre, madre y familia de origen.

2. No obstante, el cónyuge o la pareja registrada o no del adoptante conservarán sus derechos y obligaciones con respecto al menor adoptado, si el mismo es su propio hijo, a menos que la ley no se oponga a ello.

3. En lo que concierne a la ruptura del vínculo jurídico existente entre el menor y su familia de origen, los Estados Partes podrán prever excepciones para cuestiones tales como el apellido del menor, los impedimentos para el matrimonio o el registro de una pareja de hecho.

4. Los Estados Partes podrán prever disposiciones relativas a otras formas de adopción que tengan efectos más limitados que los indicados en los apartados precedentes del presente artículo”.

<sup>514</sup> Vid. Consejo de Europa. Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1443 (2000). Respeto de los derechos del niño en la adopción internacional.

Consultable en: <https://rm.coe.int/09000016804c8d36> (última consulta 16/09/2022).

o parte de la información sobre el orígenes de un niño (por ejemplo, en casos de procreación médicamente asistida con un donante anónimo de esperma)”<sup>515</sup>

- *Recomendación 2156 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 12 de abril de 2019 y Respuesta a la Recomendación por el Comité de Ministros, de 9 de octubre de 2019.*

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la Recomendación 2156 (2019)<sup>516</sup> titulada “Donación anónima de semen y óvulos: equilibrando los derechos de los padres, donantes e hijos” detecta las diferencias existentes en torno al anonimato en los distintos estados miembros del Consejo de Europa y solicita al Comité de Ministros del órgano, que ante la creciente tendencia a la protección de los derechos de los nacidos mediante el uso de estas técnicas al conocimiento de sus orígenes, se pronuncie ante la necesidad de fomentar buenas prácticas, en aras de “promover los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho”.

La Asamblea solicita al Comité de Ministros que efectúe recomendaciones a los estados “para mejorar la protección de los derechos de todas las partes en cuestión, centrándose en los derechos de la persona concebida por donación, que se encuentra en la posición más vulnerable (...)” e incluso les invita a deliberar acerca de si las mismas deben ser jurídicamente vinculantes.

La Asamblea, en esta misma Recomendación proclama una serie de principios que deben regir en las posibles directrices que marque el Consejo de Ministros. Así, los principios que dimanar del texto son, en esencia:

1. La prohibición del anonimato en la donación de material genético. La identidad del donante debe ser revelada por el Estado a la persona concebida al cumplir 16 o 18 años si esta decide optar a conocer esa información y/ o contactar con la persona donante, previo asesoramiento y apoyo.

---

<sup>515</sup> Vid. Notas de la reunión relativas a la anterior Recomendación, de fechas 26 y 27 de febrero de 2002. Consultable en: <https://rm.coe.int/09000016805c1820> (última consulta 16/09/2022).

<sup>516</sup> Vid. Council of Europe. Recommendation 2156 (2019). Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children, ya referida, consultable en: <https://pace.coe.int/pdf/b51082401b5728bcd4700d347e6a9e1e8cbb3865b2be482126cc6dc070712f66/recommendation%202156.pdf> (última consulta 03/08/2022).



2. La inexistencia del anonimato no debe tener consecuencias respecto a la filiación. En este sentido, el donante debe ser protegido de cualquier solicitud de filiación o de deberes u obligaciones para con el concebido. El donante debe recibir el asesoramiento adecuado antes de efectuar la donación. El donante no debe tener derecho a contactar con la persona concebida con su material genético; este derecho le corresponde al concebido, que debe poder tener derecho a contactar con la persona donante, así como con sus hermanos, si es el caso; una vez cumplida la edad de 16 o 18 años y que concurren determinadas condiciones.
3. Los estados deben contar con un registro nacional de donantes<sup>517</sup> y de personas concebidas, conectados con otros registros transfronterizos, en aras de facilitar el intercambio de información referida, pero no sólo a eso, sino también, con el fin de limitar el número de donaciones por parte de una misma persona y también en casos de necesidad médica.
4. El anonimato no debe levantarse de forma retroactiva, a menos que el donante lo autorice, previo asesoramiento.
5. La donación debe seguir siendo un gesto altruista que no reporte ganancia al donante.

Desafortunadamente, la respuesta del Consejo de Europa, de 14 de octubre de 2019<sup>518</sup> no acoge estos principios ni, menos aún, de forma vinculante, limitándose a afirmar la importancia del asunto a debate, de los múltiples intereses concurrentes y de las dispares regulaciones entre los Estados. Por ello, plantea que cualquier propuesta debe ser cuidadosamente valorada desde una perspectiva ética, legal y social y recoge una serie de manifestaciones de órganos como el *European Committee on Organ Transplantation* (CD-P-TO), que, en suma, se aparta de las consideraciones de la Asamblea, abogando por la prevalencia del derecho a la intimidad del donante, del

---

<sup>517</sup> En este sentido, cabe señalar que, en España se está tratando de implementar el Registro Nacional de Donantes, ligado a la plataforma informática *SIRHA* (Sistema de Información de Reproducción Humana Asistida). El Registro, aunque fue previsto por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, todavía no se halla creado, la implementación está en fase de prueba.

En este sentido, vid. GARCÍA RUIZ, Y. (2015) “Sin registro de donantes de gametos: cerca de treinta años esperando su creación”. *IUS ET SCIENTIA*, Vol. 1, No. 1, pp. 41-52. Consultable en: <https://idus.us.es/handle/11441/58668> (última consulta 10/03/2022).

<sup>518</sup> Vid. Council of Europe. Reply to Recommendation 2156 (2019), doc. 14995. Consultable en: <https://pace.coe.int/pdf/a1b29a06632a0d2f52ecb035e0209db36a6dd0b567d6055cb1de31bca2033b71/doc.%2014995.pdf> (última consulta 03/08/2022).

*Committee on Bioethics* (DH-BIO), proclive, en esencia, a los principios contenidos en la Recomendación, y del *Committee on Legal Co-operation* (CDCJ), que mantiene que la propuesta no puede ni debe ser vinculante ante la heterogeneidad de regulaciones y las trascendentales implicaciones que podrían suponer los principios propuestos; así como del *Committee for the Rights of the Child* (CAHENF)<sup>519</sup>, que sintoniza más con los principios invocados por la Asamblea, pero enfatiza que cualquier información facilitada a la persona menor debe tener en cuenta su madurez.

Cabe esperar que estas cuestiones continúen siendo objeto de debate en el seno de este órgano. Pero lo cierto es que el reconocimiento de este derecho depende de la regulación singular que exista en cada Estado, no interfiriendo de forma incisiva en la cuestión los instrumentos internacionales.

## **2.2. MARCO NORMATIVO COMUNITARIO**

En la ya referida Carta Europea de los Derechos del Niño<sup>520</sup> ya se recogía el interés del Parlamento Europeo a favor del reconocimiento por parte de los niños y niñas del “conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos”. En este principio recogido por el Parlamento, se recoge expresamente la necesidad de protección del derecho de los niños y niñas de conocer sus propios orígenes biológicos, relacionándolo directamente con su derecho a la identidad personal. A continuación, se reproduce el contenido relativo a este extremo:

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

En otro orden de cosas, en el Manual de legislación europea sobre los derechos del niño que fue publicado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión

---

<sup>519</sup> Ibidem. Consultables en el Apéndice del mismo documento. Vid. Appendix to reply containing extracts of committees' comments.

<sup>520</sup> Carta Europea de los Derechos del Niño. DOCE n°C241, de 21/09/1992.

Europea y por el Consejo de Europa<sup>521</sup> se refiere al derecho a la identidad personal del niño directamente como su derecho a conocer la identidad de sus padres, al considerar este aspecto como absolutamente relevante para su desarrollo personal, apelando al artículo 8 de la ya citada Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y también al artículo 8 del ya citado Convenio Europeo de Derechos Humanos, toda vez que, como ya se ha referido y tal y como se insistirá, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido reconociendo que este precepto contiene el derecho a la identidad y al desarrollo personal. Volviendo al contenido de este Manual, en el mismo se indica que “el nacimiento y las circunstancias del mismo forman parte de la vida privada del niño”, siendo esta información referente a la infancia del niño o de la niña especialmente relevante de cuyo acceso o conocimiento no pueden ser privados sin contravenir los anteriores postulados.

Es también destacable en relación al derecho que nos ocupa, que de forma similar a la que se regula en el artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>522</sup> se recoge en su artículo 21.1 la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, estableciéndose que:

“1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

### **2.3. ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

Nuestro ordenamiento se ocupa, como se verá, de cuestiones como el registro del nacimiento y de la adopción, así como, en este último caso, de la necesidad de conservar los datos registrales originarios. En cuanto al reconocimiento expreso del derecho a conocer los orígenes, en ocasiones, los intereses de la persona que tiene la

---

<sup>521</sup> Vid. AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), CONSEJO DE EUROPA (2015) *Manual de legislación europea sobre los derechos del niño*. Consultable en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_rights\\_child\\_SPA.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_SPA.PDF) (última consulta 25/07/2022).

<sup>522</sup> Vid. la ya mencionada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOCE n°C364/1, de 18/12/2000.

pretensión de conocer sus orígenes han sido relegados a los intereses de los progenitores, máxime cuando en los últimos tiempos la voluntad procreacional se erige como uno de las vías que acaban siendo determinantes para la filiación.

En nuestro marco constitucional, la Constitución Española (CE)<sup>523</sup> no prevé de forma explícita el derecho de la persona al conocimiento de sus orígenes. Ahora bien, su existencia se asienta en varios de sus preceptos<sup>524</sup>, estribando su fundamento en la dignidad de la persona, en el derecho al libre desarrollo de su personalidad, en el derecho a la intimidad, en la no discriminación y en el principio constitucional de la investigación de la paternidad en aras de proteger de forma integral a los hijos e hijas.

El artículo 10 CE se refiere a la dignidad de la persona y al derecho al libre desarrollo de su personalidad, preceptuándose que:

“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

(...)

3.Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

La doctrina mayoritaria postula que el derecho a conocer los propios orígenes descansa en este precepto, pues la dignidad de la persona, es el núcleo de los derechos que le son inherentes, comprende su individualidad y sus caracteres propios, siendo “esencial poder reflexionar sobre su historia individual”<sup>525</sup>. Asimismo, el libre desarrollo

---

<sup>523</sup> Vid. ya citada, Constitución Española (CE). BOE-A-1978-31229.

<sup>524</sup> En este sentido, entre muchas otras, vid. op. cit. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A./ GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Esta es tu historia...*p. 48.

Vid. también op. cit. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (2021) *Reproducción humana asistida y anonimato...*, p. 59-81. Vid. también, GARRIGA GORINA, M. (2000) *La Adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi Editorial, pp. 247-255. Así como, vid. también op. cit. GARCÍA VILLALUENGA, L. et al. (2006) *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes ...*, p. 82; vid. también op. cit. GÓMEZ BENGOCHEA, M. (2007) *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes ...*, pp. 64-74.

<sup>525</sup> Vid. op. cit. QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (1994) “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”..., p.246. La autora esgrime que el reconocimiento del derecho a conocer los propios orígenes descansa en el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, como lo es en el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) y propugna que debe ser

de la personalidad se “logra y potencia haciendo valer, sobre todo, los derechos inviolables inherentes a la persona”<sup>526</sup>

Más adelante, siguiendo con el texto constitucional, en el artículo 14 se fija el derecho a la igualdad sin discriminación por razón de su nacimiento, estableciéndose que:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

En este sentido, el texto constitucional proclama la igualdad de las personas independientemente de su nacimiento o de cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El principio de igualdad contenido se traduce en la cuestión que nos ocupa a la igualdad en la necesidad de garantizar la misma entre hijos/hijas naturales, adoptivos y concebidos mediante TRHA o por medio de otros mecanismos. Sin embargo, a la hora de tener acceso a información relativa al origen genético las condiciones y posibilidades del acceso a tal información parecen contravenir dicho principio recogido en el anterior mandato.

Así, mientras que las personas adoptadas podrán tener acceso a dicha información, con limitaciones dependiendo de los datos que consten en los registros, la persona concebida mediante TRHA se encontrará con la imposibilidad de conocer que fue concebida por medio de estas técnicas si no es informada por sus progenitores de forma voluntaria y, además, no podrá tener acceso a información de la persona donante a no ser que concurren determinadas circunstancias que revisten un carácter excepcional, lo que resulta contradictorio con lo fijado en este sentido para las personas

---

considerado como derecho de la personalidad, “El derecho a conocer la verdadera filiación -y a que ésta se determine jurídicamente (requisito imprescindible para poder exigir a los padres el cumplimiento de los deberes que tienen para con sus hijos), cuando proceda- está tan ceñido a la persona que, abstractamente considerado, creo debiera ser elevado a la categoría de derecho de la personalidad (...)” p.245.

<sup>526</sup> Ibidem, p. 248.

También resulta muy interesante la lectura de PANTALEÓN, F. (1993) “Técnicas de reproducción asistida y constitución”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, “(...) por evitarme consideraciones obvias sobre lo que sería del Derecho si las normas sólo pudiesen ser aplicadas a las situaciones que el legislador que las dictó tuvo en consideración— que, con el artículo 14 CE en la mano, tenga a bien indicarme qué razón puede justificar razonablemente que el nacido a consecuencia de una fecundación artificial con semen de donante carezca del derecho a conocer su origen genético (..)”, p. 139.

adoptadas<sup>527</sup>. De igual modo así ocurre en los supuestos de gestación por sustitución, en los que generalmente no se conocerán datos de la persona gestante ni tampoco del material genético que ha hecho posible la concepción -si es distinto al de los padres intencionales-. A su vez, de igual modo, poco o nada se atenderá al derecho a conocer los propios orígenes en otros supuestos como el reconocimiento de complacencia o la fecundación doméstica. Estos supuestos deben ser analizados centrándonos en el derecho que nos ocupa, y única y exclusivamente desde esta perspectiva; la del derecho a conocer los propios orígenes, habida cuenta de que parece que el mismo haya sido desatendido de forma particularmente acusada.

Antes de proceder al análisis de estas situaciones exclusivamente desde la perspectiva jurídica del conocimiento de los orígenes, si concebimos la ocultación de la información relativa al origen de la propia persona y los daños morales o psíquicos que le puede irrogar, debemos contemplar la relación existente entre el derecho a conocer los orígenes y este derecho fundamental<sup>528</sup> a la vida y a la integridad física y moral, contenido en el artículo 15 del texto constitucional, en cuya virtud:, contenido en el artículo 15 del texto constitucional, en cuya virtud:

---

<sup>527</sup> Vid. en este sentido, entre otras, IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2014) “El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos”. *Derechos y Libertades*, nº31, al afirmar que: “La legislación española mantiene sorprendentemente el anonimato de donantes a pesar de los cambios producidos en el entorno europeo, y a la posibilidad que representó la segunda ley sobre técnicas de reproducción humana asistida en el 2006. Es también en cierto modo contradictorio su mantenimiento, cuando se compara con la legislación sobre adopciones.” p. 249.

<sup>528</sup> En este sentido, entre otros, vid. op. cit. PANTALEÓN (1993) “Técnicas de reproducción asistida...”, al afirmar, que el derecho a la dignidad se ve flagrantemente vulnerado por el anonimato en la TRHA “ya que se degrada a los futuros seres fruto de reproducción asistida con intervención de donante a la condición de objetos, de medios involuntarios de fines ajenos, cuando se autoriza legislativamente la posibilidad de ocultarles de manera sistemática su origen, a fin de no coartar las donaciones de material genético...” y que ello provoca la conculcación también del artículo 15 CE en los casos en que “la imposibilidad de conocer el propio origen sea fuente de serios trastornos psíquicos, por ser aquél dato de considerable importancia para encontrar la propia identidad y, por tanto, para el desarrollo de la personalidad”, p. 139. En cuanto a esta posibilidad apuntada por el autor, en op. cit. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (2021) *Reproducción humana asistida y anonimato...* la autora refiere que tal posibilidad de trastornos psíquicos “es algo que no queda ciertamente demostrado. ¿Supondría un mayor perjuicio psíquico saber la identidad del donante del material genético, pero no poder tener trato con él, o, no saberlo y aceptar que es un mero “instrumento” para que tu hayas podido y puedas disfrutar de la vida?”, p.62.

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. (...).”

Asimismo, en este orden de cosas, y desde esta perspectiva, es necesario invocar el derecho a la intimidad, que se erige como necesario ponderar en los supuestos que nos ocuparan. Este derecho también se halla contenido en el marco constitucional, en concreto en el artículo 18 CE, que prevé el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a cuyo tenor:

“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”

Alcanzado este punto, es necesario considerar también que, aunque los progenitores apelen al derecho a la intimidad para no revelar cierta información relativa a los orígenes de sus hijos e hijas, precisamente el principio del interés superior de la persona menor, hace que se imponga la protección de la intimidad de los hijos e hijas, que también abarca a sus orígenes. Esto provoca que el derecho de las personas menores a conocer sus orígenes deba prevalecer al derecho a la intimidad de los progenitores biológicos. Es necesario añadir que la intimidad personal del mandato constitucional se está refiriendo a la intimidad de la persona adoptada o procreada con fecundación heteróloga, no a la intimidad de los progenitores<sup>529</sup>.

Por último, cabe señalar, que, relacionado con los efectos del conocimiento de los propios orígenes, uno de los “principios rectores de la política social y económica” hallamos, en el artículo 39 de la CE recogido el de la protección integral de los hijos:

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

---

<sup>529</sup> En este sentido, vid. op. cit. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A./ GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Esta es tu historia...* Las autoras, en cuanto al conocimiento de los orígenes en el supuesto de la adopción, muy acertadamente, manifiestan que aunque algunos autores apelen a normas que protegen de la revelación de secretos o de datos privados conocidos por razón de la actividad profesional -personal sanitario, personal de la administración o institución competente...-, como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, o el Código Penal, entre otras, “cabría argumentar que la información que se solicita se refiere al propio interesado o a su familia, que afectan a su propia intimidad personal, y que el objeto de estos preceptos legales es la protección de la intimidad de las personas frente a intromisiones de terceros, pero no frente a los propios titulares de los datos, que deberían tener acceso a los mismos en todo caso, por formar estos parte de su propia intimidad y no sólo de la de sus padres.”, p.102.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos 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.

3. 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 que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

Aunque pudiera inferirse del anterior mandato que el ordenamiento constitucional es proclive a la investigación de los orígenes, no es el sentido que le ha dado el Tribunal Constitucional<sup>530</sup>, que liga tal posibilidad a la investigación con el fin de obligar a la persona que corresponda a prestar la asistencia debida – en esencia, el derecho de alimentos-. Por ello, este mandato no puede ser invocado en supuestos de

---

<sup>530</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) nº 116/1999, de 17 de junio (BOE nº 162, de 08/07/1999. BOE-T-1999-15024. ECLI:ES:TC:1999:116), que proclama la constitucionalidad del anonimato por no contravenir el artículo 39.2 CE. En su FJ 15 afirma “Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución. (...) el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional” pueden obtenerse datos de la persona donante en supuestos de riesgo para la vida (y de la salud -tras la LTRH 2006- (...) y sorprendentemente apela a la intimidad de los donantes al afirmar, que: “ Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas -debe nuevamente recordarse- a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones -desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación- puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo.” En este sentido, vid. también ROCA TRÍAS, E. (1999) Familia y cambio social (De la “casa” a la persona), Civitas, pp.224-246. La autora incide en que no existe un derecho fundamental que garantice que paternidad legal y biológica sean coincidentes.



adopción o de fecundación heteróloga en el recurso a las TRHA frente al progenitor biológico, pues no existen para este último obligaciones de protección y asistencia para con las personas adoptadas o las nacidas en base a las TRHA.

De nuevo es necesario aquí reiterar que coexisten con el sistema tradicional de determinación de la filiación una serie de realidades que se explican en base a la heterogeneidad del hecho familiar y al avance de la ciencia, y en los que el papel determinante descansa en el consentimiento o en la voluntad “procreacional”<sup>551</sup>. Estos supuestos ya se han identificado y serán abordados en los siguientes apartados. Por ello, como ya ha sido apuntado, algunos autores propugnan la configuración de un nuevo mecanismo de determinación de la filiación de forma concurrente a las ya existentes, o bien, incluso, y de forma muy acertada, el replanteamiento de todo el sistema filiatorio<sup>552</sup>.

---

<sup>551</sup> Como supuestos en los que advierte la preeminencia del elemento consentimiento en la determinación de la filiación podríamos considerar el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), el reconocimiento de complacencia, o la gestación por sustitución, entre otros. En este sentido, vid. entre otras, op. cit. PANIZA FULLANA, A. (2017) *Realidad biológica versus realidad jurídica...*, pp.29-32.

<sup>552</sup> En este sentido, op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...* Las autoras propugnan el rediseño del sistema acogiendo como principio rector el de la “responsabilidad (o co-responsabilidad) de todas las personas que participan del proceso de generación de una nueva vida (...) responsabilidad que entendemos como capacidad existente en todo sujeto activo para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”, p.256. Vid. también FEMENÍA LÓPEZ, P.J. (2020) “Los casos difíciles: la posible integración en base al principio de interés superior del menor que propone una reformulación en base a este principio” en FEMENÍA LÓPEZ, P. J. *La determinación de la filiación “en interés del menor”: “turismo reproductivo” y nuevos modelos de familia*. Dykinson, pp.75-204.

## **CAPÍTULO IV: EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN**

**1. PLANTEAMIENTO DEL ANÁLISIS. 2 ORÍGENES Y DETERMINACIÓN DE LO PROGENITORES.** 2.1. BREVE APUNTE A LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA FILIACIÓN. 2.2. *MATER SEMPER CERTA EST.* 2.3. EL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA Y LAS PRESUNCIONES EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. 2.4. VOLUNTAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. 2.4.1. Prevalencia de la voluntad en los mecanismos de determinación de la filiación. 2.4.2 Voluntad vs. verdad biológica. 2.5 ACCESO A LA VERDAD BIOLÓGICA **3. ORÍGENES Y DESCONOCIMIENTO O FALTA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.** 3.1. EL DESCONOCIMIENTO 3.1.1. El desconocimiento de la madre y sus implicaciones en el derecho a conocer los orígenes. 3.1.2. La prohibición del desconocimiento de la madre vs. el desconocimiento del padre. ¿Discriminación por razón de género? 3.1.3. La no determinación de la filiación y la relación familiar *de facto* en la jurisprudencia del TEDH. 3.2. LA MATERNIDAD/PATERNIDAD Y EL CONOCIMIENTO DE LOS ORÍGENES.

### **1. PLANTEAMIENTO DEL ANÁLISIS**

El ordenamiento jurídico ha tratado de integrar y regular realidades que responden a la voluntad de las personas o familias que quieren tener hijos. Sin embargo, mientras que esta voluntad prevalece, es necesario considerar si la persona nacida ha visto suficientemente preservada la posibilidad de conocer su pasado y de tener acceso al conocimiento de su historia vital.

No cabe duda de que un aspecto esencial y, muchas veces crucial, en el conocimiento de los propios orígenes es la determinación de la filiación. Mediante la filiación jurídica<sup>535</sup>, la persona tendrá un vínculo jurídico con una o dos personas que serán reconocidas jurídicamente como padre/s y/o madre/s. Estas personas que serán reconocidas como progenitores pueden o no coincidir con los progenitores biológicos.

---

<sup>535</sup> Tal y como ya se avanzaba en el Capítulo III § 1.3 de la presente.

A pesar de que en la mayor parte de supuestos la determinación de la filiación se fundamente en el principio de la verdad biológica es necesario detenerse en el análisis de si actualmente la determinación de la filiación permite salvaguardar el principio de verdad biológica. En esencia, debe tratar de dilucidarse si los mecanismos de determinación de la filiación protegen o sirven realmente a la búsqueda de la verdad biológica y a posibilitar el acceso a su conocimiento.

Tal y como ya se ha indicado, las reglas de determinación de la filiación se inspiran en la búsqueda de la dicha verdad, salvo en los supuestos de atribución de la filiación por adopción y en los de fecundación heteróloga en el recurso a las TRHA, en los que, se impone una ficción jurídica basada en la voluntad y el principio de verdad biológica queda desplazado. Sin embargo, como se ha ido esbozando y se constatará, no sólo en estos contextos este principio queda profundamente desdibujado.

Es necesario señalar, de nuevo, que la determinación de la filiación y el conocimiento de los propios orígenes operan en planos distintos. Sin embargo, no puede obviarse que se hallan profundamente imbricados o interconectados. Y es que, si el conocimiento de los propios orígenes se refiere a la posibilidad de acceder a conocer datos acerca de los progenitores y otros familiares biológicos -y/o genéticos- de la persona, esencial resulta si esos progenitores o familia en la que jurídicamente se enmarca la persona, desde generalmente su nacimiento, coinciden o no con sus progenitores biológicos.

Si no coinciden y este hecho es conocido por el hijo o la hija no se plantea ningún problema desde la óptica del derecho a conocer los propios orígenes biológicos. Sin embargo, si esta no coincidencia es ocultada, como ocurre en múltiples realidades, ello sí puede suponer una colisión con este derecho.

Siguiendo con el planteamiento del análisis del presente capítulo, nótese que la cuestión de la determinación de la filiación que tiene lugar en el plano judicial no será analizada de forma detenida, y se referirá a ella de soslayo, por cuanto en el seno del procedimiento, de suerte que podrá dirimirse la cuestión acerca de la coincidencia -o no- entre la filiación jurídica y la biológica, invocando las oportunas acciones de filiación<sup>534</sup> -reclamación e impugnación-, con la práctica de las pruebas que resulten

---

<sup>534</sup> Para un estudio de las acciones procesales en materia de filiación, vid. entre muchas otras obras y autores, vid. op. cit. QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (2005) “La prueba del ADN en los procesos de filiación” *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 58, nº2. Vid. también, op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2013) *Tratado de Derecho de la persona física ...* pp. 333-355. Así como, AMMERMAN YEBRA, J. (2017) *Las madres solas ante los tribunales, la administración y las leyes ¿se perpetúa la discriminación?*, Tirant lo blanch; en la que recoge distintas corrientes

pertinentes, entre ellas, la de ADN. Al existir en este contexto una búsqueda de los orígenes biológicos fundada en la prueba y en un proceso dotado de garantías, no se plantea, de entrada, la colisión con el derecho a conocer los propios orígenes biológicos.

En este capítulo se analizará si en las situaciones jurídicas en las que el derecho a conocer los propios orígenes biológicos puede resultar comprometido, los mecanismos que operan para determinar la filiación amparan o protegen de forma suficiente el acceso al conocimiento de los orígenes, sin analizar ni valorar cuestión alguna en materia de efectos de la filiación jurídica que pudieran o debieran derivarse, toda vez que de lo que se trata en el presente capítulo es de poner de relieve la necesidad y el derecho de la persona de conocer con la máxima certeza posible quién es su progenitor biológico -y/o genético-; a pesar de que el progenitor jurídico no coincida con aquél.

Por último, se señala que el presente capítulo se estructura en dos bloques, uno relativo a la determinación de la filiación y el siguiente respecto a la no determinación de la misma. Todo ello, como ya he referido, desde el enfoque de la necesaria preservación del derecho a conocer los propios orígenes biológicos.

## **2. ORÍGENES Y DETERMINACIÓN DE LOS PROGENITORES**

### **2.1. BREVE APUNTE A LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA FILIACIÓN**

El sistema filiatorio español se asienta en la distinción de dos tipos de filiación: la filiación por naturaleza -y dentro de esta hay que estar a la distinción entre la matrimonial y la no matrimonial<sup>555</sup>-, y la filiación por adopción. Situándonos en el marco de la filiación por naturaleza se imbrica como principio el de la verdad biológica<sup>556</sup>, a

---

jurisprudenciales en cuanto al valor probatorio de la negativa a someterse a la prueba del ADN por parte del padre, pp.57-62.

La regulación procesal de las acciones se halla contemplada en los artículos 764 a 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), BOE-A-2000-323.

<sup>555</sup> GETE-ALONSO, M.C. postula que tal diferenciación se debe a “conforme a una larga tradición jurídica, el matrimonio otorga seguridad a la hora de determinar la paternidad dado su contenido (deberes y derechos).”, en “La determinación de la filiación. Stato Quo” en op. cit. GETE ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...*, p.28.

<sup>556</sup> Junto al principio de igualdad y el de *favor filii*, tal y como recoge GETE-ALONSO, M.C. (2017) “La filiación (I)” en op. cit. SOLÉ RESINA, J., / GETE-ALONSO, M.C. *Lliçons de Dret Civil Català III...*, pp.35-36.

diferencia de en la filiación por adopción, que se aleja de esta coincidencia entre verdad biológica y jurídica, puesto que se crea una ficción y en esta no rige la coincidencia con la verdad biológica, sino que se impone un acto administrativo a partir del cual se constituye la relación de filiación<sup>537</sup>.

En este sentido, cabe también añadir, que no siempre la filiación por naturaleza se asienta en el acto sexual de dos personas de distinto sexo, ya que las reglas de la misma también operan en los supuestos de hijos e hijas concebidas mediante el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida, prescindiéndose también en los casos de fecundación heteróloga de la correspondencia entre realidad biológica y jurídica.<sup>538</sup>

La filiación por naturaleza, tal y como se ha referido, distingue entre filiación matrimonial y no matrimonial. Sin embargo, ello no se traduce en una amalgama de derechos u obligaciones distintos en el contenido de la filiación para cada supuesto, sino que se trata de una clasificación operativa en orden a determinar la filiación, especialmente en los supuestos del hijo respecto al marido de la madre, toda vez que su filiación en principio se fijará por medio de las presunciones *iuris tantum* que el ordenamiento establece y que se basan en el principio contenido en el Digesto *pater is est quem nuptiae demonstrant*<sup>539</sup>.

---

<sup>537</sup> De conformidad con el artículo 176 CC, BOE-A-1889-4763.

<sup>538</sup> Ibidem, p.36. Vid. también, la misma autora GETE-ALONSO, M.C. “La determinación de la filiación. Stato Quo” en op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...* La autora alude a que “en los supuestos de reproducción asistida entre decantarse por la adopción, que era una de las posibilidades, o por la filiación por naturaleza, se ha elegido ésta que se considera más próxima a la realidad; aun cuando haya conciencia de que no siempre va a existir correspondencia genética y hasta biológica (...) de manera que, aquí se otorga relevancia a la voluntad, el querer asumir la relación de filiación; lo que se resume en el principio de consentimiento.”, pp.25-26. También recoge la autora la evolución legislativa relativa a esta determinación de la filiación fundada en el consentimiento en el supuesto de doble maternidad, pp. 33-36.

<sup>539</sup> Paulo; Digesto, 2,4,5: *quia (mater) semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant* ('la madre siempre es cierta; es padre, en cambio, quien demuestra las nupcias'). Extraído del *Diccionario panhispánico del español jurídico de la RAE*. En sentido contrario, podríamos señalar el principio de realidad genética, que si prevaleciera a la formal sería: “*pater is est quem sanguinis demonstrat*”; o con otra locución “*Iura sanguinis nullo iure civile dirimi possunt*” (los derechos de sangre no pueden ser invalidados por ningún derecho civil), Digesto, 50, 17, 8.

Tal y como postula RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1997) “¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”. *Anuario de Derecho civil, T. L., fasc. I.*; “toda la historia jurídica de la filiación (sustancialmente, la de la determinación de la paternidad y sus consecuencias) se ha construido alrededor de esa idea de incerteza de la

Asimismo, no puede obviarse que la configuración jurídica de la filiación entronca con la concepción de maternidad<sup>540</sup> y de paternidad<sup>541</sup>, llamémosle, tradicionales. En toda ella subyace la idea de la maternidad y paternidad como madre y padre únicos sujetos que traen a la vida, comúnmente compartiendo el material genético y de forma natural, a quienes se les atribuye el deber de velar por su cuidado. Esta arraigada visión clásica de las concepciones de maternidad y paternidad es consustancial a la configuración jurídica de la filiación y la impregna, y ello se podría decir que es una de las causas de los conflictos que se producen y desde esta visión nacen las reticencias a poder reconocer otras situaciones como la pluriparentalidad<sup>542</sup>.

---

paternidad (...)", p. 7. Para el autor, se trata de un enfrentamiento entre dos planos, el realista -verdad biológica- y el formalista -paz familiar-, que dificulta la prueba de la verdad biológica.

Vid. también, en este sentido, entre muchas otras, NIETO ALONSO, A. (2006) "El iter en la búsqueda de la verdad real frente a la presunta y el derecho a conocer el propio origen biológico" en GÓNZALEZ PORRAS, J.M. / MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (Coords.) *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 3521-3550.

<sup>540</sup> En cuanto al concepto "maternidad", vid. GETE-ALONSO, M.C. "La determinación de la filiación. Stato Quo" en op.cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...*, pp.28-30. Vid. también, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (2019) "Madre y familia: la disociación entre maternidad genética, biológica, legal y social" en op cit. GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.) *Mujer, maternidad y derecho, V Congreso sobre la feminización del Derecho, Carmona V. Tirant lo blanch*, pp.233-254. En cuanto a la maternidad y a la paternidad como construcciones sociales vid. SERNA MEROÑO, E. "La maternidad: reflexiones sobre su configuración jurídica" en op cit. GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.) (2019) *ibidem*, pp.255-274.

<sup>541</sup> Afirma FARNÓS AMORÓS, E. (2019) "El derecho ante los casos de engaño o incertidumbre sobre la paternidad: de nuevo sobre el ideal de la «buena madre»" en op cit. GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.) (2019) *Mujer, maternidad y derecho, V Congreso sobre la feminización del Derecho, Carmona V. Tirant lo blanch*, que "mientras que la relación padre-hijo es mediata, indirecta y tenida (y conocida) por medio de la madre, la relación madre-hijo es directa, inmediata y de fácil determinación biológica y jurídica. Ello explica que históricamente los medios de determinación de la maternidad y la paternidad hayan sido distintos, y que también hayan sido distintos los requisitos de capacidad para su reconocimiento.", p.441.

<sup>542</sup> Para mayor detalle, vid. entre otras, op. cit. JOCILES, M.I. / RIVAS, A.M. (2016) "Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida con donante". *Ankulegi*, 20, pp.63-78. Las autoras sostienen que esta deconstrucción y cambio progresivo de la noción de paternidad y maternidad afectan a la noción de parentesco, y afirman "La pluriparentalidad desafía una de las principales presunciones sociales y culturales grabadas en la ley: la exclusividad de la relación paterno-filial, por la que un hijo/a solo puede tener una madre y un padre a efectos jurídicos (o una/dos madres o uno/ dos padres, en el caso de familias monoparentales y homoparentales) y la exclusión del reconocimiento de padre y madre a otras personas cuya contribución ha hecho posible la coproducción de una criatura. Es esta visión excluyente y exclusiva la que convierte las relaciones familiares en un campo de

La filiación entronca directamente con la relación familiar, con la institución de la familia, y conectado con lo anterior “si bien la familia satisface necesidades que no pueden ser suplidas por ninguna otra institución (...) y es un fenómeno universal, no hay un modelo universal de familiar (...) es un fenómeno histórico y su historia es la de un cambio constante, al mismo tiempo que lo hace la sociedad en que se inserta”, debiendo resaltarse que las transformaciones de la sociedad han conducido a la “pérdida progresiva de los elementos naturales en su origen”<sup>543</sup>. En este sentido, a pesar de que proliferan leyes tendentes al reconocimiento de la pluralidad de modelos o estructuras familiares<sup>544</sup>, que tratan de reconocer la complejidad de las relaciones personales y familiares y la heterogeneidad de sus estructuras, lo cierto es que el mecanismo de la determinación de la filiación todavía se asienta en las bases propias de sociedades del pasado.

En nuestro sistema jurídico lo relevante para la filiación es la creación de vínculos jurídicos<sup>545</sup> entre la persona nacida y los progenitores, a fin de procurar al hijo

---

batalla entre actores con intereses supuestamente enfrentados: «padres biológicos», «padres genéticos», «padres sociales» y «padres de intención». Incluso los términos de parentesco convencionales son insuficientes e inapropiados para identificar este entramado social, en el que la disociación de los elementos genéticos, biológicos, legales y sociales ha generado incertidumbre, ambivalencia y ambigüedad en el uso de términos (...)”, p.75-76.

<sup>543</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O. (2015) “Maternidades y paternidades escindidas: una nueva cultura de la reproducción” en TAMAYO HAYA, S. (Dir.) et al. *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares, pp. 109-110.

Cabe referir que el Código Civil de Cataluña, BOE-A-2010-13312, recoge expresamente el hecho de la heterogeneidad familiar en su artículo 231-1, en cuya virtud “1. La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes. 2. Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor”.

<sup>544</sup> Vid. en este sentido, como ejemplos de regulación tendente al reconocimiento de nuevos modelos de familia, la ya referida Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE-A-2023-5366; así como el ya referido también Anteproyecto de Ley de Familias, consultable en: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/apl-ley-familias.pdf> (última consulta 21/02/2023).

<sup>545</sup> Por lo que se refiere a las disposiciones en materia registral, las inscripciones de nacimiento, en las que se determina la filiación, se han regulado en base a la LRC de 1957 y al RRC de 1958; más adelante por la LRC de 2011 y sus sucesivas fases de entrada en vigor, más las continuas modificaciones que no hacen más que complicar su aplicación; a lo que se le aúna que el RRC,

o hija la protección que necesita, dotando a los sujetos de una serie de poderes, facultades y deberes, que serán iguales<sup>546</sup> con independencia del origen de la filiación - por naturaleza o adoptiva-<sup>547</sup>. Los efectos propios de la filiación<sup>548</sup>, tales como la potestad parental, los apellidos, los alimentos, o los derechos sucesorios; como es obvio, serán los mismos con independencia de cómo haya sido determinada esta filiación, y también con independencia de si ha sido determinada de forma extrajudicial o judicial.

Para fijar entre determinadas personas implicadas una relación jurídica<sup>549</sup> filiatoria, el ordenamiento civil se sirve de varios mecanismos, pues no basta con el nacimiento de la persona ya que tras el mismo debe determinarse jurídicamente cuál es la filiación<sup>550</sup>. Estos mecanismos difieren, como ya he referido, entre si se trata de la

---

aunque se ha venido modificando sigue siendo el de 1958. Todo ello, completado con Instrucciones de la DGRN, que han ido también variando y que, incluso, en determinados momentos, han resultado contradictorias. A esta problemática se le añade la escasa dotación de recursos para la digitalización y correcto funcionamiento del Registro Civil tal y como se plantea en la LRC vigente.

<sup>546</sup> No podría ser de otro modo, tal y como reza el artículo 39.2 CE “2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos 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”, BOE-A-1978-31229, que contiene el principio de igualdad en la materia que nos ocupa, principio consagrado en el artículo 14 de la CE. De conformidad con este mandato, el CC preceptúa que en su artículo 108 apartado 2º que “La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.”, BOE-A-1889-4763.

Asimismo, en el ordenamiento civil catalán el CCCat establece en el mismo sentido en el artículo 235-2.1 “1. Toda filiación produce los mismos efectos civiles, sin perjuicio de los efectos específicos de la filiación adoptiva.”, BOE-A-2010-13312.

<sup>547</sup> Vid. artículo 108 CC y artículo 235-2 CCCat.

<sup>548</sup> En cuanto a los efectos de la filiación, en el ordenamiento estatal hay que estar al contenido de los artículos 109 CC, BOE-A-1889-4763, que en su apartado 1º fija que “La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley.” y a su artículo 110 CC, que recoge que “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”. Por lo que respecta al ordenamiento catalán los efectos de la filiación se contienen en el artículo 235-2.2 CCCat “2. 2. La filiación determina la potestad parental, los apellidos, los alimentos y los derechos sucesorios y comporta la asunción de responsabilidades parentales hacia los hijos menores y los demás efectos establecidos por las leyes.”

<sup>549</sup> Tal y como apunta GETE-ALONSO, M.C. “La determinación de la filiación. *Stato Quo*” en op.cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...*, p.18, invocando el concepto de relación jurídica acuñado por VON SAVIGNY.

<sup>550</sup> *Ibidem*, p.19.



determinación materna o paterna, así como entre si la filiación por naturaleza es matrimonial o no matrimonial.

Insisto en que en ninguno de estos mecanismos se tiene en cuenta por el ordenamiento la distinción y posible coexistencia entre maternidad y paternidad biológica, genética, social y jurídica<sup>551</sup> toda vez que el sistema se basa en dotar a los hijos e hijas de progenitores tratando, en principio, de salvaguardar la coincidencia entre verdad biológica y jurídica -salvo los supuestos ya apuntados, como la adopción o la fecundación heteróloga-. Así, tal y como ya se ha referido, en la filiación por naturaleza el ordenamiento en inicio trata de “corresponder a la relación biológica de generación”<sup>552</sup>, de la que parte de base.

En el ordenamiento civil español estos mecanismos -insisto extrajudiciales- son la declaración realizada por el padre o progenitor no gestante a través del formulario oficial que tiene entrada en el Registro Civil; la presunción de paternidad matrimonial respecto del cónyuge de la madre; el reconocimiento ante el Encargado/a del Registro Civil en testamento u otro documento público; la resolución recaída en el expediente tramitado según la legislación del Registro Civil; y la determinación de la filiación por sentencia firme. Cabe añadir, que, en los supuestos de doble maternidad, la mujer no gestante quedará determinada como madre si manifiesta su conformidad a la determinación de tal filiación<sup>553</sup>.

En el ordenamiento civil catalán, en el mismo sentido, pero estructurando los supuestos en base a los sujetos de la relación jurídica se prevé que la filiación quedará determinada “con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre.”<sup>554</sup>

---

<sup>551</sup> Como respuesta a la cuestión ¿quiénes son padres? Las autoras GETE-ALONSO, M.C. y YSÀS SOLANES, M. (2017) se plantean previamente “conviene aclarar a qué nos referimos, porque existen diferencias entre lo que podemos calificar como la maternidad-paternidad genética y biológica, la social y la jurídica. Jurídica o legalmente, que es la que nos interesa, para fijar la paternidad y la maternidad se toman como presupuestos necesarios la realidad genética y biológica y la percepción social.” p.63, en “Qui est parent? ¿Quiénes son los padres?” en BRUGGEMAN, M. / SOLÉ RESINA, J. (Dir.) *Être parents - Ser padres*. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, pp.63-104.

<sup>552</sup> Ibidem, pp.24-25.

<sup>553</sup> Vid. art. 120 CC en consonancia con el artículo 7 de la LTRHA y el artículo 44.4 de la LRC.

<sup>554</sup> Ex. art. 235-3 CCCat, BOE-A-2010-13312.

Por trascender del objeto de la presente investigación, no serán tratados los supuestos de determinación de la filiación tras el fallecimiento del progenitor o del hijo póstumo<sup>555</sup>, ni cuestiones específicas acerca, por ejemplo, de la capacidad exigida por el ordenamiento para el reconocedor.

---

<sup>555</sup> En el ordenamiento civil español la cuestión se halla regulada en la ya citada LTRHA, siempre que la fecundación sea homóloga, concretamente en su artículo 9 relativo a la premoriencia del marido, a cuyo tenor “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.”; en cuanto al ordenamiento civil catalán, su artículo 235-8 CCCat, BOE-A-2010-13312, preceptúa en cuanto a la fecundación asistida de la mujer casada, que: “1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento.

2. En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones:

a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento.

b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple.

c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días.” Este precepto cohonesta con el contenido del artículo 235-13 del mismo CCCat, relativo a la fecundación asistida, en cuya virtud “1. Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público.

2. En la fecundación asistida después del fallecimiento del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de este si se cumplen las condiciones establecidas por el artículo 235-8.2, en lo que le sea de aplicación.”.

## 2.2. *MATER SEMPER CERTA EST*

En este punto es necesario detenerse en la determinación de la filiación materna<sup>556</sup>. En cuanto a la misma, con independencia de si la filiación tiene el carácter de matrimonial o de no matrimonial -que dependerá fundamentalmente de si la mujer está casada en el momento de la concepción-, ya se ha referido<sup>557</sup> que la maternidad se fundamenta en el hecho del parto, prescindiéndose del origen del material genético<sup>558</sup> del hijo o hija, en base al principio *mater semper certa est etiam si vulgo conceperit*.

El supuesto común es que la identificación de la madre se recoja en el parte facultativo que tiene acceso al Registro Civil junto con la declaración obrante en documento oficial, quedando fijada la atribución materna en base al hecho del parto, siendo así que en nuestro ordenamiento la madre biológica es la que corresponde con la madre filiatoria<sup>559</sup>. Si la presentación de esta declaración apoyada en el parte facultativo

---

<sup>556</sup> En este punto, se concreta que todas las menciones a madre o a mujer gestante de la presente investigación engloban obviamente también a las personas trans que conservan la capacidad para gestar.

<sup>557</sup> Vid. Capítulo III § 1.4. de la presente investigación.

<sup>558</sup> Este alejamiento o relegación del origen del material genético se plasma sin duda en el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), BOE-A-2006-9292, que en cuanto a la filiación de las personas nacidas mediante estas técnicas propugna que “1. 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. 2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. “; en consonancia con el artículo 8.1 de la misma LTRHA, “1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.”

así como el 10.2 del mismo texto legal, a cuyo tenor “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

<sup>559</sup> Madre biológica y jurídica (o filiatoria) se identifican con independencia de si el material genético es o no coincidente -no lo será en el supuesto de donación de gestación con óvulos de otra mujer-. También se prescinde de si la madre biológica será distinta a la “madre social”.

se realizara de forma extemporánea<sup>560</sup>, se requeriría resolución dictada previa tramitación de expediente registral<sup>561</sup>.

Esta inscripción del nacimiento de forma casi inmediata tras el alumbramiento suele ser la habitual en los supuestos en los que la mujer ha dado a luz asistida de profesionales sanitarios y dicha inscripción ya se promueve y facilita a través de los centros sanitarios.

En el centro sanitario se practican pruebas en orden a comprobar esta correspondencia entre madre biológica e hijo o hija nacido<sup>562</sup>. En este sentido, respecto a la identificación de la madre que tenga lugar en el centro sanitario<sup>563</sup>, conforme al artículo 44 de la LRC:

---

<sup>560</sup> Desde los centros sanitarios debe promoverse en el plazo máximo de 72 horas desde el nacimiento. Si por cualquier causa no ha sido remitido, las personas obligadas a promover la inscripción – dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios; personal médico y sanitario, progenitores (salvo que la madre renuncie a la filiación en el momento del parto, que será en tal caso asumida la obligación por la administración); el pariente más próximo; o cualquier persona mayor de edad presente en el parto- cuentan con un plazo máximo de diez días para efectuar la declaración ante una oficina del Registro Civil. En caso de que transcurra este plazo sin haber sido declarado el nacimiento, deberá promoverse expediente registral, de conformidad con el art. 46 y 47 de la LRC. Cabe referir que las previsiones en cuanto a la inscripción desde el ámbito sanitario fueron introducidas por la Ley 19/2015 de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE-A-2015-7851. En este sentido, vid. op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2018) “La inscripción de nacimiento en la ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad”. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº1 Estudios, pp.1-54.

<sup>561</sup> En este sentido, vid. arts. 311 y siguientes del RRC, BOE-A-1958-18486.

<sup>562</sup> Todo ello con acierto, en aras de evitar sucesos como el de los ocurridos en España y que ya han sido referidos como el asunto de los “bebés robados”.

<sup>563</sup> La autora FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) en “La correcta identificación del recién nacido como medida de protección del derecho a la identidad” en GALLARDO RODRÍGUEZ, A. et al. *Los Nuevos retos del derecho de familia*. Tirant lo blanch; pone énfasis en la necesidad de aportar seguridad para la protección de la identidad del menor por medio de mecanismos de pulseras y pegatinas codificadas o no separando a la persona nacida de la madre que da a luz, y propone una revisión de las técnicas empleadas para la comprobación de la correspondencia biológica y genética, y en aras de proteger la identidad de la persona nacida aboga por la incorporación como medida de identificación “la toma obligatoria de la gota de sangre del cordón umbilical del recién nacido y del perineo de la madre, y, por otra, las huellas dactilares de ambos (...) que esas muestras queden plasmadas en un único documento que, en vez de quedar custodiado en el hospital, tenga acceso al Registro Civil como medida de individualización de propio interesado.”, p.431.

“El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas que resulten necesarias para ello conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas. En todo caso se tomarán las dos huellas plantares del recién nacido junto a las huellas dactilares de la madre para que figuren en el mismo documento. En la inscripción que del nacimiento se practique en el Registro Civil se hará constar la realización de dichas pruebas y el centro sanitario que inicialmente conserve la información relacionada con las mismas, sin perjuicio del traslado de esta información a los archivos definitivos de la administración correspondiente cuando proceda”.

Legalmente también se prevé el reconocimiento posterior por parte de la madre ante el Encargado/a del Registro Civil, o bien la inscripción del nacimiento de la persona nacida por parte de las autoridades administrativas en caso de renuncia materna -con posterioridad al parto- a los derechos de filiación<sup>564</sup>, en cuyo caso, este último, la identificación de la madre constará, pero de forma restringida<sup>565</sup> y la mujer que ha dado a luz tampoco estará obligada a promover la inscripción, recayendo esta obligación en la Administración.

Volviendo a la determinación de la filiación materna tras el parto y a la comprobación de la correspondencia entre madre e hijo o hija nacido, siendo este un supuesto muy común, distinta coyuntura se plantea en el supuesto de la determinación del padre. En cuanto a la filiación paterna se prescinde absolutamente de comprobación biológica alguna. Este hecho contrasta con la realidad, pues en cuanto al derecho a conocer los orígenes que nos ocupa no podemos obviar que siempre debe haber un progenitor varón, toda vez que su material genético sigue siendo necesario para la procreación. A pesar de ello, esta comprobación no se efectúa salvo en determinados supuestos, y más comúnmente, no sin reticencias, en el seno de un proceso judicial.

Nótese que nadie duda acerca de la conveniencia de realizar las pruebas médicas que procedan para velar por la coincidencia biológica entre madre e hijo/o. Esto es así

---

<sup>564</sup> Vid. op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2019) “La renuncia a la maternidad” en GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.) *Mujer, maternidad y derecho, V Congreso sobre la feminización del Derecho, Carmona V. Tirant lo blanch*, pp.457-490.

<sup>565</sup> Conforme al art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC), BOE-A-2011-12628.

de forma acertada, pero, quizá de *lege ferenda*, podría plantearse también, por qué no, proceder al contraste de las mismas con el que se postula -si es el caso- como padre ya sea biológico o social, figurando tal circunstancia también en la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. Y ello por cuanto toda información posible acerca del origen biológico debe constar, pues este hecho posibilitará la observancia y protección del derecho de la persona nacida a conocer sus orígenes, a quien toda esta información pertenece.

En caso de doble maternidad, a la mujer cónyuge de la madre que ha dado a luz le basta con declarar su consentimiento acerca de que se determine a su favor la filiación respecto al hijo o hija nacido mediante el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida<sup>566</sup>. Respecto a la mujer no gestante que no sea cónyuge de la madre, con anterioridad a la promulgación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, en el ordenamiento estatal aquella debía recurrir a otros mecanismos como la adopción intrafamiliar, mientras que actualmente la filiación de la madre no gestante cuando no concurre matrimonio puede ser determinada cuando manifieste su voluntad o conformidad en determinación de tal filiación, siempre, eso sí, que no contraríen la existencia de alguna presunción<sup>567</sup>.

---

<sup>566</sup> De conformidad con el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), BOE-A-2006-9292, “3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”, y en cuanto a la determinación de la filiación en el recurso a las TRHA su artículo 8 se ocupa de determinar que” 1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.”.

<sup>567</sup> De conformidad con el artículo 44.4 de la LRC, BOE-A-2011-12628, una vez modificado por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE-A-2023-5366. A tenor del cotado artículo: “4. La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.

Cabe referir que en el ordenamiento catalán la atribución de la filiación mediante el reconocimiento de la madre no gestante ya se ampliaba a la mujer conviviente<sup>568</sup>.

Siguiendo con este supuesto de doble maternidad, en ningún caso se hará constar quién de las progenitoras es la genética pues puede ser que no coincida con la biológica -que da a luz-, o que ninguna de ellas comparta vínculo genético alguno con el hijo o la hija, desgajándose biología y genética. Tampoco consta quién es el progenitor biológico masculino. Todo ello choca con el derecho de la persona nacida por medio de estas técnicas a conocer sus propios orígenes. Sobre este supuesto en concreto se volverá más adelante<sup>569</sup>.

---

La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

- a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho.
- b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

En los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código Civil se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata solo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna.”

Ya en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2023, se hace constar que “La disposición final primera modifica el Código Civil, procediendo a la implementación del lenguaje inclusivo. Lejos de consistir en una modificación meramente formal, la sustitución del término «padre» en el artículo 120.1.º por la expresión «padre o progenitor no gestante» supone la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales, en coherencia con las modificaciones operadas sobre la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil por la disposición final undécima.”

<sup>568</sup> En el ordenamiento civil catalán se ampliaba ya al supuesto de pareja de la madre, sea hombre o mujer, estableciéndose en el artículo 235-13.1 CCCat, BOE-A-2010-13312, que “1. Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público”, por lo que amplía este consentimiento a los supuestos de filiación no matrimonial.

<sup>569</sup> Vid. Capítulo V § 4 de la presente investigación.

### 2.3. EL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA Y LAS PRESUNCIONES EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

En este apartado resulta necesario referirse con detalle a las presunciones de paternidad, siendo imprescindible detenerse en cómo es determinada la filiación en un supuesto muy frecuente, cuál es, cuando la persona nacida presumiblemente fue concebida en el seno de un matrimonio y operan estas presunciones, esto es, la presunción *iuris tantum* por parte del ordenamiento de que el marido de la madre es el padre del hijo o hija nacido, sin contraste o prueba alguna, basándose en si existía matrimonio durante el período de concepción.

Por ello, es necesario hacer hincapié en cómo operan estas presunciones y si pueden seguir reputándose válidas en nuestro contexto a los efectos de dotar de virtualidad al principio de verdad biológica.

En primer lugar, debe apuntarse a que la configuración jurídica de las presunciones se basa de inicio en el modelo tradicional canónico de matrimonio heterosexual<sup>570</sup> y en la paternidad<sup>571</sup> tal y como se ha venido históricamente entendiendo. Además, se fundamenta en el principio de normalidad<sup>572</sup> y en el tradicional principio recogido ya en el Derecho romano *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Estas presunciones, que operan en la determinación de la paternidad matrimonial, y que se basan se basan en dicho principio *id quod plerumque accidit*, esto es, en la normalidad -la normalidad de antes y para el hombre diríamos-, tienen en cuenta el período legal de concepción y la fecha de matrimonio (artículos 116 a 120 del Código Civil y 235-3 a 235-14 del Código Civil de Cataluña).

---

<sup>570</sup> De suerte que ya han operado distintas reformas para dar cabida a los supuestos de matrimonio homosexual.

<sup>571</sup> Vid. PORQUERES GENÉ, E. (2018) *Estudios sobre el parentesco*, Editorial Universidad de Granada. Vid. también, en este sentido, IMAZ, E. (2018) “Cuando tres no son multitud. Progenitores, procreadores y proveedores en la conformación de las nuevas técnicas reproductivas”. *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2018/2, p.2.

<sup>572</sup> Tal y como sostiene op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación de la filiación...”, p.41.



La pervivencia de estos criterios de normalidad, que no se ajustan a nuestra realidad social y que, muchas veces se amparan erróneamente en el principio de mayor interés de la persona menor, deja entrever una esencia sexista y discriminatoria<sup>573</sup>.

En virtud de las mismas, en el ordenamiento estatal, existe la presunción *iuris tantum* de que es hija o hijo del marido la persona nacida “después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”<sup>574</sup>. También en el ordenamiento civil catalán opera

---

<sup>573</sup> Vid. en este sentido, DURÁN RIVACOBA, R. (2004) “El anonimato del progenitor” en GONZÁLEZ PORRAS, J. M. / MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (Coord.) et al. *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, Volumen I, pp. 1361-1363.

Vid. también SOLÉ RESINA, J. (2018) “Nuevas maternidades y paternidades. Bases de un nuevo derecho de filiación” en SOLÉ RESINA, J. / ALMADA MOZETIC, V. *Derechos Fundamentales...*; cuando sostiene que “La determinación de la filiación biológica se diseñó partiendo del axioma de que todo niño o niña tiene un padre y una madre y, en todo caso, solamente un padre y una madre, cosa que hoy ha de entenderse superada por los avances científicos que posibilitan otras situaciones con independencia de si se encuentran o no reguladas o de si están legalmente permitidas o prohibidas (...), p. 52.

<sup>574</sup> Ex. art. 116 del Código Civil, BOE-A-1889-4763. Este precepto se complementa con los siguientes. Así en el artículo 117 CC se indica que “Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.”, en su artículo 118 CC se dispone que “Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.”. Es necesario también cohonestar las anteriores disposiciones con parte del contenido del art. 44.4 de la LRC, BOE-A-2011-12628, en cuya virtud “ (...) La filiación paterna en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar: a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho.

b) Cuando el padre manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

En los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código civil se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna.”

dicha presunción relacionada también con el período legal de concepción<sup>575</sup>, que incluso se extrapolan operando como presunción determinante a favor del conviviente, eso sí, en el plano judicial<sup>576</sup>. Concretamente, en el ordenamiento catalán, en cuanto a la filiación matrimonial, se entiende que la persona nacida es hijo o hija del cónyuge o excónyuge si nace “después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la separación, legal o de hecho, de los cónyuges o a la declaración de nulidad o a la disolución del matrimonio”<sup>577</sup>.

Cabe añadir que, para el caso en el que la hija o hijo nazca dentro de los ciento ochenta días posteriores al matrimonio opera también la presunción, pero esta puede ser, con salvedades, desvirtuada de forma expedita por el marido si declara que desconoce la filiación, al tratarse de una concepción previa al matrimonio y no existir en ese momento los deberes conyugales<sup>578</sup>; excepto si hubiera reconocido la paternidad

---

<sup>575</sup> Expresamente se hace constar en el CCCat, BOE-A-2010-13312, qué se entiende por “período legal de concepción”, señalando su artículo 235-4 que “El período legal de concepción comprende los primeros ciento veinte días del período de gestación, que se presume de un máximo de trescientos días, salvo que pruebas concluyentes demuestren que el período de gestación ha durado más de trescientos días.”

<sup>576</sup> En este sentido, GETE-ALONSO, M.C. aboga por su extrapolación como presunción en la filiación no matrimonial tras el nacimiento, no sólo en sede de procedimiento judicial como inversión de la carga de la prueba, en op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación de la filiación...”, p.43.

Se establecen estas presunciones de paternidad no matrimonial en el seno del proceso judicial en el art. 235-10 CCCat, BOE-A-2010-13312., en cuya virtud “. Se presume que es padre del hijo no matrimonial:

- a) El hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción.
- b) El hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el período de la concepción.
- c) El hombre que ha reconocido la paternidad tácitamente o de modo diferente al establecido por el artículo 235-9.

2. Las presunciones a que se refiere el apartado 1 pueden destruirse con toda clase de pruebas en el correspondiente juicio.”

<sup>577</sup> Ex. art. 235-5.1 CCCat, BOE-A-2010-13312.

<sup>578</sup> De conformidad con el artículo 117 CC, BOE-A-1889-4763. “Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.” En el ordenamiento catalán, también se recoge esta previsión de concepción previa al matrimonio, aunque su regulación es más pormenorizada, preceptuándose en el art. 235-6 CCCat, que “1. Si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días

de forma expresa o tácita; o conocido el embarazo previo matrimonio salvo que la mujer consienta dicha declaración auténtica en contrario (artículos 117 CC y 235-6 CCCat) o si la madre demuestra la existencia de relaciones sexuales con el marido durante el período de concepción (artículo 235-6.2c) CCCat).

En el supuesto en el que exista separación legal o de hecho de los cónyuges y la persona nazca con posterioridad a los trescientos días previstos, y, en consecuencia, no opere la presunción de paternidad, en el ordenamiento civil español si ambos progenitores consienten puede inscribirse la filiación como matrimonial<sup>579</sup>. En este sentido, pero con matices, para el ordenamiento catalán los hijos e hijas serán matrimoniales “si se prueba que han nacido a consecuencia de las relaciones sexuales entre los cónyuges. La misma regla se aplica en el caso de nulidad o de disolución del matrimonio si se prueba que las relaciones han tenido lugar antes de producirse estos efectos”; recogiendo, además que “Si dentro de los trescientos días siguientes a la disolución o a la nulidad ha tenido lugar un nuevo matrimonio de la madre, se presume que los nacidos después de la celebración de este matrimonio son hijos del segundo marido”<sup>580</sup>.

---

siguientes a la celebración del matrimonio, el marido puede dejar sin efecto la determinación de la filiación que resulta del artículo 235-5 declarando que desconoce su paternidad. Esta declaración, que debe ser auténtica, debe entrar en el Registro Civil en el plazo de los seis meses siguientes al nacimiento. 2. El desconocimiento de la paternidad no es eficaz en los siguientes casos: a) Si el marido ha conocido el embarazo antes de contraer matrimonio, salvo que la declaración a que se refiere el apartado 1 se haya hecho con el consentimiento de la mujer. b) Si el marido ha admitido la paternidad de cualquier forma. c) Si la madre demuestra la existencia de relaciones sexuales con el marido durante el período legal de la concepción.”

<sup>579</sup> Conforme al art. 118 CC, BOE-A-1889-4763.

<sup>580</sup> Todo ello tal y como preceptúa el art. 235-5.1 y 235-5.2 del CCCat. BOE-A-2010-13312.

Estas presunciones que ya fueron acogidas por el derecho romano<sup>581</sup> y se hallan profundamente arraigadas en nuestro sistema jurídico<sup>582</sup>, ligadas al matrimonio canónico y heterosexual, aunque en un inicio busquen hacer coincidir la verdad biológica con la filiación jurídica, lo cierto es que no siempre lo consiguen, habida cuenta de que se fundamentan en criterios de normalidad<sup>583</sup> que ya no resultan ni aptos ni suficientes para garantizar, si es lo que se pretende, que la determinación de la filiación sea acorde o coincidente con la biológica.

---

<sup>581</sup> Paulo; Digesto, 2,4,5: *quia (mater) semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant* ('la madre siempre es cierta; es padre, en cambio, quien demuestra las nupcias'). Extraído del *Diccionario panhispánico del español jurídico de la RAE*. Para un mayor estudio en cuanto a la adopción de esta presunción por el Derecho romano, puede consultarse DUPLÀ MARÍN, M<sup>a</sup> T. (2021) "El principio *mater semper certa est* ¿A debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias". *BOE Anuarios de Derecho*, 2021, pp. 883-890. Consultable en:

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-R-2021-20088300894](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-20088300894) (última consulta 01/04/2022); en el mismo sentido la misma autora DUPLÀ MARÍN, M. T. (2019) "El presente del pasado: el principio *mater semper certa est* y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida" *Revista Internacional de Derecho Romano*, n°22, abril 2019, pp.289-325. La autora se plantea "Hoy en día las cosas han cambiado, y los avances en las ciencias vinculados con las nuevas técnicas de investigación del ADN permiten otorgar, en los casos de duda, una certeza evidente a la paternidad, sin duda alguna más precisa y segura que la certeza derivada de la propia presunción de paternidad por matrimonio de Paulo. Dicho lo cual, ¿realmente es útil actualmente la presunción de paternidad anunciada en su día por Paulo? Y de nuevo debo manifestarme negativamente ya que, si bien es cierto que, desde un punto estrictamente legal o jurídico, ésta otorga un punto de partida estable y también necesario en el ámbito familiar, no menos cierto es que su mantenimiento nos ha llevado, en la práctica, a situaciones muy difíciles de gestionar con el paso del tiempo. Basta pensar, por vía de ejemplo, en los supuestos directos o indirectos de conocimiento por el marido de la no paternidad pasados 15 o 20 años del nacimiento del hijo, y en general, en los múltiples casos, ciertamente curiosos y tachados de una gran complejidad jurídica, que nos ofrece, en los últimos años, la jurisprudencia nacional y europea.", pp.324-325.

<sup>582</sup> Es necesario referir que, en esencia, estas presunciones, que versan sobre el matrimonio y el plazo de gestación, son preconstitucionales, datan del Código Civil originario (1889) y en ellas subyace la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, distinción afortunadamente obsoleta y nula en base al principio de igualdad.

<sup>583</sup> La normalidad quizá de antes, pero no de nuestros tiempos. Puede que la madre quiera ser madre sin contar con un padre, lo que no debería conllevar que el hijo o hija desconociera quien es el padre biológico, a pesar de que no exista relación de filiación ni se fijen entre progenitor biológico e hijo/a deberes ni facultades propias de la filiación. Puede también, que la madre recurra a material de donante para procrear, aunque su marido sea padre a todos los efectos; o bien, que se trate de supuestos de pluriparentalidad.

En relación con lo anterior debe también referirse, aunque su virtualidad se dé en el proceso judicial, a la denominada *exceptio plurium concubentium*<sup>584</sup> como excepción que opera frente a la reclamación de paternidad y que se fundamenta en invocar por parte del hombre demandado la existencia de relaciones sexuales entre la mujer y otros hombres constante matrimonio; así como al aún más sorprendente, si cabe, contenido del precepto 235-18 CCCat, en el que recogiendo la antedicha excepción, refiere que, si bien “la prueba de las relaciones sexuales de la madre con un hombre diferente al demandado durante el período legal de concepción no es suficiente para destruir las presunciones de paternidad”, de invocarse dicha *exceptio*, puede llamarse a los hombres al proceso para que intervengan como demandados, debiéndose “declararse padre aquel cuya paternidad resulte más verosímil”. La formulación, configuración y tratamiento de esta excepción encierra serios y graves tintes de discriminación hacia la mujer.

Como ya he referido, las presunciones analizadas nos sitúan en una “anacronía absoluta”<sup>585</sup>, máxime cuando desde hace décadas disponemos de otros medios a nuestro alcance para determinar con seguridad la realidad biológica, insisto, si es lo que se pretende atendiendo a la vigencia del principio de veracidad o verdad genética.

Ciertamente, cuando entran en juego las presunciones, la voluntad de los progenitores queda relegada, pues si la mujer estaba casada durante el período que se entiende de concepción, la paternidad será atribuida al marido de la madre. Poco margen queda a la voluntad de los progenitores, más allá de la posibilidad de desvirtuar

---

<sup>584</sup> Tal y como recogía el Tribunal Supremo en STS (Sala de lo Civil) nº 3621/1996, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:1996:3621, “la llamada «*exceptio plurium concubentium*» no da lugar en nuestro derecho al rechazo de cualquier demanda sobre declaración de paternidad, como tal *exceptio* no está siquiera considerada en el Código Civil, aunque la prueba del acceso carnal con otros podrá ser considerada por el juzgador para llegar a sus conclusiones sobre la paternidad que se reclama, ni mucho menos invalida el indicio relevante que supone que el demandado se niegue a someterse a las pruebas biológicas. La Sentencia de esta Sala de 27 junio 1987 dijo que «la «*exceptio plurium concubentium*» no está contemplada expresamente por nuestro Código Civil (a diferencia del francés), por lo que, al carecer tal excepción de carácter de prueba tasada, debe ser libre y ponderadamente apreciada por el Tribunal de instancia, que en el caso que nos ocupa, aun admitiendo como posible tal acceso con persona distinta al demandado... entendió -con acierto- que la conducta procesal del recurrente, al negarse a contribuir al esclarecimiento del hecho, sometiéndose a las pruebas biológicas, cuando tan fácil le hubiera resultado por medio de ella descartar su negada paternidad, integraba un indicio más en favor del acogimiento de la declaración de la filiación solicitada» (FJ 2).

<sup>585</sup> SOLÉ RESINA, J. define así el estado de la normativa aún vigente en materia de filiación, en “Nuevas maternidades y paternidades. Bases de un nuevo derecho de filiación” en op. cit. SOLÉ RESINA, J. / ALMADA MOZETIC, V. (2018). *Derechos Fundamentales de los Menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, p.52.

el sistema de las presunciones invocando las acciones judiciales oportunas. También cabe, con salvedades, que el marido destruya la presunción si el hijo hubiera podido ser concebido con anterioridad al matrimonio, tal y como ya se ha referido.

No cabe duda de que las presunciones podrían hallar su razón de ser en un contexto en el que era necesario acudir a criterios de probabilidad o de normalidad para poder atribuir la paternidad de las personas nacidas basándose en una posible y pretendida verdad biológica y cuando la estructura familiar predominante era la compuesta por un hombre y una mujer que procreaban en el seno de un matrimonio. Ahora bien, en este momento, cuando esta estructura ha sido superada y, además, desde hace décadas ya existen mecanismos sencillos, rápidos, económicos e inocuos para determinar la paternidad -como los distintos formatos de prueba de ADN<sup>586</sup>- ni la pervivencia de estas presunciones ni la amplia discrecionalidad de la que gozan los sujetos implicados a la hora de determinar la filiación tienen sentido alguno si situamos el foco en el derecho a conocer los orígenes genéticos, ya no digo sólo biológicos, de los hijos e hijas nacidos.

Ni qué decir, que su eliminación pondría fin a una regulación en la que subyace un claro sesgo de género absolutamente rechazable, además de contrario a la intimidad

---

<sup>586</sup> Incluso con mayor atino en la actualidad, en la que desgraciadamente nos hallamos familiarizados con el uso de métodos de extracción de muestras, tras la pandemia mundial sufrida por el COVID-19.

Vid. también FARNÓS AMORÓS, E. (2019) “El derecho ante los casos de engaño o incertidumbre sobre la paternidad: de nuevo sobre el ideal de la «buena madre»” en op cit. GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.) *Mujer, maternidad y derecho, V Congreso sobre la feminización del Derecho, Carmona V. Tirant lo blanch*, p.448-451. La autora analiza desde la perspectiva del derecho comparado algunas propuestas de otros ordenamientos, como la obligación de las madres de declarar sobre quién es el padre biológico con el apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal, civil o sanción administrativa -Costa Rica- o la imposición de realización de prueba de ADN al pretendido padre para corroborar que es el padre biológico previa inscripción -proyecto de ley en Alemania-. La autora es crítica porque estos supuestos sitúan en ocasiones a la mujer en una encrucijada y porque, además, no atienden ni dan cabida a nuevas realidades, también válidas, como la pluriparentalidad. Afirma la autora que “se trata de propuestas incoherentes con el concepto de familia basado en los afectos y en la paternidad social (...) la superación de un concepto absoluto de filiación, de cuya declaración se hacen depender todos los efectos, debería permitir que en determinadas circunstancias se reconociera mayor relevancia a la paternidad vivida, por encima de la biológica, por lo que no toda acción de impugnación debería prosperar o, de hacerlo, ello no debería vincularse, como sucede en la legislación vigente, a la pérdida de todos los efectos asociados a la filiación. En esta línea se plantea la necesidad de dejar paso a acciones de paternidad con meros efectos declarativos y de distinguir entre reglas de determinación del estado civil e instrumentos de conocimiento de la verdad biológica, dos temas que suelen confundirse erróneamente.”, pp.450-451.

y a la dignidad de la mujer. De *lege ferenda* no debería mantenerse la determinación de la filiación en base a estas arcaicas presunciones, el mantenimiento de la determinación del marido como padre biológico sin certeza, basadas en desfasadas presunciones no tiene ningún sentido en la sociedad actual y existen otros mecanismos que pueden servir a la determinación de la filiación que no implican sesgos de género y que se fundan en criterios de igualdad y no discriminación.

## 2.4. VOLUNTAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

### 2.4.1. *Prevalencia de la voluntad en los mecanismos de la determinación de la filiación*

Cuando no opera la presunción de paternidad del marido de la madre, el mecanismo de determinación de la filiación se fundamenta en la declaración de voluntad de la persona que se postula como progenitora. En cuanto a la determinación de la filiación no matrimonial, respecto del padre o progenitor no gestante<sup>587</sup> que no ha dado a luz, en el ordenamiento civil español puede quedar determinada por la inscripción del nacimiento ante el Registro Civil, el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil por medio de testamento u otro documento público, consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por resolución recaída en el expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil o por sentencia firme<sup>588</sup>.

En todos estos mecanismos, salvo la sentencia que recae en un procedimiento judicial y en el que existe una práctica de prueba, siendo determinante la de ADN, tiene un papel predominante la autonomía privada -lo que es, cuanto menos, discutible en una cuestión de orden público como la que nos ocupa-. A pesar de que el espíritu de la determinación de la filiación sea, de inicio, la búsqueda de la verdad biológica, en ninguno de estos mecanismos se exigirá prueba biológica alguna para comprobar la

---

<sup>587</sup> Esta precisión se añadió modificando el artículo 120 CC en virtud de la ya referida Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE-A-2023-5366. Esta precisión posibilita que las parejas ya sean mujeres u hombres puedan arrogarse la filiación no matrimonial por declaración del mismo modo que las parejas heterosexuales venían haciendo.

<sup>588</sup> Tal y como ya se ha referido, conforme al artículo 120 del CC, BOE-A-1889-4763. De forma muy similar, también se recogen en el ordenamiento civil catalán, en su artículo 235-9 CCCat, BOE-A-2010-13312.

coincidencia entre filiación jurídica y biológica, primándose la voluntad de las personas intervinientes.

Por ello, puede afirmarse que el sistema jurídico entorno a la filiación, aunque se base en el principio de veracidad biológica, contrariamente desatiende a esta verdad en la filiación<sup>589</sup> de la persona que no da a luz, aun siendo ya posible la certeza científica de su intervención en la procreación, habida cuenta de que en ninguno de estos mecanismos se prevé el contraste o corroboración entre la verdad biológica y la voluntad.

El supuesto más habitual es que el progenitor no gestante declare su filiación en el formulario facilitado al efecto a la hora de promover la inscripción del nacimiento ante el Registro Civil. Ahora bien, si no se efectúa tal declaración en el momento de la inscripción y la filiación no es atribuida de inicio, al padre o a la madre no gestante le quedan otras vías extrajudiciales para arrogarse la filiación. Estas vías o mecanismos son el reconocimiento mediante declaración ante el Encargado/a del Registro Civil o la resolución dictada en expediente registral también por este último.

En cuanto al reconocimiento de la filiación no matrimonial efectuado ante el Encargado/a del Registro Civil, el ordenamiento exige, entre otros requisitos, el consentimiento de la madre y el consentimiento del hijo o hija si este/a es mayor de edad<sup>590</sup>. Reitero que, en ningún caso se exigirá prueba genética para la validez de este

---

<sup>589</sup> En este sentido, también, op. cit. IMAZ, E. (2018). “*Quem nuptiae demonstrant...* Algunas consideraciones sobre filiación y maternidades lesbianas desde la antropología”. *Athenea Digital*, 18(1), pp. 113-128; al afirmar la autora, que: “La filiación, en el sentido estricto de vínculo parento-filial, es uno de los campos donde el argumento de la biología más concluyente se presume y, sin embargo, es también un campo donde más manipulación de lo biológico se realiza e incluso donde, en más oportunidades, de forma notoria, lo biológico se desestima (...)”

<sup>590</sup> En cuanto a los requisitos del reconocimiento de la paternidad efectuado ante el Encargado del Registro Civil, hay que estar al contenido de los preceptos 121 CC, BOE-A-1889-4763, “El reconocimiento otorgado por menores no emancipados necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Para la validez del reconocimiento otorgado por personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo se estará a lo que resulte de la resolución judicial o escritura pública que las haya establecido. Si nada se hubiese dispuesto y no hubiera medidas voluntarias de apoyo, se instruirá la correspondiente revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin.”; 122 CC “Cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente.”; 123 CC “El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito. El consentimiento para la eficacia del reconocimiento de la persona mayor de edad con discapacidad se prestará por esta, de manera expresa o tácita, con los apoyos que requiera para ello. En caso de que exista resolución judicial o escritura pública que haya establecido medidas de apoyo, se estará a lo allí dispuesto.”;



reconocimiento, con independencia de su certeza o adecuación con la verdad biológica. Se trata así, puramente de un reconocimiento revestido, como acto jurídico de reconocimiento que es, de las notas de “personalísimo, unilateral, formal, irrevocable y confidencial”,<sup>591</sup> emanado de la propia autonomía de la voluntad del progenitor no gestante -o madre gestante, en su caso, enfocándonos en este punto al reconocimiento del/la no gestante-, pero en el que no parece que se busque o priorice la adecuación o concordancia entre la voluntad y la verdad biológica.

---

124 CC “La eficacia del reconocimiento del menor requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.”;

125 CC “Cuando los progenitores del menor fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, solo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro previa autorización judicial, que se otorgará con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al interés del menor.

El menor podrá, alcanzada la mayoría de edad, invalidar mediante declaración auténtica esta última determinación si no la hubiere consentido.”; y 126 CC “El reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales.”.

En el ordenamiento civil catalán, de forma similar se regula esta figura del reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en el artículo 235-12 CCCat, a cuyo tenor “1. Para la eficacia del reconocimiento de un hijo no matrimonial mayor de edad o menor emancipado, es preciso su consentimiento expreso o tácito 2. El padre y la madre pueden reclamar que se declare judicialmente la paternidad o la maternidad no matrimoniales aunque el hijo haya denegado el consentimiento a que se refiere el apartado 1. La sentencia que la admita debe determinar la filiación sin ningún otro efecto, salvo que se pruebe la razón que justifica el retraso en el reconocimiento.

3. Para la eficacia del reconocimiento de una persona menor o incapacitada que no se haga en el plazo fijado para la inscripción del nacimiento, es precisa la aprobación judicial, con audiencia del ministerio fiscal, del representante legal del menor y, si es conocido, del otro progenitor. La denegación de la aprobación judicial no impide la reclamación de la filiación de acuerdo con lo establecido por el apartado 2 y con el mismo alcance.

4. El reconocimiento de un hijo ya muerto solo es eficaz si deja descendientes y los de grado más próximo lo consienten. Si los descendientes son menores o incapacitados, es precisa la aprobación judicial, con audiencia del ministerio fiscal. La denegación de consentimiento o de aprobación judicial no impide la reclamación de la filiación de acuerdo con lo establecido por el apartado 2 y con el mismo alcance.”

<sup>591</sup> Op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación de la filiación...” en GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. *Actualización del derecho de filiación...*, p.44; así como la misma autora en “La filiación (I)” en SOLÉ RESINA, J., / GETE-ALONSO, M.C. (2017). *Lliçons de Dret Civil Català III: dret de Família*. Tirant lo blanch, p.43.

En el caso del reconocimiento llevado a cabo por parte del que se pretende padre, podría tratarse de un reconocimiento falaz del reconocedor, denominado “de complacencia” -figura que será tratada en un apartado posterior<sup>592</sup>-, pero no sólo podríamos hallar este caso, pues el reconocedor podría manifestar su voluntad amparado en la creencia de que es el padre biológico sin realmente serlo y, ello, al margen de los perjuicios personales que esto pudiera irrogar a los implicados; resulta manifiestamente contrario al derecho del hijo o hija a conocer sus propios orígenes, pues este reconocimiento vetará, en efecto, cualquier conocimiento o sospecha -por lo menos *ab initio*- acerca de que sus orígenes biológicos no coinciden con los de su padre o su progenitor jurídico.

En cuanto a la determinación de la filiación respecto a la otra madre, en supuestos de doble maternidad, ya se avanzaba que a la madre no gestante le basta manifestar que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. Nótese que no operan las presunciones de paternidad en los casos de doble maternidad, pues se necesita la declaración de la voluntad de la madre no gestante<sup>593</sup> y lo que aquí se produce por el mero consentimiento a la procreación es una relación puramente legal que se asimila jurídicamente a la filiación por naturaleza<sup>594</sup>. Ello se podría explicar por las distintas realidades de las que se ocupa la norma. Este último supuesto, fundado en la fecundación heteróloga y regulado en la LTRHA<sup>595</sup> así

---

<sup>592</sup> Vid. Capítulo V § 2 de la presente investigación.

<sup>593</sup> En virtud del ya citado artículo 44.4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil (LRC), BOE-A-2011-12628.

<sup>594</sup> Así se recoge, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, BOE-A-2010-13312, relativo a la persona y la familia, en el que consta que: “(...) Evidentemente, la maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida de su esposa o compañera no es una maternidad biológica, por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal. Sin embargo, eso no es ninguna novedad en el ordenamiento jurídico catalán. Se da en la paternidad del hombre, casado o no, que presta el consentimiento para la procreación asistida de su esposa o pareja estable. Por este motivo, se ha creído oportuno no incorporar una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación y se ha optado por asimilarla, en cuanto al tratamiento legal, a la paternidad del hombre que consiente la fecundación asistida, dado que en ambas el título de atribución es el consentimiento, y no la relación biológica. Como la posibilidad de que la maternidad de la esposa o compañera que consiente la fecundación asistida de la que será la madre biológica se determine directamente afecta a los medios de determinación de la filiación, ha sido preciso añadir el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación (...)”.

<sup>595</sup> Vid. la ya referida Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE-A-2006-9292, que en su artículo 7.3 dispone “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación

como en la Ley del Registro Civil, en nada tiene que ver con la realidad para la que se previó acoger las presunciones del Digesto en nuestro ordenamiento civil. Respecto a la mujer no gestante que no sea cónyuge de la madre, tras la promulgación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, en el ordenamiento estatal puede ser determinada cuando manifieste su voluntad o conformidad en determinación de tal filiación, siempre, eso sí, que no contrarie la existencia de alguna presunción.

Se reitera de nuevo que tampoco constará si comparte o no material genético con la persona nacida en la inscripción, pues comúnmente puede darse el caso en el que se disocie madre gestante biológica y madre no gestante genética, no siendo ambas coincidentes.

Se insiste en que no se trata de valorar desde una perspectiva excluyente o de preeminencia ni de confrontar la paternidad social o familiar de la paternidad genética, pues nada tiene que ver aquí la relación afectiva entre progenitor jurídico e hijo o hija, sino que de lo que se trata es de que éste o ésta último/a pueda conocer toda la información para la conformación de su identidad, con independencia de quién asuma el rol de progenitor como tal y de los efectos jurídicos que se deriven. Por ello, reitero que lo que es contrario a la luz del derecho a conocer los orígenes no es, en puridad, que el progenitor con vínculo jurídico no coincida con el biológico, sino que esta circunstancia sea omitida y se impida el conocimiento de esta no coincidencia al hijo o hija.

En otro orden de cosas, en cuanto a la atribución de la filiación por resolución dictada en expediente registral tramitado conforme a la regulación del Registro Civil, prevé la LRC<sup>596</sup> como requisitos para la inscripción de la filiación, la existencia de “escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación”, o bien “cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia”, siempre que no exista oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada, supuesto este último en

---

respecto al hijo nacido de su cónyuge”; y en su artículo 8.1 y 8.2. relativo a la determinación legal de la filiación “1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación. 2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.”.

<sup>596</sup> Conforme al artículo 44.7 de la LRC, BOE-A-2011-12628.

el que deberá accionarse la vía judicial. No existe tampoco mención alguna a si existe o no coincidencia biológica.

Nótese alcanzado este punto el papel que juega la denominada posesión de estado<sup>597</sup>. Con esta denominación nos referimos a la situación que se da cuando una determinada persona ha ejercido como progenitora de otra de forma ininterrumpida y pública, sin que concurra filiación contradictoria<sup>598</sup>. Aunque sirve propiamente como prueba en el proceso judicial al entablarse la acción de reclamación o de impugnación de la paternidad<sup>599</sup>, también puede tener virtualidad en el plano extrajudicial, puesto que coadyuva al conjunto de la prueba exigida en la tramitación de los expedientes registrales.

---

<sup>597</sup> Conforme al artículo 113 CC, BOE-A-1889-4763, a cuyo tenor “La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.”

<sup>598</sup> Tal y como sostiene el Tribunal Supremo en STS (Sala de lo Civil) número 1079/2003 de 10 de noviembre la posesión del estado de filiación existe si “ha habido una actuación ininterrumpida y reveladora de la libre voluntad del padre de prestar asistencia, cuidado y compañía a la actora a través de actos continuados y públicos y de carácter personal (...), habiendo concurrido los requisitos relativos al «nomen», «tractatus», fama o «reputatio» (uso del nombre, comportamiento del padre con la hija, el conocimiento público de la situación)” (FJ 4). ECLI:ES:TS:2003:6997.

Vid. también, STS (Sala de lo Civil) núm. 558/2022, de 11 de julio, en la que se afirma que “De acuerdo con la jurisprudencia, sintetizada por la sentencia 267/2018, de 19 de mayo, resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos (*nomen, tractatus, fama*). En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto de que el niño usara los apellidos de la demandante, pero sí resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Es preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el art. 131 CC exige que la posesión de estado sea “constante” no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados (...)” (FJ 6), ECLI:ES:TS:2022:3002.

<sup>599</sup> Vid. art. 131 a 133 CC, BOE-A-1889-4763.

La posesión de estado como “una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico”<sup>600</sup> permite también dar cabida a la determinación de la filiación entre personas que quizá no comparten vínculo genético alguno sin que ninguna precisión se realice al respecto y ha permitido dar cabida a distintas realidades sirviendo hasta la fecha a la determinación de la doble maternidad, supuestos para los que *ab initio* el legislador ni se la había planteado<sup>601</sup>.

#### **2.4.2. Voluntad vs. verdad biológica**

Ligado con todo lo anterior, alcanzado este punto, puede afirmarse que la voluntad se impone a la certeza o verdad biológica a la hora de determinar la filiación del progenitor no gestante de la persona nacida.

Y es que en este plano la intención prevalece a la certeza, que no opera en cuanto a conocer quién es el padre biológico, habida cuenta de que, lejos de exigirse una prueba científica, actualmente accesible y sencilla, siguen operando presunciones basadas en estructuras familiares desfasadas y trámites registrales en los que prima la declaración de voluntad. Y todo ello, a pesar de que en el mecanismo de la determinación de la filiación subyazca la idea de búsqueda de la verdad biológica.

En contraposición con la madre biológica y filiatoria, que, generalmente, salvo en supuestos de hijos abandonados, es la que gesta y pare; no siempre el padre resulta conocido, como ya he referido, a pesar de siempre tener que existir, por lo menos en cuanto a padre biológico se refiere.

Así, mientras que la madre siempre existe, y, es más, coincide ciertamente con la biológica -cosa distinta es que coincida con la genética-<sup>602</sup>, y el ordenamiento persigue

---

<sup>600</sup> MIZRAHI, M.L. (2004) “La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica” en YÁÑEZ VIVERO, M.F. et al. (Coords.) *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia.

<sup>601</sup> Vid. en este sentido, la determinación de la doble maternidad por posesión de estado en las Sentencias del Tribunal Supremo, STS (Sala de lo Civil) núm. 740/2013, de 5 de diciembre, ECLI:ES:TS:2013:5765; así como STS (Sala de lo Civil) núm. 836/2013, de 15 de enero, ECLI:ES:TS:2014:608.

<sup>602</sup> Otra cosa es que coincida con la madre genética. Esta disociación entre madre biológica y genética se da ya en nuestra realidad en supuestos como la fecundación heteróloga cuando la madre gestante es fecundada con un óvulo donado o bien en los casos de gestación por sustitución. Vid. Capítulo V § 4 y 5 de la presente investigación.

que así sea, se siguen aplicando presunciones y medios que sirven a la autonomía de la voluntad del padre para determinar la filiación paterna respecto de la persona nacida.

Ello hace plantearse si esta resistencia obedece al arraigo del sistema patriarcal y a la perpetuación de roles, o bien si se trata más de una resistencia al replanteamiento del sistema que venimos manteniendo motivado por la falta de recursos y/o a la trascendencia de las posibles modificaciones en la opinión pública.

Pero no sólo con las presunciones, sino también -al margen de los supuestos de adopción y de determinación de la paternidad o de la doble maternidad en supuestos de fecundación asistida heteróloga- los reconocimientos y la tramitación de expedientes registrales sin la única prueba existente que pueda arrojar certeza acerca de la coincidencia genética, hacen tambalearse al principio de verdad biológica.

Por otro lado, cabe referir que, si los progenitores acuden a la concepción por medio de técnicas de reproducción humana asistida, la filiación jurídica se determina equiparándose a la natural, conforme a las reglas civiles y conforme a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>603</sup>. Es necesario aludir al supuesto de tener dos madres<sup>604</sup>, una la madre que ha dado a luz y, la otra, la que debe consentir en que se determine la filiación a su favor<sup>605</sup>. En el Registro Civil se prescindirá

---

<sup>603</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA). BOE-A-2006-9292.

<sup>604</sup> La posibilidad de tener dos madres o dos padres aleja a la realidad jurídica de la realidad biológica tal y como pone de relieve PANIZA FULLANA, A. (2017) *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Aranzadi, p.21.

En el sentido contrario y muy crítico con la doble maternidad, ARECHEDERRA, L. (2017), *Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación*, Monografías de Derecho Civil, Dykinson. Para el autor atribuir a dos madres una filiación inexistente sobre unos menores supone una “barbaridad”, p.25, pues en el derecho de filiación la autonomía de la voluntad no tiene nada que decir, no pudiendo prescindir del material genético del hombre, p. 27.

<sup>605</sup> La ya referida Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE-A-2006-9292, prevé en su artículo 7.3 que “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.” Ello contrasta con el artículo 235-8.1 CCCat en el que sí parece exigirse el consentimiento expreso de la cónyuge. Así lo apuntan las autoras, en la op. cit GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2013) *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi.

Vid. también al respecto, la op. cit IMAZ, E. (2018) “*Quem nuptiae demonstrant...*”; En estos casos, según la autora, parece rediseñarse una tercera vía, que no es ni filiación por naturaleza, ni adoptiva, “el argumento de la voluntad de ser progenitor se impone frente al argumento de lo biológico y lo genético en la definición de qué es parentesco y parentalidad. En definitiva, en el

de cualquier mención al recurso a estos métodos incluso en el supuesto de intervención de donante.

Por último, en los casos de adopción, se creará una ficción jurídica, equiparándola a la filiación natural y las personas adoptantes serán las que figuren como progenitoras, esto es, la filiación jurídica se establecerá entre las personas adoptantes y la persona adoptada; si bien los datos relativos a la filiación adoptiva se someterán a publicidad restringida. Cabe referir que, aunque anteriormente la adopción podía ser simple<sup>606</sup>, en la actual configuración la única adopción posible es la adopción plena<sup>607</sup>.

---

planteamiento de las mujeres que quieren ser madres a través de donante —anónimo o no— lo biológico, necesario para realizar la maternidad, aparece revestido del carácter de pura materia reproductiva, que no produce vínculo ni identidad, prevaleciendo por encima de todo el proyecto y la intencionalidad de ser madres.”, p.126.

También, el Comité de Bioética de España, en su ya citado Informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos, de 15/01/2020, al afirmar que las TRHA: “han removido y alterado muchos de los elementos que han venido caracterizando a las instituciones más consustanciales a nuestra forma de vida en comunidad y con las que hemos convivido durante siglos, poniendo en solfa principios que, consagrados siglos atrás y con los que hemos venido operando no solo en Europa sino en todo el mundo, como el brocardo procedente del Derecho Romano, *mater semper certa est*. El rápido avance de tales técnicas tiene importantes implicaciones económicas, culturales, científicas, éticas y legales que afectan a lo más profundo de las instituciones y valores sociales, alterando muchos de los paradigmas en el ámbito de la paternidad y la familia. El propio acto de procrear no es ya solo un evento natural de la máxima relevancia, en la medida que da lugar a un nuevo ser humano, sino que también se plantea como un deseo transformado en derecho (...)”

<sup>606</sup> Con anterioridad a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE-A-1987-25627. Esta Ley vino a eliminar la denominada adopción simple, ya que era residual e incompatible con el sentido de la adopción, actualizando el derecho civil al de otros ordenamientos europeos.

<sup>607</sup> Téngase en cuenta que, aunque en España no exista, puede haberse constituido por autoridad extranjera. En este sentido, se prevé en el artículo 30 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, BOE-A-2007-22438, que: “1. La adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera surtirá efectos en España, como adopción simple o no plena, si se ajusta a la ley designada por el artículo 9.4 del Código Civil.

2. La ley designada por el artículo 9.4 del Código Civil determinará la existencia, validez y efectos de tales adopciones, así como la atribución de la patria potestad.

3. La adopción simple o no plena no será objeto de inscripción en el Registro Civil español como adopción ni comportará la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del Código Civil.

4. La adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera competente podrá ser convertida en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. La conversión se registrará por la ley determinada con arreglo a la ley de su constitución.

(...)”

Esta supone la ruptura del vínculo filiatorio con la familia de origen, construyéndose una realidad jurídica, la adopción marcará la filiación de la persona adoptada con una nueva familia. En esta ficción, se omite la filiación biológica y la jurídica o social se impone.

Las cuestiones que se abordan son de orden público y sumamente cruciales para el sentido de la vida de las personas, su dignidad y el desarrollo de su libre personalidad, y redundan en la conformación de la identidad de la propia persona como ser único y singular. Entiendo que el sistema de atribución orquestado por el ordenamiento para atribuir la filiación debe ser rediseñado a la luz de la *lex artis ad hoc* en materia de ciencia y de la evolución social, siendo este el único modo de que el sistema no conculque el principio de verdad biológica, y, en consecuencia, el derecho a conocer los propios orígenes genéticos y biológicos de las personas, con independencia de los efectos de esta declaración, -pues, reitero, de *lege ferenda* podría también replantearse si los efectos filiatorios deben todavía sustentarse en el principio de verdad biológica-, más allá de que debiera, eso sí, constar el origen genético de la persona aunque se atribuyera su filiación al progenitor no biológico.

## 2.5. ACCESO A LA VERDAD BIOLÓGICA

Parece que podríamos plantearnos que tal incertidumbre respecto a la coincidencia o no entre progenitores jurídicos y biológicos pudiere quedar “a salvo” con el recurso al proceso judicial, invocando las acciones de reclamación y/o de impugnación de la paternidad.

Sin embargo, no podemos obviar que el reconocimiento tiene carácter irrevocable -aunque susceptible de impugnación- y que, además, en el ejercicio de algunas de estas acciones de filiación hay que estar a la observancia de los plazos estrictos para su ejercicio<sup>608</sup>. Y, en este sentido, cabe también referir, una vez más, que

---

<sup>608</sup> En cuanto a los plazos de las acciones procesales, respecto a la reclamación de la filiación, en el ordenamiento civil español hay que estar al contenido de los artículos 132 CC, para la reclamación de la filiación matrimonial, así como al artículo 133 CC para la acción de reclamación de filiación no matrimonial.

En el ordenamiento civil catalán, el CCCat las acciones de reclamación de la filiación matrimonial se hallan contempladas en el art. 235-20, y en cuanto a la reclamación de la filiación no matrimonial, hay que estar al contenido del artículo 235-21 CCCat.



se advierte cierto sesgo de género al no preverse en el ordenamiento estatal que la madre tenga acción procesal para impugnar la paternidad de su marido<sup>609</sup>.

En relación a las presunciones y a los plazos, el TEDH también ha debido pronunciarse. En el ordenamiento estatal y catalán estas presunciones pueden destruirse, pero siempre deberá invocarse la acción dentro de los plazos de caducidad fijados al efecto<sup>610</sup> lo que resulta, cuanto menos, discutible a la luz del derecho a conocer los propios orígenes.

---

En otro orden de cosas, respecto a la impugnación de la filiación, en términos generales, el ordenamiento civil español recoge los plazos en los artículos 136 a 140 CC y el ordenamiento civil catalán en los preceptos 235-3 a 235-28. Por exceder del objeto de la presente, remito a su análisis y a la lectura de PÉREZ MARTÍN, A.J. (2010) *Acciones de filiación: determinación, reclamación e impugnación: acciones derivadas del cambio de filiación*, Lex Nova. Vid. también, LLEDÓ YAGÜE, F. (2017) “Las acciones de filiación” en LLEDÓ YAGÜE, F. et al. *Las relaciones paternofiliales, adopción y potestad parental*. Cuadernos teóricos Bolonia, Derecho de Familia, Cuaderno III, Dykinson, pp.53-73. En cuanto a la prueba en las acciones de filiación vid. SERRANO HOYO, G. (2020) “Interés superior del menor y prueba en el proceso de impugnación de su filiación” en ASECIO MELLADO, J.M. (Dir.) *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Castillo de Luna ediciones jurídicas, pp.1861-1880.

<sup>609</sup> En este sentido, vid. ALGORA WESOLOWSKI, M.R. (2022) “¿Pequeñas discriminaciones sin importancia?” en revista *El Notario del Siglo XXI*, nº105, septiembre-octubre 2022. Consultable en:

<https://www.elnotario.es/opinion/opinion/8527-pequenas-discriminaciones-sin-importancia> (última consulta 18/11/2022).

La autora se refiere a esta omisión como una discriminación “directa y evidente”, sostiene que “El porqué de esta falta de acción causa sonrojo. No nos encontramos ante un olvido del legislador. Sobre nuestros políticos del año 1981 todavía pesaba el rechazo a la mujer adúltera (el adulterio había sido despenalizado tan solo tres años antes), pudiéndose considerar esta falta de acción a modo de una sanción por una actuación reprobable (ya presentado el proyecto a debate en el Parlamento, tan solo el Partido Comunista propuso una enmienda al art. 136, introduciendo también como legitimada para la impugnación de la paternidad a la esposa). Más sorprendente es la complacencia de los comentaristas jurídicos a esta realidad. Se resta transcendencia a esta discriminación conformándose con la acción de la madre para actuar en representación de su hijo, lo que trasluce ese prejuicio subyacente en nuestra sociedad que resta autonomía a la mujer, quien se nos presenta en su faceta tradicional de “esposa de” o, en este caso, de “madre de”.

Sin embargo, el ordenamiento catalán prevé que la madre pueda impugnar la paternidad matrimonial del marido. Así, ex. artículo 235-24 CCCat, BOE-A-2010-13312, “La madre, en nombre propio o en interés y representación del hijo, si es menor o incapaz, puede impugnar la paternidad matrimonial durante el plazo de dos años a partir de la fecha del nacimiento del hijo o del descubrimiento de las pruebas en que se fundamenta la impugnación”.

<sup>610</sup>Vid. artículos 136 a 141 CC, BOE-A-1889-4763. Vid. también, en este sentido, artículos 235-20 a 237-17 CCCat, BOE-A-2010-13312.

En este sentido, el TEDH se ha referido en algunas Sentencias, como, entre otras, la que recae sobre el caso *Mizzi* contra Malta, o, en el mismo sentido, el caso *Shofman* contra Rusia, así como en el caso *N.* contra República Checa.

En el caso *Mizzi* contra Malta<sup>611</sup> el Tribunal se pronunció acerca de la imposibilidad legal de rebatir la paternidad matrimonial presunta. El reclamante supo con posterioridad a que operara la presunción que no era el padre biológico. Alegaba que la imposibilidad de combatir legalmente dicha presunción conculcaba el respeto de su vida privada y familiar. El TEDH afirmó que la existencia de plazos para impugnar la paternidad presunta “no son, como tales incompatibles con el Convenio” (apartado 88):

“las normas sobre plazos para presentar reclamaciones judiciales están indudablemente planteadas para garantizar la adecuada administración de la justicia y la conformidad, en particular, con el principio de seguridad jurídica (...). Además, pueden proteger los intereses del hijo, que tiene el derecho a que se elimine la incertidumbre sobre su identidad sin un retraso innecesario. “(apartado 83)

Sin embargo, en el caso valorado, el reclamante no tuvo posibilidad de plantear judicialmente dicha impugnación dentro del posible plazo, por no poder acreditar un requisito exigido por el ordenamiento interno, que era de imposible obtención. Por ello, el TEDH concluyó en este caso en concreto que se produjo una violación del artículo 6.1 del Convenio<sup>612</sup>, al entender que:

“(...) las normas en cuestión, o su aplicación, no debería impedir a los litigantes hacer uso de un recurso disponible (...). El Tribunal opina que en este caso, la práctica imposibilidad de negar la paternidad a partir del día del nacimiento de Y. hasta ahora ha dañado la esencia del derecho del demandante a un tribunal. Por lo tanto, la injerencia de la que se queja ha puesto una carga excesiva sobre

---

<sup>611</sup> Sentencia TEDH (Sección 1ª), Caso *Mizzi* contra Malta de 12 de enero de 2006. ECLI:CE:ECHR:2006:0112JUD002611102

<sup>612</sup> A tenor del ya referido artículo 6.1 del CEDH “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan<sup>273</sup> o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

el demandante, no manteniendo así el justo equilibrio entre los intereses legítimos del demandante a que un tribunal resolviera sobre su presunta paternidad, por un lado, y la protección de la seguridad jurídica y los intereses de las otras personas involucradas en su caso, por otro.” (apartado 89)

En cuanto a la posible vulneración del artículo 8.1 del Convenio, el Tribunal determinó que la posible injerencia que podría suponer la obstaculización para combatir una presunción legal de paternidad afectaría o sería subsumible en el ámbito de la “vida privada”:

“El Tribunal ya ha examinado casos en los que el marido quería iniciar un procedimiento para impugnar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio. En esos casos, se dejó abierta la cuestión de si el procedimiento de paternidad tenía como finalidad la disolución legal de los vínculos familiares existentes relativos a la «vida familiar» del demandante porque al decidir eso, en todo caso, la determinación de las relaciones legales del padre con su hijo putativo se referían a su «vida privada»” (apartado 102)

El Tribunal recuerda también en esta resolución que el cumplimiento del artículo implica “además obligaciones positivas inherentes para garantizar el efectivo «respeto» de la vida privada o familiar. Estas obligaciones pueden incluir la adopción de medidas concebidas para garantizar el respeto de la vida privada incluso en la esfera de las relaciones entre las personas” (apartado 105), habiendo de velar el Estado para el mantenimiento de un “justo equilibrio (...) entre los intereses en juego de la persona y los de la comunidad como un todo”, contando el Estado con un “cierto margen de apreciación”.

Para el TEDH el no poder combatir la presunción no es ni necesario para una sociedad democrática ni tampoco se puede sostener en el argumento de la seguridad jurídica:

“Según la jurisprudencia del Tribunal, la situación en la que se permite que una presunción legal prevalezca sobre la realidad biológica puede no ser compatible, incluso teniendo en consideración el margen de apreciación permitido al Estado, con la obligación de garantizar un respeto «efectivo» de la vida privada y familiar” (apartado 113)

A lo que añade que:

“El Tribunal considera que el hecho de que el demandante nunca hubiera podido renunciar a su paternidad no es proporcionado a los fines legítimos perseguidos. De ello se deduce que no se ha mantenido un justo equilibrio entre el interés

general de la protección de la seguridad jurídica de las relaciones familiares y el derecho del demandante a que se examinara la presunción legal de su paternidad a la luz de las pruebas biológicas. Por lo tanto, a pesar del margen de apreciación de que gozan, las autoridades internas no han garantizado al demandante el respeto de su vida privada al que le da derecho el Convenio.” (apartado 114)

También en el caso *Shofman* contra Rusia<sup>613</sup>, se había ya pronunciado el TEDH en un supuesto en que el solicitante planteaba que cuando tuvo conocimiento de que no era el padre biológico de su hijo no pudo entablar acción de impugnación de paternidad dado el plazo establecido en el ordenamiento interno ruso, atendiendo a que el inicio del cómputo del plazo era a partir de la fecha de nacimiento sin posibilidad de iniciar el cómputo desde que tuvo conocimiento de que no era el padre biológico<sup>614</sup>. El reclamante invocó la vulneración del artículo 8 del Convenio, al entender que no se respetaba su derecho a la vida privada. El Tribunal concluyó que efectivamente sí se había producido una violación del antedicho precepto.

El Tribunal recordaba en la citada resolución que “el Tribunal ya ha aceptado que la introducción de un plazo de tiempo para la presentación de una acción de impugnación de paternidad estaba justificado por el deseo de garantizar la seguridad jurídica en las relaciones familiares y proteger los intereses del hijo (...) una vez que ha expirado el plazo (...) se da mayor importancia a los intereses del hijo que al interés del demandante en rebatir su paternidad (...). Sin embargo, se llegó a esta conclusión en

---

<sup>613</sup> Sentencia TEDH (Sección 1ª), Asunto *Shofman* contra Rusia de 24 de noviembre de 2005. ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD007482601

<sup>614</sup> En el contenido de la Sentencia el TEDH recoge un análisis de la cuestión de la existencia o no de plazo para impugnar la paternidad y del *dies a quo*. En concreto, afirma que “Un examen comparativo de la legislación de los Estados Contratantes sobre la institución de acciones para impugnar la paternidad revela que no hay un modelo universalmente adoptado. Con la notable excepción del pequeño número de Estados que no tienen un plazo legal para los procedimientos de impugnación de paternidad, existe un plazo de prescripción que es normalmente de seis meses o un año, pero puede llegar a los dos años.” (apartado 37), a lo que añade, que “Sin embargo, la diferencia entre los distintos sistemas legales que es relevante en este caso no es solamente la duración del plazo de prescripción como tal, sino su *dies a quo*. En algunos Estados el período se calcula desde el momento en el que el padre putativo conoce o debería haber conocido que ha sido inscrito como el padre del hijo. Los otros Estados, aproximadamente el mismo número, aceptan como punto de partida la fecha en la que el padre putativo conoce o debería haber conocido las circunstancias que le llevan a tener dudas sobre la legitimidad del hijo. Muchos de estos últimos Estados han introducido un segundo plazo de tiempo, haciendo posible impugnar la paternidad únicamente cuando el hijo es todavía joven. También entran en esta categoría unos pocos Estados en los que el tiempo empieza a contar a partir del nacimiento del hijo, independientemente del conocimiento del padre de otros hechos.” (apartado 38)

casos en los que el demandante había sabido con seguridad, o tenía motivos para suponer, que no era el padre desde el primer día de vida del hijo (...)” (apartado 39). El TEDH concluyó que el Estado no había respetado el contenido del artículo 8 del Convenio, no garantizando el respeto del demandante a su vida privada, a pesar de su margen de apreciación, de nuevo afirmando que:

“Según la jurisprudencia del Tribunal, una situación en la que se permite que una presunción legal predomine sobre la realidad biológica y social, sin tener en cuenta ni los hechos establecidos ni los deseos de los afectados, y sin beneficiar realmente a nadie, no es compatible, incluso teniendo en cuenta el margen de apreciación de que goza el Estado, con la obligación de garantizar el «respeto» efectivo de la vida privada y familiar” (apartado 44)

“El Tribunal considera que el hecho de que se impidiera al demandante renunciar a su paternidad porque no había descubierto que podía no ser el padre hasta más de un año después de conocer la inscripción del nacimiento, no es proporcionado a los fines legítimos perseguidos. Por lo tanto no se ha mantenido un equilibrio justo entre el interés general de la protección de la seguridad jurídica de las relaciones familiares y el derecho del demandante a que se examinara la presunción legal de su paternidad a la vista de las pruebas biológicas.” (apartado 45)

En el mismo sentido, y siguiendo con los supuestos de intentos de los padres de impugnar la paternidad y la existencia de obstáculos jurídicos (en esencia, la existencia de plazos y su *dies a quo*) se pronunció también, entre muchas otras, en su Sentencia sobre el caso *N. contra República Checa*<sup>615</sup>. Cabe destacar que el Tribunal recogió en esta resolución que ya ha “examinado anteriormente casos de hombres que deseaban iniciar procedimientos para impugnar la paternidad. Ha encontrado en numerosas ocasiones que los procedimientos relacionados con el establecimiento o la impugnación de la paternidad se referían al derecho a la vida privada en virtud del artículo 8, que abarca aspectos importantes de la identidad personal.” (apartado 41), así como que “el solicitante tiene un derecho legítimo a por lo menos tener la oportunidad de negar la paternidad de un niño que, según la evidencia científica, no era suyo, y que Z. también puede tener interés en saber la identidad de su padre biológico” (apartado 47).

---

<sup>615</sup> Sentencia TEDH (Sección 1ª), Asunto *N. contra República Checa* de 7 de junio de 2018. ECLI:CE:ECHR:2018:0607JUD001631413

En otro orden de cosas, en el marco de una determinación judicial de filiación alejada de las presunciones se pronuncia el TEDH en el caso *Ostace* contra Rumanía<sup>616</sup>. El Tribunal expuso su tesis acerca de si la disolución de los vínculos familiares existentes podía subsumirse en el concepto de vida familiar integrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por ello poder ser susceptible de violación al amparo del referido precepto. Para el Tribunal, “en cualquier caso la determinación de las relaciones jurídicas de un padre con su hijo putativo depende de la «vida privada» del interesado” (apartado 30). Esta resolución versa sobre un supuesto en el que había sido determinada la filiación paterna en un procedimiento judicial instado por la madre y basado en informes no concluyentes (por aquél entonces la prueba de ADN no se hallaba disponible atendiendo al estado de la ciencia). Cuando el hijo fue mayor de edad y consintió realizar la prueba de ADN se pudo constatar de forma efectiva que el padre no tenía vínculo biológico con el hijo. Fue entonces cuando el padre reclamante instó la revisión de la sentencia, revisión que fue denegada por haber precluido, según la legislación interna, el derecho a aportar la prueba biológica; por lo que no contaba el reclamante con posibilidad alguna de combatir judicialmente la paternidad determinada. No estaba prevista dicha reapertura por la legislación, ahora bien, la prueba científica de análisis de ADN no había sido accesible en el momento del proceso por el estado de la ciencia y todos los interesados manifestaban su conformidad con dotar de virtualidad a la verdad biológica. En este orden de cosas, el Tribunal examinó si esta situación podía entenderse necesaria en una sociedad democrática, y recordó que el artículo 8 “no impone solo a los Estados abstenerse de dichas injerencias; puede suponer además obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar. (...) hay que tener en cuenta el equilibrio justo que debe reinar entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto; así mismo, en ambas hipótesis, el Estado goza de cierto margen de valoración” (apartado 33). En este sentido, dispone que:

“El Tribunal está dispuesto a admitir que la ausencia de un mecanismo judicial que permitiera al demandante proteger su derecho al respeto de su vida privada puede explicarse de manera general por el «interés legítimo» de garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad de los vínculos familiares y por la necesidad de

---

<sup>616</sup> Sentencia TEDH (Sección 3ª), Asunto *Ostace* contra Rumanía de 25 de febrero de 2014. ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005824014

Con anterioridad, y, en el mismo sentido, también se había pronunciado en la Sentencia del TEDH (Sección 4ª), Asunto *Paulík* contra Eslovaquia, de 10 de octubre de 2006. ECLI:CE:ECHR:2006:1010JUD001069905; y en Sentencia del TEDH (Sección 3ª), *Tavli* contra Turquía, de 9 de noviembre de 2006. ECLI:CE:ECHR:2006:1109JUD001144902.

proteger los intereses del menor. Queda por determinar si, en las circunstancias particulares del caso, se ha mantenido un equilibrio justo entre el interés del demandante y el interés general. (...) el Tribunal estima que declarando inadmisibles su demanda de reapertura del proceso de investigación de paternidad del menor nacido fuera del matrimonio, cuando todos los interesados parecen estar de acuerdo con el establecimiento de la verdad biológica concerniente a la filiación de H.A., las autoridades nacionales no tuvieron en cuenta el equilibrio justo que debe reinar entre los intereses presentes”. (apartado 43)

Posteriormente, el mismo TEDH se pronunció en un supuesto muy similar en la Sentencia del caso *Bocu contra Rumanía*<sup>617</sup>, en el que también, en el mismo sentido, declaró que “el sistema jurídico interno no había garantizado como debía el «respeto a la vida privada» del demandante” (apartado 23). Afirmaba el Tribunal, que:

“El Tribunal observa que lo que sancionó, de conformidad con el artículo 8 del Convenio, en las sentencias que tratan cuestiones jurídicas similares a las que plantea el caso que nos ocupa, fue la imposibilidad para los interesados de cuestionar, en base a las nuevas pruebas biológicas, las declaraciones judiciales de paternidad relativas a niños que habían llegado a la mayoría de edad, en los casos en los que la realidad biológica no se correspondía con la realidad social. Considera que cuando una violación del artículo 8 del Convenio se constata por esta razón, la existencia de una vía legal que permita al interesado obtener la reapertura del procedimiento interno constituye, en principio, una solución apropiada, incluso, a menudo, la más apropiada, para poner fin a la violación y eliminar sus efectos.” (apartado 24)

Volviendo a nuestro ordenamiento, en cuanto a la reclamación de la filiación materna o paterna, en el ordenamiento civil español la acción judicial podría ser interpuesta por el padre, madre o el hijo o hija, durante toda la vida de los mismos. La acción no es personalísima puesto que, si existe posesión de estado, cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifiesta (artículo 131 CC).

Sin embargo, si no concurre posesión de estado, el Código Civil distingue entre si la reclamación de la filiación es matrimonial o bien no matrimonial. Si se trata de una reclamación de la filiación matrimonial, corresponde a cualquiera de los progenitores o

---

<sup>617</sup> Sentencia TEDH (Sección 4ª), Asunto *Bocu contra Rumanía* de 30 de junio de 2020. ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005824014

al hijo o hija. En caso de que este hijo o hija fallezca antes de cuatro años a contar desde que “alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda” sus herederos pueden entablar la acción por el tiempo que falte para completar estos plazos (artículo 132 CC).

En otro orden de cosas, si la acción es de reclamación de filiación no matrimonial, la acción podrá ser entablada por el hijo o hija durante toda su vida. Los progenitores pueden ejercitar también la acción, pero tan sólo cuentan con el plazo de un año a contar desde que tengan conocimiento de los hechos que fundamenten su pretensión. De forma correlativa al supuesto anterior en caso de que este o esta fallezca antes del transcurso de cuatro años sus herederos pueden invocar dicha acción “desde que alcanzare la mayoría de edad o desde que se eliminaren las medidas de apoyo que tuviera previstas a tales efectos o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda” por el tiempo que falte para que se agote el transcurso de estos plazos (artículo 133 CC).

Siguiendo con la reclamación de la filiación, pero esta vez, situándonos en el ordenamiento civil catalán, tanto si se trata de reclamación de filiación matrimonial como no matrimonial, el hijo o hija puede invocar la acción durante toda su vida. Los herederos o descendientes de los hijos podrían también invocarla, pero, eso sí, en el plazo de dos años a contar desde el momento en el que descubran pruebas que fundamenten su pretensión. En el caso de que el hijo o hija hubiere fallecido “desde el cumplimiento de la mayoría de edad o desde la recuperación de la plena capacidad” sus descendientes o herederos pueden invocar también la acción dentro del tiempo que falte para agotar este plazo de cuatro años si es superior al antedicho plazo de dos años (artículo 235-20 CCCat y artículo 235-21 CCCat). Respecto al padre o a la madre, durante toda su vida pueden entablar la acción. En el caso de la filiación matrimonial el ordenamiento indica expresamente que la podrán entablar “si no pueden reconocer a los hijos o si el reconocimiento no ha sido eficaz por falta de consentimiento de los hijos o de aprobación judicial” (artículo 235-21 *in fine* CCCat)<sup>618</sup>.

En cuanto a la impugnación de la filiación, el ordenamiento estatal prevé que el hijo o hija, el progenitor que ejerza la patria potestad, su representante legal o el Ministerio Fiscal, la pueda impugnar durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. En el ejercicio por el hijo o hija este plazo se cuenta desde el alcance de la mayoría de edad o desde que se extinguen las medidas de apoyo. Si no conoce la falta de paternidad, el plazo en todo caso comienza a contar desde que conozca tal

---

<sup>618</sup> Nótese que nada refiere en cuanto a la legitimación activa de cualquier interesado cuando concurre posesión de estado, tal y como sí prevé el derecho civil español.



circunstancia. En caso de fallecimiento del hijo la acción corresponde a los herederos, pero siempre durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo (artículo 137). El precepto añade que “Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos”.

Si se trata de una filiación matrimonial el marido puede formular la impugnación en el plazo de un año a contar desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil (artículo 136 CC). Expresamente se indica en el precepto que el plazo no empieza a computar mientras “el marido ignore el nacimiento”. En el caso en que el marido fallezca sin conocer el nacimiento el año se computa desde que lo conoce su heredero. En base al mismo artículo, se prevé que si el marido conoce el nacimiento y el hijo o hija se inscribe como hijo/a suyo/a, pero desconoce la falta de paternidad biológica el plazo comienza a computar desde que tiene tal conocimiento. Si en ambos casos el marido fallece en este ínterin la acción corresponde al heredero.

De tratarse de una filiación no matrimonial, se prevé que si no concurre posesión de estado, la filiación podrá ser impugnada por los sujetos a los que perjudique; mientras que si concurre posesión de estado “la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos” y se preceptúa la acción de impugnación esta sometida a un plazo de caducidad de cuatro años “desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goza de la posesión de estado correspondiente”(artículo 140).

También cabe señalar que tanto en la filiación matrimonial como no matrimonial puede impugnarse el reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación por quien lo hubiere otorgado o sus herederos antes de que se agote el plazo. Se prevé un plazo de caducidad de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento (artículo 138 y 141 CC).

Por último, también debe hacerse constar que la madre o progenitor que conste como gestante<sup>619</sup> podría también impugnar la filiación justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo (artículo 139 CC).

En el ordenamiento catalán, en sentido similar, respecto a la impugnación de la filiación matrimonial, se prevé que el marido pueda entablar acción de impugnación en el plazo de dos años a contar desde que conoce el nacimiento del hijo o descubre las

---

<sup>619</sup> Se refiere el precepto a la persona trans que conserva capacidad para gestar, según las modificaciones introducidas por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE-A-2023-5366.

pruebas en que fundamente su petición. Si el marido fallece, la acción puede ser formulada por los hijos o los descendientes con el límite del plazo anterior. Si el marido fallece sin conocer esta circunstancia, el ordenamiento catalán prevé que el plazo de dos años se compute desde que se conozca por las personas legitimadas para invocar esta acción (artículo 235-23). En el ordenamiento catalán, a diferencia del estatal, si se prevé que la madre pueda impugnar la paternidad del marido, así, tanto en nombre propio como en interés del hijo, puede hacerlo en un plazo de dos años a contar desde el nacimiento del hijo o las pruebas en que sustente esta impugnación (artículo 235-24 CCCat). El hijo también puede impugnar la paternidad matrimonial, “dentro de los dos años siguientes al cumplimiento de la mayoría de edad, a la recuperación de la plena capacidad o al descubrimiento de las pruebas en que fundamenta la impugnación” (artículo 235-25 CCCat).

En cuanto a la paternidad no matrimonial, el ordenamiento civil catalán establece que “El padre, la madre y los hijos por sí mismos o por medio de su representante legal pueden ejercer la acción de impugnación de la paternidad no matrimonial en el plazo de dos años a partir del establecimiento de esta paternidad o, si procede, desde el momento en que se conozca este establecimiento o desde la aparición de nuevas pruebas contrarias a la paternidad” (artículo 235-26 CCCat). Debe precisarse que de acuerdo con este mismo precepto, este cómputo, en el caso de ejercicio por el hijo o hija, caduca a los dos años a contar desde que alcanza la mayoría de edad, recupera la plena capacidad o aparezcan nuevas pruebas contrarias a la paternidad.

También, en cuanto a la impugnación del reconocimiento de la paternidad, el ordenamiento catalán fija un plazo de dos años y precisa que el reconocimiento hecho en fraude de ley es nulo y la acción para declarar dicha nulidad es imprescriptible (artículo 235-27).

Por último, la filiación materna también podría ser impugnada por el hijo o la hija durante toda su vida si prueban “la suposición de parto o que no es cierta la identidad del hijo” (artículo 235-29 CCCat) o, a tenor del mismo precepto, por la madre o sus herederos, siempre en el plazo de dos años a contar desde que la madre conoce las pruebas que fundamenten su petición o si la madre muere sin conocerlas desde que la persona legitimada conozca tal circunstancia.

Podríamos plantearnos aquí la necesidad o no del mantenimiento de estos plazos. Del análisis de la jurisprudencia del TEDH se infiere que la fijación de plazos no es contraria a ley atendiendo a la necesidad de preservar y velar por la protección de las personas menores y de su seguridad jurídica.

Ahora bien, de *lege ferenda* sí sería imprescindible considerar la necesidad de que existiera una acción procesal declarativa encaminada a la averiguación de los propios orígenes desvinculada del plano filiatorio y no sólo en el contexto de las personas adoptadas<sup>620</sup>, imbricada en el derecho a conocer los propios orígenes biológicos en aras de salvaguardar la dignidad y la identidad de la persona. Esta acción procesal debería ser a todas luces imprescriptible.

### **3. ORÍGENES Y DESCONOCIMIENTO O FALTA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN**

#### **3.1. EL DESCONOCIMIENTO**

En este punto se hace necesario abordar los supuestos en los que la filiación no ha sido determinada, esto es, los supuestos de desconocimiento de la madre o del padre.

Por un lado, como veremos a continuación, los supuestos de desconocimiento de la madre podían darse anteriormente en nuestro ordenamiento de forma institucionalizada cuando la madre biológica renunciaba a sus derechos para con el hijo o hija. Si esta renuncia se efectuaba, el parto era secreto y los datos de la madre no constaban, pasando la persona nacida a cargo del Estado.

Por otro lado, los supuestos de desconocimiento del padre en la filiación no matrimonial son múltiples y aún todavía del todo posibles. En estos casos, el padre se desconoce y queda en el plano íntimo de los progenitores, ya sea porque el propio progenitor lo desconozca, ya sea porque la madre así lo ha pretendido; o ya sea porque el padre no tiene intención alguna de hacer frente a sus obligaciones como tal; o ya sea porque así lo han convenido con la madre -sobre este supuesto, subsumible en un acuerdo de procreación, se volverá más adelante-.

---

<sup>620</sup> Como se verá en el Capítulo V § 3 existen procedimientos administrativos regulados para las personas adoptadas en aras de facilitar el acceso al conocimiento de sus orígenes.

### 3.1.1. *El desconocimiento de la madre y sus implicaciones en el derecho a conocer los orígenes*

Tal y como ya se ha referido<sup>621</sup>, en España, al igual que en otros ordenamientos, se acoge el principio de veracidad biológica respecto de la madre que da a luz, imponiéndose el principio de *mater semper certa est*, toda vez que la filiación materna viene determinada por la mujer que da a luz a la persona nacida y no está permitido ya el parto anónimo.

Los únicos casos en los que podría desconocerse la madre se concretan en los supuestos de parto anónimo -posibles con anterioridad al año 1999, en que tuvo lugar la derogación de la opción por el parto anónimo-, en supuestos de niños o niñas abandonados, o, en los supuestos en los que la mujer no da a luz en un establecimiento médico y no cuenta con asistencia médica ni facultativa<sup>622</sup> y no quiere constar como madre del bebé nacido. En estos supuestos de desconocimiento de la madre<sup>623</sup> es obvio que no existe posibilidad de acceder a los orígenes biológicos pues no es posible rastrear ni tan siquiera algún dato que permita acceder a tal información.

Cabe referir que el hecho de que la maternidad sea determinada no obsta a que, con posterioridad a la inscripción, la madre pueda renunciar a ejercer sus derechos<sup>624</sup> con motivo de la filiación, lo que provocaría la publicidad restringida<sup>625</sup> de la maternidad, y que la persona nacida pudiera, transcurridos unos plazos, ser adoptable.

---

<sup>621</sup> Vid. Capítulo III §1.3 de la presente investigación.

<sup>622</sup> En este sentido, op. cit. GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación de la filiación...” en GETE-ALONSO, M.C / SOLÉ RESINA, J. *Actualización del derecho de filiación...*, p. 31.

<sup>623</sup> Vid. ORDÁS ALONSO, M. (2019) “El anonimato de la madre. Un debate abierto a nivel internacional” en op. cit. GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.) *Mujer, maternidad y derecho...*, pp.511-521.

<sup>624</sup>En cuanto a la renuncia la maternidad, vid. el interesante capítulo de GETE-ALONSO, M.C. (2019) “La renuncia a la maternidad” en GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.) *Mujer, maternidad y derecho*, Tirant lo blanch, p.473. Op. cit.

<sup>625</sup> Tal y como recoge GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación de la filiación...” en op. cit. GETE-ALONSO, M.C / SOLÉ RESINA, J. *Actualización del derecho de filiación...*, los hijos podrán acceder a los datos que existan sobre la madre, estarán legitimados al efecto, aunque no se determine la filiación materna, así, los hijos tienen “la oportunidad de conocer sus orígenes respetando, a la vez, la voluntad e intimidad de la madre”, p.61; todo ello a partir de la entrada en vigor (15/10/2015) de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE-A-2015-7851, en cuya Exposición de Motivos se recoge que “Con esta modificación legal se pretende que, a partir de la

Volviendo a la pretérita posibilidad del parto anónimo, la ocultación, tras el parto, de los datos relativos a la mujer que había dado a luz era posible en nuestro ordenamiento hasta que el Tribunal Supremo dictó la Sentencia nº776/1999, de 21 de septiembre<sup>626</sup>, que derogó los preceptos<sup>627</sup> que en su día habían posibilitado el desconocimiento de la madre a través del parto anónimo.

---

entrada en vigor de la citada Ley, la inscripción de los recién nacidos se realice directamente desde los centros sanitarios, a modo de «ventanilla única» donde los padres, asistidos por los facultativos que hubieran asistido al parto, firmarán el formulario oficial de declaración al que se incorporará el parte facultativo acreditativo del nacimiento, que se remitirá telemáticamente desde el centro sanitario al Registro Civil, amparado con el certificado reconocido de firma electrónica del facultativo. No será necesario, por tanto, acudir personalmente a la Oficina de Registro Civil para realizar la inscripción del nacido. (...) En cuanto a la seguridad en la identidad de los nacidos, se ha atendido la alarma social causada por el drama de los «niños robados», para lo que la Ley incide en la *seguridad de identificación de los recién nacidos y la determinación, sin género de dudas, de la relación entre la madre y el hijo*, a través de la realización, en su caso, *de las pruebas médicas, biométricas y analíticas necesarias*; y por otra parte, se multiplican los controles para el caso de fallecimiento de los nacidos en los centros sanitarios tras los primeros seis meses de gestación, exigiéndose que el certificado de defunción aparezca firmado por dos facultativos, quienes deberán afirmar, bajo su responsabilidad, que, del parto y, en su caso, de las pruebas realizadas con el material genético de la madre y el hijo, no se desprenden dudas sobre la relación materno filial. Estos datos, conforme queda regulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, formarán parte de la historia clínica del recién nacido, donde se conservarán hasta su fallecimiento y, producido éste, se trasladarán a los archivos definitivos de la Administración correspondiente, donde se conservarán con las debidas medidas de seguridad.

Igualmente, en el ámbito de la protección de la infancia, se establece la no obligatoriedad de la madre que renuncia a su hijo en el momento del parto a promover la inscripción de nacimiento, pasando esa obligación a la Entidad Pública correspondiente, sin que, en tal caso, el domicilio materno conste a los efectos estadísticos, evitando el consiguiente efecto de empadronamiento automático del menor en el domicilio de la madre que ha renunciado a su hijo.” (apartado IV).

<sup>626</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) núm. 776/1999, de 21 de septiembre, ECLI:ES:TS:1999:5672

Esta resolución representó un “giro copernicano en la determinación de la maternidad y el derecho del hijo a conocer el propio origen” para NIETO ALONSO, A. (2004) “El iter en la búsqueda de la verdad real frente a la presunta y el derecho a conocer el propio origen biológico” en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. / MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2004) *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, p.3543.

<sup>627</sup> Se reitera que, en virtud del ya derogado artículo 47 de la ya derogada Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, BOE-A-1957-7537, “En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria. No constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos. La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia

En el supuesto sobre el que el Tribunal Supremo resuelve, la recurrente interpuso acción de reclamación de la maternidad, solicitando que se determinara la filiación respecto a su hija biológica, a la que había renunciado concurriendo graves irregularidades -como la renuncia antes del parto, entre otras- a pesar de haber manifestado su voluntad de mantener el anonimato. Una vez nació la hija, la Administración asumió su tutela. En casación el Tribunal declaró que el anonimato es contrario al principio constitucional de la libre investigación de la paternidad, a la igualdad entre padre y madre en materia filiatoria; así como a la dignidad de madre e hijo y al desarrollo de su libre personalidad; e invocó el derecho a conocer los orígenes, para pasar a declarar derogados por inconstitucionalidad sobrevenida los preceptos que hasta entonces amparaban el posible desconocimiento de la madre. Así, acogiendo los criterios del Ministerio Fiscal, en la resolución hace constar que:

“Nos encontramos, por ello, ante una regulación normativa registral anterior a la Constitución, que posibilita la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión, (...). Ya desde el inicio de la vigencia de dicha normativa

---

o por desconocimiento de la persona que figura como madre, formalizado ante el encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación. La supresión de la mención será notificada del mismo modo al inscrito o, si hubiere fallecido, a sus herederos; en su caso, si el representante legal del inscrito no fuere conocido, esta notificación se hará al Ministerio Fiscal.”

En virtud del no aplicable artículo 167 del Reglamento de la Ley del Registro Civil (LRC), que data de 1958, BOE-A-1958-18486, “En el parte de nacimiento, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien lo suscribe, constará con la precisión que la inscripción requiere la fecha, hora y lugar del alumbramiento, sexo del nacido y menciones de *identidad de la madre*, indicando si es conocida de ciencia, propia o acreditada, y en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual, con la madre, firmará el parte, salvo si esta no puede o se opone, circunstancia que también se hará contar. 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.” Asimismo, en el artículo 182 del mismo texto legal, que ha devenido inconstitucional, reza: “Las notificaciones en materia de dilación se harán al destinatario en persona y por el Encargado, directamente o cometiéndolo al domicilio, y guardándose, en cuanto sean compatibles con la conveniente reserva, las reglas de las notificaciones judiciales. A la que figura como madre se lo advertirá expresamente, al ser notificada, que transcurridos quince días sin que formalice el desconocimiento ante el Encargado, la mención de filiación sólo podrá cancelarse en virtud de sentencia. Si la notificada no pudiese firmar, sin perjuicio de que lo haga a su ruego un testigo, pondrá en la notificación las huellas de los dedos pulgar, índice y medio de la mano derecha. La notificación del asiento de filiación materna se hará constar por inscripción marginal, con indicación de su carácter personal, hora, fecha y lugar de la notificación y destinatario.

La del asiento de desconocimiento producirá nota marginal con las mismas indicaciones.”

registrar, la doctrina expresó sus reservas a esta formulación del desconocimiento de la filiación, pues se entendía, frente al criterio de la Comisión de Reforma (el secreto profesional podría salvar la vida de niños recién nacidos, evitando así el aborto e infanticidio por parte de madres deseosas de evitar la divulgación de su maternidad extramatrimonial) que las graves razones de interés público en la determinación del vínculo de la filiación, cualquiera que fuere su clase, se oponían a esa ocultación; no posible, por otra parte, en cuanto a la entonces denominada «familia legítima», en la que tal conducta podría rozar el ámbito punitivo(...) Sin embargo, en la actualidad, y tras la vigencia de la Constitución de 1978 entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los Jueces y Tribunales (artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), siendo nulos, por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto, 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 (artículo 39.2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales<sup>628</sup>. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos. En líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus

---

<sup>628</sup> Vid. DURÁN RIVACOBIA, R. (2004) “El anonimato del progenitor” en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. / MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2004) *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia. El autor sostiene que esta afirmación efectuada por el Tribunal Supremo es “simplemente falso” y “produce repulsa por inexcusable”, habida cuenta de que tres meses antes el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 17 de junio de 1999 había afirmado que “es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal”, p.1375.

relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética. El sistema recientemente acogido por la Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción, que posibilita la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva, con un régimen de publicidad limitada de la inicial, trasladable al ámbito en que nos encontramos, sí sería admisible y compatible con el respeto a los principios constitucionales que hoy quedan en entredicho. La Sala, por tanto, estima, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el artículo 47 I de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, (y sus concordantes) están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, en el particular, que permite interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre, la circunstancia *registral de la maternidad*. En consecuencia se consideran inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los artículos 167 y 182 del Reglamento.” (FJ 5)

Como es de ver, en el contenido citado de esta resolución se alude como argumento a que de aplicarse los mencionados artículos se situaría en una situación discriminatoria al padre, puesto que, a juicio del Tribunal, este no puede eludir las presunciones de paternidad. Sin embargo, debe apuntarse a que este razonamiento sólo podría darse en los supuestos en los que estas presunciones operen, siendo así en la estructura del matrimonio, pero no en otras muchas situaciones que se dan y en las que el padre, si no quiere reconocer o declarar su consentimiento acerca de la filiación del hijo o hija nacida queda totalmente “liberado” o al margen, lo que supone un agravio comparativo y, en definitiva, una discriminación contra la madre que es la que soporta de forma única las obligaciones jurídicas que la maternidad conlleva mientras el padre las elude por completo, lo que no hace más que perpetuar el rol de cuidado imputado a la mujer y contribuye a su perpetua discriminación. El argumento de la igualdad



invocado por el Tribunal Supremo, aquí no se sostenía; es más, esconde una absoluta discriminación hacia la mujer<sup>629</sup>.

En relación al desconocimiento de la madre y a la posibilidad, o no, de acceder a algún dato de su origen por parte del hijo o hija, resultan especialmente relevantes los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Situándonos en este contexto, es necesario remitir al contenido de las Sentencias del caso *Odièvre contra Francia*<sup>630</sup>, así como el caso *Godelli* contra Italia.

---

<sup>629</sup> Ibidem, tal y como afirmó el antedicho autor DURÁN RIVACOBA, R. (2004) “al parecer, el alegado principio de igualdad se hace compatible con un tratamiento de doble rasero asombroso. El Tribunal Supremo rechaza el mecanismo del anonimato (...). Ahora bien, ello no es óbice para que apenas tres meses antes el Tribunal Constitucional exonerase a quien dona esperma de los requerimientos ahora tan absolutos para la mujer en determinación de la filiación. Permanece libre de su obligatoriedad y hasta de su investigación. La Sentencia de 17 de junio de 1999 (...) declara que «la Constitución ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor». Ya se sabe que la igualdad va por sexos, pero siempre favorece a los mismos.”, pp.1374-1375.

<sup>630</sup> Así, en la resolución del Asunto *Odièvre* contra Francia (especialmente en su apartado 15 y 19) el TEDH puso de relieve la concreta realidad histórica y jurídica de Francia entorno al anonimato de la madre, afirmando que “la norma *mater semper certa est* nunca fue aceptada por el derecho francés. Existe en Francia una tradición antigua de abandono organizado de neonatos. La práctica se remonta a la época de San Vicente Paul que introdujo el uso del torno, especie de torniquete situado en el muro de un hospicio. La madre depositaba allí al niño y tocaba después una campana. (...)”. Más adelante, “se instauró el sistema de la oficina abierta (abierto día y noche para permitir a la mujer la posibilidad de depositar en secreto un niño sin dar a conocer su identidad, indicándole las consecuencias del abandono y ofreciéndole ayuda”. Además de esta posibilidad, el Tribunal recogió que en el derecho francés los hijos e hijas menores de un año podían ser entregados por los progenitores a los servicios de asistencia social y para dichos progenitores era posible solicitar el secreto de su identidad (apartado 15).

El TEDH insistía en las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros del Consejo de Europa, en los que no existe consenso en torno a la cuestión, y en que existía un cierto debate sobre el parto anónimo añadiendo una consideración en cuanto al derecho comparado:

“La maternidad anónima es poco conocida en las legislaciones internas europeas ya que únicamente Italia y Luxemburgo no imponen legalmente a los padres biológicos el registro del recién nacido o la declaración de su identidad durante el registro. Por el contrario, la indicación del nombre de la madre, que se vincula automáticamente al del hijo, así como el del padre, es obligatoria en numerosos países: Noruega, Holanda, Bélgica, Alemania, España (una sentencia del Tribunal Supremo dictada en 1999 constató la inconstitucionalidad del artículo 47 de la Ley sobre el estado civil que ofrecía la posibilidad de hacer figurar la mención «madre desconocida» en el Registro del estado civil), Dinamarca, Reino Unido, Portugal, Eslovenia o Suiza.

Estos últimos años se asiste en algunos países a una evolución hacia la aceptación, si no del parto anónimo, al menos de un parto discreto. Se puede citar a Bélgica, donde se ha abierto el debate teniendo en cuenta, concretamente, el número de mujeres que pasan la frontera para parir en Francia en el anonimato. Un dictamen del comité consultivo de bioética de 12 de enero de 1998,

### **3.1.2. La prohibición del desconocimiento de la madre vs. el posible desconocimiento del padre. ¿Discriminación por razón de género?**

Si bien está clara la prohibición del parto anónimo de la madre amparada en la preservación de la verdad biológica aún como base del sistema filiatorio y la protección del derecho del niño o niña nacido de su derecho a la identidad, estos mismos argumentos pueden perfectamente ser aplicados al otro progenitor, aunque no haya biológicamente dado a luz. Sin embargo, la imposibilidad del desconocimiento de la madre, como no puede ser de otro modo, contrasta con el desconocimiento “discrecional” del padre.

Me refiero ahora a aquellos supuestos en los que, no habiendo matrimonio -y no operando las presunciones- el hombre, aunque conoce que es el padre del niño o de la niña que ha nacido, distrae totalmente sus deberes y obligaciones como padre y elude su reconocimiento.

Mientras que la madre es generalmente determinada, en muchos supuestos el padre puede permanecer indeterminado o ser desconocido, y esta circunstancia puede ser que incluso sea favorecida por el ordenamiento, que, en ocasiones, protege su desconocimiento<sup>631</sup>; lo que conculca gravemente el derecho a conocer los propios

---

hacía constar dos posturas defendibles propuestas desde el punto de vista de la ética: algunos consideran que es inaceptable que vengan al mundo niños sin filiación; es por ello que prefieren proponer «el parto con discreción» no cerrando definitivamente la puerta a cualquier búsqueda de filiación. Otros piensan que el dilema ético planteado por el parto en el anonimato no reside en modo alguno en la oposición de los derechos respectivos «del niño a una filiación» y de «la madre desamparada» a resolver su situación conflictiva, sino en la confrontación más fundamental de los dos valores, el de la vida del niño, por un lado, y el derecho de toda persona a conocer a su madre biológica por otro. Señalan que, en este dilema, el primer valor a respetar es la protección de la vida del niño y su desarrollo. Es por ello que consideran que el parto en el anonimato es perfectamente legítimo y aceptable desde el punto de vista ético. Igualmente en Alemania, ante el aumento de recién nacidos abandonados, se instaló en Hamburgo hace unos dos años, un primer «buzón para bebés» (*Babyklappe*) lugar en el que la madre deposita a su hijo, toca el timbre y se va sin facilitar su identidad. A partir de entonces, se han creado otros «*Babyklappen*» en varias ciudades. (...) Otro ejemplo sería Hungría donde la madre puede decidir conservar el anonimato al abandonar a su recién nacido en una sala especial no vigilada que existe en los hospitales.” (apartado 19)

<sup>631</sup> Tal y como sostiene SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades y paternidades” en op. cit. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / SOLÉ RESINA, J. *Actualización del derecho de filiación...*, p.84. La autora se refiere a los supuestos de monoparentalidad por padre desconocido e invoca el contenido de los artículos 122 CC y 235-9. 2 CCCat como ejemplos de preceptos que “tienden a ocultar la identidad del padre -que es el único que puede permanecer

orígenes del hijo o hija. De *lege data* tampoco podría la madre determinar unilateralmente la filiación respecto de quién sea el padre<sup>632</sup>.

Cierto es que la madre y el hijo o hija podrían instar la acción filiatoria en contra del padre para determinar su filiación, pero nótese que la carga que supone entablar el proceso y tratar de acreditar este extremo pesa de nuevo sobre estos sujetos legitimados, lo que supone otro agravio para la mujer o el hijo o hija<sup>633</sup>.

En cuanto a las acciones de filiación existen múltiples pronunciamientos, no pudiendo analizar con mayor detalle las mismas en esta investigación, pero sí que es necesario hacer mención a los pronunciamientos que emanan del TEDH y que conectan con la preservación de la identidad de la persona y con el derecho a conocer sus orígenes.

---

desconocido- y con ello permite al padre que desea eludir sus obligaciones de protección de su hijo o hija eximirse de esta responsabilidad”, pp.84-85.

En virtud del artículo 122 CC “Cuando un progenitor hiciera el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente.”, en el mismo sentido que se pronuncia el artículo 235-9.2 CCCat, a cuyo tenor “En el reconocimiento hecho en testamento o escritura pública o ante la persona encargada del Registro Civil no puede manifestarse la identidad del otro progenitor si no ha sido ya determinada legalmente. Esta regla no se aplica al caso del reconocimiento del concebido y no nacido realizado en testamento o escritura pública”.

<sup>632</sup> Conforme al artículo 122 CC, BOE-A-1889-4763, en el contexto de la determinación de la filiación no matrimonial -pues en la matrimonial operarían las presunciones de paternidad- “Cuando un progenitor hiciera el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente.”

<sup>633</sup> Ibidem, tal y como sostiene SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades y paternidades”, se hace recaer sobre la madre de forma exclusiva la carga y la responsabilidad de entablar la acción de reclamación de la paternidad en nombre propio o en representación del hijo o hija contra el padre incumplidor para que éste le otorgue la protección constitucionalmente debida”, p. 85, a lo que añade, que en caso de prosperar la acción, de “forma perversa” no puede serle impuesta al padre la obligación de alimentos para con su hijo o hija de forma retroactiva más allá de la fecha de interposición de la demanda, no previéndose tampoco ninguna posible indemnización por daños por haber el padre distraído su obligación para con su hijo/a de forma deliberada, en su caso, pp.86-87. La autora refiere también a op. cit. AMMERMAN YEBRA, J. (2017) *Las madres solas ante los tribunales, la administración y las leyes ¿se perpetúa la discriminación?*, Tirant lo blanch. Esta autora también alude a la discriminación de la mujer también en este extremo, afirmando que es el padre el que tiene la “obligación de reconocer a su hijo y cumplir con las obligaciones inherentes a su condición de padre desde el momento mismo del nacimiento (o incluso desde el embarazo (...)). Imputable al padre es el retraso en el reconocimiento de su hijo, retraso que ni siquiera solventa de forma voluntaria, sino bajo la coacción de los tribunales y ante la reclamación de paternidad de la madre (...)”, p.80.

En el caso *Mikulic* contra Croacia<sup>634</sup>, el TEDH declaró la vulneración del artículo 8 del Convenio. En este caso, una niña, representada por su madre, reclamaba ante los tribunales de Croacia conocer quién era su padre biológico. El procedimiento judicial se alargó durante más de cinco años, en los que se había citado en reiteradas ocasiones al demandado, pero este no había comparecido para realizar la prueba de ADN y poder determinarse (o no) la paternidad. El Tribunal declara la violación del artículo 6.1 del Convenio<sup>635</sup> por no haberse resuelto la cuestión en un plazo razonable:

“El Tribunal reitera que se requiere particular diligencia en los casos concernientes a estado y capacidad civil (...). En vista de lo que está en juego para la demandante en el caso presente, es decir, su derecho a que se establezca o se refute su paternidad, y por ello, eliminar la falta de certeza sobre la identidad de su padre natural, el Tribunal considera que el artículo 6.1 exige a las autoridades nacionales competentes que actúen con particular diligencia para asegurar el progreso del proceso.” (apartado 44)

El TEDH declaró también que se había producido la violación del artículo 8 del Convenio por entender que los Tribunales nacionales no habían sido eficientes y no habían dado respuesta a su reclamación de paternidad, dejando a la menor “sin tener certeza sobre su identidad personal”. Ahora bien, dispone el Tribunal en esta resolución que para la determinación de si existe tal obligación positiva resulta necesario considerar el imprescindible equilibrio entre el interés general y los intereses de la persona, y que los Estados cuentan para ello con “cierto margen de discrecionalidad”. En este caso, el TEDH sostuvo que el Estado no había dado cumplimiento a sus obligaciones positivas inherentes al respeto a la vida privada, pues, aunque en virtud del ordenamiento croata no podía obligarse al demandado a someterse a una prueba genética “únicamente está en conformidad con el principio de proporcionalidad si

---

<sup>634</sup> Sentencia TEDH (Sección 1ª), Caso *Mikulic* contra Croacia de 7 de febrero de 2002. ECLI:CE:ECHR:2002:0207JUD005317699

<sup>635</sup> Tal y como establece el artículo 6.1 del CEDH: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan<sup>291</sup> o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

dispone de un medio alternativo que posibilite a una autoridad independiente a decidir sobre una demanda de paternidad rápidamente” (apartado 64).

Así, ante la pretensión formulada, el Tribunal concluyó que se había producido la vulneración del artículo 8 al no respetarse la vida privada de la demandante. En cuanto al proceso de paternidad el TEDH ya había entendido que estos procedimientos sí podían valorarse a la luz del artículo 8 del Convenio y, que, aunque en este caso no se llegó a determinar la paternidad y no puede incluirse en el ámbito del respeto a la “vida familiar”, sí que se engloba en el término de “vida privada”, al tratar de hallarse la verdad biológica, en el sentido que:

“Vida privada, según el punto de vista del Tribunal, incluye la integridad física y psíquica de la persona y puede, a veces, abarcar aspectos de la identidad física y social de una persona. El respeto por la «vida privada» debe también comprender, hasta cierto punto, el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos (...)” (apartado 53)

Sigue el Tribunal definiendo qué entiende por el término “vida privada”<sup>636</sup>, afirmando que:

“El Tribunal entiende que el respeto a la vida privada exige que todos puedan ser capaces de establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales y que el derecho de una persona a tal información es de gran importancia por sus implicaciones formativas para su personalidad (...)” (apartado 54)

Cabe también hacer mención de la Sentencia del TEDH sobre el caso *Jäggi* contra Suiza<sup>637</sup>. En este procedimiento el Sr. *Jäggi*, que contaba ya con 67 años, acreditó ante el Tribunal los continuos intentos por determinar quién era su padre biológico desde edades muy tempranas. El supuesto padre lo negó durante toda su vida. Tras el fallecimiento de este último, el demandante solicitó a los tribunales nacionales la exhumación del cadáver para la realización de una prueba de ADN en aras de determinar su paternidad, pero esta petición fue rechazada en base a la necesidad de preservar la seguridad jurídica y los derechos de los terceros. Ante este rechazo, el demandante invocó ante el TEDH la vulneración del artículo 8 del Convenio. El Tribunal esgrimió que

---

<sup>636</sup> Ya se ha hecho alusión a este mismo concepto al analizar la jurisprudencia del TEDH en cuanto a la identidad en términos globales. Vid. al respecto, Capítulo II § 2.1 de la presente investigación.

<sup>637</sup> Sentencia TEDH (Sección 3ª), Caso *Jäggi* contra Suiza de 13 de julio de 2006. ECLI:CE:ECHR:2006:0713JUD005875700

dentro del concepto de “vida privada” debe integrarse “el derecho a conocer la propia ascendencia” y que aquélla “engloba aspectos importantes de la identidad personal, de la que forma parte la identidad de quienes le engendraron” (apartado 25) y tras ponderar los intereses de las partes y la actuación del Estado concluyó, también en este caso, que sí se produjo una violación del artículo 8 del Convenio. A los efectos del análisis que se está llevando a cabo, conviene poner de relieve algunas manifestaciones del Tribunal:

“(…) las personas que intentan averiguar su ascendencia tienen un interés vital, protegido por el Convenio, de obtener las informaciones indispensables que le permitan descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal. (...)” (apartado 38)

“Si bien es cierto, como ha indicado el Tribunal Federal en su sentencia, que el demandante, que ahora tiene 67 años, y ha podido construir su personalidad incluso en ausencia de la certeza relativa a la identidad de su padre biológico, es preciso admitir que el interés que puede tener un individuo en conocer su ascendencia, no desaparece con los años, bien al contrario. El demandante ha demostrado por otra parte un interés genuino por conocer la identidad de su padre, ya que a lo largo de toda su vida ha intentado alcanzar una certeza al respecto. Un comportamiento de dicha naturaleza comporta sufrimiento físico y psíquico, aun cuando no se constaten médicamente.” (apartado 40)<sup>638</sup>

Sin embargo, en sentido más bien contrario resuelve el TEDH en el caso *Barnabas Tóth* contra Hungría<sup>639</sup> en el que declara que no se produce violación de la vida privada ante el rechazo de las demandas de paternidad entabladas por el Sr. Barnabas para reconocer a su hija, cuya filiación había sido previamente determinada a favor de la actual pareja de la madre. Los tribunales húngaros rechazaron la posibilidad de reclamar la paternidad biológica al ponderar los intereses de la hija y al valorar que la posible modificación de la filiación podría afectar a su interés superior, desoyendo las demandas del actor acerca de la importancia de conocer los orígenes biológicos. En esta resolución el TEDH considera que los tribunales húngaros realizaron una correcta ponderación de los intereses de las partes atendiendo a los datos del proceso.

---

<sup>638</sup> Este argumento fue acogido también por el TEDH en el caso *Godelli contra Italia* en la ya referida Sentencia TEDH (Sección 2ª), Caso *Godelli* contra Italia de 25 de septiembre de 2012. ECLI:CE:ECHR:2012:0925JUD003378309

<sup>639</sup> Sentencia TEDH (Sección 2ª), Caso *Krisztian Barnabas Tóth* contra Hungría de 12 de febrero de 2013. ECLI:CE:ECHR:2013:0212JUD004849406

### **3.1.3. La no determinación de la filiación y la relación familiar de facto en la jurisprudencia del TEDH**

En este punto se destacan también algunos pronunciamientos del TEDH pero en este caso, se invoca el contenido de algunas resoluciones, en cuya base subyace la denominada en nuestro ordenamiento posesión de estado, y, en las que, como es de ver, se plantean supuestos en casos de autoinseminación o de acuerdos de procreación.

El TEDH en la Sentencia del caso *CE y otros* contra Francia<sup>640</sup> se pronunció de forma acumulada sobre dos recursos similares en las que se pretendía el reconocimiento paterno-filial entre un niño y la ex pareja de la madre biológica. En estos casos, las parejas recurrieron a material biológico de terceros para la concepción y, los padres intencionales, tras la separación de las madres biológicas, pretendían la determinación de la filiación respecto de los menores, aun no siendo los padres biológicos.

En la primera solicitud de las valoradas en la resolución, el Tribunal se pronunció acerca de un caso de una pareja en la que el hijo fue concebido por la madre, con su propio óvulo y gestado por ésta, pero sirviéndose de material biológico de un donante (amigo de la familia). El menor nacido fue sólo reconocido por la madre gestante. La pareja de la madre se implicó en su cuidado y ejercicio *de facto* de la potestad parental del menor. Al cabo de cuatro años, la pareja se separó, pero el padre intencional siguió manteniendo la relación con el menor, cumpliendo con los deberes y obligaciones alimenticias para con el menor en virtud del acuerdo alcanzado tras la separación de la pareja. Con posterioridad, la expareja pretendió establecer una relación filiatoria con el menor respecto al progenitor de facto, interesando su adopción. La solicitud fue denegada dado que no se cumplían los requisitos del ordenamiento interno. En esencia, porque el solicitante ya no era cónyuge de la madre. Asimismo, se instó la atribución de la filiación por posesión de estado, que también fue denegada por el Estado francés en base a su ordenamiento interno.

En la segunda solicitud, que fue también valorada en esta resolución, de forma acumulada, las reclamantes, que eran pareja, habían suscrito un “pacto de solidaridad civil”<sup>641</sup>. Una de las reclamantes se sometió fuera del Estado francés a la técnica de

---

<sup>640</sup> Sentencia TEDH (Sección 5ª) Caso *CE y otros* contra Francia de 24 de marzo de 2022. ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD002977518

<sup>641</sup> Se trata del “pacte civil de solidarité” o “PACS”. En virtud del artículo 515-1 del Código Civil Francés: “Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores de edad, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común.” Se trata de una de las formas de unión civil admitidas por el ordenamiento, junto al matrimonio. Consultable en:

reproducción humana asistida y dio a luz a un niño. Ambas reclamantes interesaron judicialmente compartir el ejercicio de la potestad parental. La solicitud fue concedida. Más adelante, la mujer que no había gestado al primer niño dio a luz a otro menor y, en virtud del citado pacto, ambas reclamantes solicitaron compartir la potestad parental, solicitud que también fue aprobada. Unos años más tarde, la pareja se separó y su pacto de solidaridad civil quedó disuelto, alcanzando un acuerdo en cuanto a los menores. La madre biológica del segundo hijo interesó la determinación de la filiación respecto del primer hijo nacido de la expareja por posesión de estado porque, según el ordenamiento francés, no podían concurrir dos filiaciones del mismo sexo (en este caso, maternas) respecto al mismo niño.

Las reclamantes alegaron la vulneración del artículo 8 del Convenio. El TEDH al analizar el ordenamiento, entre otros textos, analiza especialmente las leyes de bioética existentes en aquel momento en el ordenamiento interno francés y valora la posible violación del artículo 8, haciendo especial mención, a lo que se entiende por “vida familiar” y por “vida privada” en el referido precepto.

Insistía de nuevo en esta resolución el Tribunal, en que en la definición de “vida familiar” se subsumen una heterogeneidad de supuestos, y reconoce la existencia de vida familiar en ambas solicitudes, así:

“es ante todo una cuestión de hecho, que depende de la existencia de estrechos vínculos personales. La noción de «familia» a que se refiere el artículo 8 se refiere no sólo a las relaciones basadas en el matrimonio, sino también a otros vínculos «familiares» de hecho, en los que las partes cohabitan al margen de todo vínculo conyugal o en los que otros factores demuestran que una relación tiene suficiente constancia. Así, el Tribunal acepta, en determinadas situaciones, la existencia de una vida familiar de hecho entre un adulto o adultos y un niño en ausencia de vínculos biológicos o un vínculo legalmente reconocido, siempre que existan vínculos personales efectivos” (apartado 49)

También, en ambas solicitudes, tal y como ya había venido reiterando en numerosas resoluciones, entiende que podría valorarse la posible injerencia en la vida privada a la luz de la Convención, atendiendo a que:

“El Tribunal reitera que no existe razón válida para entender la noción de «vida privada» como excluyente de los vínculos afectivos que se han creado y desarrollado entre un adulto y un niño fuera de las situaciones tradicionales de



parentesco. Este tipo de vínculo forma parte de la vida e identidad social de los individuos. En ciertos casos que involucran una relación entre un adulto y un niño que no tienen ningún vínculo biológico o legal, los hechos pueden no obstante caer dentro de la «vida privada» tanto del adulto como del niño en cuestión (...)” (párrafo 53)

“Esto es particularmente cierto para el niño en cuestión, siendo la filiación de cada individuo un aspecto esencial de su identidad (...)” (párrafo 54)

En esta resolución, el TEDH valoró la posible injerencia del Estado francés tanto en la vida familiar como en la vida privada, pero ya no desde la perspectiva de la posible injerencia o perturbación innecesaria en estos ámbitos, sino desde la perspectiva del posible incumplimiento de las obligaciones positivas que conciernen al Estado, desde el enfoque de la posible existencia de deficiencias en la legislación francesa que conculquen el contenido del artículo 8 del Convenio.

Así lo hizo, al afirmar que “el Tribunal examinará la queja de los demandantes desde el ángulo de la obligación positiva de los Estados Partes de garantizar a las personas sujetas a su jurisdicción el respeto efectivo a su vida privada y familiar, y no desde el ángulo de su obligación de no interferir en el ejercicio de este derecho.” (párrafo 82). El Tribunal indicaba que los principios<sup>642</sup> que deben observarse al valorar el cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado se asimilan al enfoque del análisis de las posibles injerencias desde un punto del cumplimiento de sus obligaciones negativas. El TEDH analizó en esta resolución el margen de apreciación del Estado, el justo equilibrio entre el interés general y los intereses de los solicitantes.

---

<sup>642</sup> Indica en este sentido el TEDH como principios que deben atenderse: “(...) el justo equilibrio que debe lograrse entre el interés general y los intereses de la persona interesada, desempeñando un papel determinado los objetivos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 8. La noción de “respeto” carece de claridad, especialmente con respecto a las obligaciones positivas inherentes a esta noción; debido a la diversidad de prácticas seguidas y de las condiciones que prevalecen en los Estados contratantes, sus requisitos varían mucho de un caso a otro. (...). No obstante, el Tribunal ha encontrado una *serie de elementos relevantes para la apreciación del contenido de las obligaciones positivas que incumben a los Estados*. Algunos de estos elementos conciernen al demandante, por ejemplo, la importancia del interés en juego o el cuestionamiento de “valores fundamentales” o “aspectos esenciales” de su vida privada (...), así como la repercusión en el interesado de un conflicto entre la realidad social y la ley, siendo de gran importancia la concordancia de las prácticas administrativas y jurídicas en el orden interno para la valoración a realizar a partir del artículo 8 (...). Otros elementos se refieren al impacto sobre el Estado en cuestión de la supuesta obligación positiva, por ejemplo, el carácter amplio e indeterminado, o restringido y definido, de esta obligación (...) o el alcance de la carga que le impondría la obligación (...)” (párrafo 83)

En cuanto al margen de apreciación, el Tribunal recordaba que, aunque los Estados, del mismo modo que con las obligaciones negativas que les conciernen, cuentan con un amplio margen de apreciación a la hora de implementar las obligaciones positivas que les corresponden (párrafo 83), en supuestos en los que existe una gran disparidad jurídica entre los distintos ordenamientos y no existe consenso, y además, existe una gran implicación en cuestiones éticas (reconocimiento legal de la filiación entre niños/as y personas con las que no existe vínculo biológico), parece que el margen de apreciación deba ampliarse. Ahora bien, al afectar también a la vinculación padre - hijo, “está en juego un aspecto esencial de la identidad de la persona. Este es particularmente el caso del vínculo de filiación, que une a una persona con su progenitor, especialmente cuando éste es menor de edad” (párrafo 88), y es por ello por lo que el margen de apreciación con el que cuenta el Estado debe verse reducido. En ambos supuestos, el TEDH indicaba que, aun no tratándose de supuestos análogos con la gestación por sustitución, sí que se ha afectado a la determinación de la filiación respecto al niño/a con personas especialmente vinculadas con el mismo, afirmando que “(...) habida cuenta de la naturaleza y fuerza de los vínculos que se han establecido entre los interesados, la imposibilidad de éstos de denunciar en sus solicitudes para obtener, por vía de legitimación de sus relaciones, el reconocimiento legal de la filiación entre ellos plantea una seria cuestión en relación con el principio de la primacía del interés superior del niño y el derecho al respeto de la vida privada.” (apartado 104).

Aun así, al contar Francia con otros mecanismos que permiten el ejercicio de la potestad parental por parte de los solicitantes, concluyó que no se había producido vulneración del artículo 8 en ninguno de los supuestos planteados.

Otro supuesto se planteó en el caso *Honner* contra Francia<sup>643</sup> en el que, en el seno de una relación de pareja entre dos mujeres, una de ellas había dado a luz a una niña, sirviéndose de la técnica de reproducción humana asistida con material de donante anónimo. La filiación se determinó sólo respecto de la madre biológica. La niña había sido cuidada por ambas, durante sus primeros años de vida, junto al hijo anterior de la madre biológica, hasta que al cabo de unos años se separaron. La reclamante, que era considerada madre *de facto* por la hija, solicitó el establecimiento de visitas para con ella, pero este fue denegado por los tribunales internos, en base al interés superior de la niña, motivando el tribunal interno que la relación entre ambas mujeres era nefasta y que la niña se encontraba en medio del conflicto y sufría. La reclamante invocó ante el TEDH la violación del respeto a su vida familiar, contenida en el artículo 8 del Convenio.

---

<sup>643</sup> Sentencia TEDH (Sección 5ª) Caso *Honner* contra Francia de 12 de noviembre de 2020. ECLI:CE:ECHR:2020:1112JUD001951116.

El Tribunal que, también como el anterior caso, examinó el supuesto desde la perspectiva de la obligación positiva de los Estados partes en orden a garantizar el respecto efectivo a su vida privada y familiar; una vez más, reconoció la existencia de “vida familiar” entre las partes, la hija y el hermano de ésta. Examinado el supuesto, concluyó que a pesar de que “comprende el sufrimiento que la situación controvertida y la respuesta que le ha dado el Tribunal de Apelación de París pueden haber causado a la demandante. Sin embargo, considera que sus derechos no pueden prevalecer sobre el interés superior del niño.” (párrafo 66), y que, “en consecuencia, teniendo en cuenta también el amplio margen de apreciación de que dispone, el Estado demandado no descuidó su obligación positiva de garantizar el respeto efectivo del derecho a la vida familiar de la demandante.”

Otra manifestación, una vez más, de la fuerza ambivalente del principio de *favor filii*.

Sin embargo, de forma distinta se pronunció el mismo TEDH en otro supuesto. Es el del caso *Callamand* contra Francia<sup>644</sup>. En este caso, también en el seno de una relación de pareja entre dos mujeres una de ellas recurrió a la técnica de reproducción asistida para poder procrear, con material biológico de tercer donante. La filiación se fijó entre la niña nacida y la madre biológica (y gestante). Ahora bien, la pareja de ésta, y otros ascendientes como la abuela, cuidaron de la menor durante sus primeros años de vida. La pareja se separó y la relación se deterioró. La demandante, al igual que en el anterior caso, no solicitaba ante los tribunales internos el reconocimiento de una relación de filiación, sino tan sólo, la posibilidad de que le fuera reconocido un régimen de visitas para con la niña, con el fin de preservar el vínculo afectivo que se había creado. Los tribunales rechazaron su pretensión. La reclamante invocó ante el TEDH la conculcación al respecto a su vida familiar y en este el Tribunal entendió que sí se había producido la violación del artículo 8 de la Convención. La distinta conclusión del Tribunal estribaba en que en el caso anteriormente referido el tribunal francés había motivado de forma fundada su decisión a la luz del interés superior del menor, hecho que no concurría, a juicio del TEDH, en el presente supuesto en el que la decisión alcanzada según el Tribunal no había sido motivada en base al interés superior del menor. Así, indica:

“Por lo tanto, la pregunta que surge en el presente caso es si, dado el amplio margen de apreciación de que disponía, el Estado demandado logró un justo

---

<sup>644</sup> Sentencia TEDH (Sección 5ª) Caso *Callamand* contra Francia de 7 de abril de 2022. ECLI:CE:ECHR:2022:0407JUD000233820

equilibrio entre estos intereses, en el entendido de que el interés superior del niño debe prevalecer.” (párrafo 37)

“El Tribunal observa que la desestimación de la solicitud del demandante de la fijación de un derecho de visita y alojamiento respecto de A. tiene consecuencias radicales sobre su derecho al respeto de su vida privada y familiar ya que pone fin a su relación con la menor, con quien (la madre) y ella convivieron con su familia durante más de dos años, desde su nacimiento hasta que (la madre) decidió dejar el hogar familiar con él. El Tribunal no excluye que se pueda lograr el equilibrio requerido en tal caso, en particular cuando existen razones imperiosas relacionadas con la preservación del interés superior del niño. Sin embargo, dado que la protección del derecho del solicitante al respeto de la vida privada y familiar en virtud del artículo 8 del Convenio también estaba en juego, los tribunales nacionales estaban obligados a sopesar cualquier conflicto de intereses y, en particular, a demostrar mediante su razonamiento que las preocupaciones relativas al interés superior del niño eran de tal importancia en relación con el interés del solicitante en al menos mantener contacto con él, que estaba justificado, en virtud del artículo 8, para rechazar en su totalidad la solicitud que había hecho” sobre la base su ordenamiento interno. (párrafo 38)

### **3.2. LA MATERNIDAD/PATERNIDAD Y EL CONOCIMIENTO DE LOS ORÍGENES**

No cabe duda de que la filiación debe constar sin reservas ni secreto en el Registro Civil, pero sería deseable que ello tuviera lugar desde el nacimiento, y ello para todas las partes implicadas<sup>645</sup>, para todos los sujetos, tanto madres como padres.

---

<sup>645</sup> Conforme a la opinión de las autoras GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...*, op. cit. “no debe haber especial dificultad en delimitar estos dos planos: el plano interno, al efecto del conocimiento de la identidad de la persona, y externo: al de la relación oficial de filiación. Si es así, entonces no tiene por qué haber mayor inconveniente en que en el Registro Civil, siempre que sea conocido, pueda constar por completo el origen verdadero de la persona del que sólo podrá darse publicidad reservada (todas las personas que aportaron material y quién gestó, junto a las personas que oficialmente determinan la identidad).”, p.255.

Obvio es que la prueba de maternidad no admite duda alguna, pues en el parte médico, salvo error, figurará la mujer que ha dado a luz y ello hará prueba plena de la maternidad de la mujer que ha parido en relación a la persona nacida, por lo menos en cuanto a la maternidad “biológica”. Sin embargo, este sistema se ha visto traspasado y superado con creces atendiendo a las nuevas posibilidades existentes dado el estado actual de la ciencia y a la, en ocasiones excesiva, preeminencia de la autonomía de la voluntad en las cuestiones de filiación, siendo claros ejemplos de ello la fecundación asistida con óvulos de donante y la gestación por sustitución, que serán abordados más adelante.

Ello de nuevo nos sitúa ante la necesidad de reformular los principios del sistema filiatorio. Esta reformulación permitiría adaptarlo a las nuevas realidades sociales, y ello debería llevarse a cabo ateniendo a la necesidad y obligación del Estado de preservar el derecho a conocer los propios orígenes de las personas nacidas, y en este replanteamiento ya no puede tener cabida tampoco el desconocimiento en cuanto al padre y debería también replantearse el mantenimiento del principio de la verdad o veracidad biológica.

Si esta distinción entre veto al desconocimiento de la madre y permisibilidad de la indeterminación del progenitor hombre -o mejor dicho, discriminación- perdura, el derecho no está preservando la identidad de los hijos e hijas, pues estos tienen que poder acceder al conocimiento de sus orígenes tanto de su progenitora como de su progenitor, pues, por el momento, dado el actual estado de la ciencia, aún ambos son necesarios para procrear, y las obligaciones y deberes inherentes a la filiación tampoco deben ser desiguales atendiendo a una cuestión biológica<sup>646</sup>.

A estas alturas, con las técnicas que posibilitan muy fácilmente la obtención de la información genética, ya no puede explicarse el mantenimiento del desconocimiento del padre ante la inscripción registral del nacimiento, ni tampoco la no comprobación o contraste entre la veracidad del reconocimiento o de la presunción de ser el progenitor y la verdad biológica.

Deberían promoverse mecanismos que evitaren la ocultación de los datos del progenitor y debería plantearse el recurso a la ciencia para contrastar las manifestaciones de los progenitores ante el Registro Civil. Y es que, en la actualidad, la

---

<sup>646</sup> Tal y como propugnan las autoras GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...*, op. cit. Para las autoras, “una reforma del derecho de filiación regida por el mayor interés de la persona menor debe eliminar la monoparentalidad originaria, hoy normalizada en nuestro ordenamiento jurídico gracias a la tolerancia del desconocimiento.”, p.257.

verdad biológica podría fácilmente ser comprobada y, de hecho, debería ser comprobada, por una simple prueba genética de ADN, sin que pudiera entenderse que la protección de otros derechos como el de la integridad física y moral, la intimidad, o la libertad personal de los progenitores pueda verse vulnerada por la práctica de esta prueba<sup>647</sup> ni que pueda prevalecer por encima del interés superior de la persona ante la posibilidad de conocer sus orígenes<sup>648</sup>.

---

<sup>647</sup> Atendiendo a que la prueba puede consistir en una mera extracción de muestra de mucosa bucal, pudiéndola realizar en casa el mismo interesado. Puede consultarse al respecto, entre muchas otras páginas web de laboratorios que las realizan, <https://www.ampligen.es/pruebas-de-paternidad/> (última consulta 28/01/2023). Vid. también, en relación a los conflictos éticos y jurídicos vinculados a la medicina genética, MARTÍNEZ NAVARRO, J.A. (2019) “Genética y Derecho. La medicina genómica en el Sistema Nacional de Salud”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº54, pp.337-381. Vid. también, op. cit. ROMERO COLOMA, A.M. (2009) *Identidad genética ...* Para la autora “hay que hacer prevalecer los intereses del hijo siempre y en todo caso, por encima de aquellos derechos fundamentales, como la intimidad o el honor, que pudieran esgrimirse. El denominado *favor filii* debe ser superior a cualquier otra consideración.”, p.166. También AMMERMAN YEBRA, J. (2017), *Las mujeres solas ante los Tribunales...* op. cit., aboga por la obligatoriedad de la realización de la prueba de ADN afirmando que en interés del hijo y de la madre “sería conveniente que nuestro ordenamiento regulase la obligación de someterse al análisis de ADN, así como su posible ejecución forzosa”, p.88. Apuntan ambas autoras también a que la posible coerción en el ámbito penal a la realización de la prueba de ADN en supuestos de hijos concebidos por delitos de libertad sexual provoca una discriminación en cuanto a los hijos inmersos en procesos civiles de filiación, que sólo podrán acceder a la realidad sobre quién es su progenitor biológico si éste consiente a la realización de la prueba genética. Aun con todo, nuestro ordenamiento no permite, a diferencia del ordenamiento alemán o de algunos Estados de EEUU, entre otros, compeler al demandado a someterse a una prueba de ADN, aunque sea la única con la que pueda contrastarse de forma precisa y concluyente la verdad biológica.

<sup>648</sup> No puede ahondarse en esta cuestión, por exceder del objeto del presente estudio. Sin embargo, es necesario referirse en este sentido, entre otros, a los postulados de BLAUWHOFF, R. J. (2009) *Foundational facts, relative truths...* al afirmar el autor en este sentido, que: “DNA testing on living parents provides both an effective and proportionate means to achieve accurate information. It is open to debate whether compulsion should be used in case of a refusal. In the author’s view, the use of compulsion in testing will generally not need to be considered very objectionable in view of the fact that the interference is minimal while the child’s interest in having certainty may generally be prioritized on the basis of a principle of procreational responsibility. Direct interference with the presumptive parent’s physical integrity may be avoided when parts of human tissue detached from that person’s body are used, but this could create additional problems of identification. Thus, it is inescapable that testing will often interfere to some extent, however minimal, with the parent’s decisional privacy. Conceivably, some parents may also have some ethical or religious objections against testing.”, op. cit. p.412. Para mayor información acerca de la prueba de ADN en los procesos de filiación, vid. op. cit. QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (2005) *La prueba de ADN...* .Vid. también, FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2017) “La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos”. *Revista de Derecho UNED*, nº 21. Vid. también, op. cit. NIETO ALONSO, A. (2004) “El iter en la búsqueda de la verdad...” en GÓNZALEZ

Esta comprobación *ex ante* y previa a la inscripción, podría garantizar de forma eficaz el derecho a conocer los propios orígenes de la persona nacida, y, además, evitará la existencia de múltiples actuaciones judiciales posteriores en orden a la determinación o impugnación de la filiación inscrita<sup>649</sup> y aseguraría la protección de los efectos de la determinación de la filiación<sup>650</sup>. Todo ello conduce a afirmar que cualquier opción acerca

---

PORRAS, J.M. / MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (Coords.) *Libro Homenaje...* La autora recoge especificidades del proceso probatorio e indica que “el avance de la ciencia en materia de investigación de la paternidad por medio de pruebas biológicas ha permitido que la exclusión de la paternidad pueda establecerse con un 100% de seguridad, y la afirmación de la paternidad puede establecerse con certeza con un 97. (...)”, p.3531.

<sup>649</sup> Aunque excede de la presente tesis, cabe hacer mención a la imposibilidad de reclamar ex artículo 1902 CC los daños morales irrogados al progenitor jurídico al contrastar su no paternidad. Vid. en este sentido, MARTÍN CASALS, M. / RIBOT IGUALADA, J. (2019) “Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num. 110/2019 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios*, Editorial Civitas, SA, Pamplona. En relación a esta irresarcibilidad de los daños por la ocultación de la paternidad, vid. también Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), núm. 629/2018, de 13 de noviembre, ECLI:ES:TS:2018:3700. En cuanto a los daños familiares vid. la obra de ÁLVAREZ ESCUDERO, R. (2019) *Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación*, Thomson Reuters. Vid. también, BARRIO GALLARDO, A. “El precio de ocultar la paternidad y la falta de sensibilidad hacia lo femenino” en op. cit. GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.) (2019) *Mujer, maternidad y derecho...*, pp.119-140.

<sup>650</sup> En este sentido, cabe traer a colación los pronunciamientos del Tribunal Supremo en el ámbito penal, en cuanto a la violencia económica ante el impago de las pensiones de alimentos para con los hijos. En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 239/2021 de 17 de marzo (Magistrado ponente Sr. Vicente Magro Servet) ECLI:ES:TS:2021:914, en su FJ 4 se recoge que: “(...)Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos. Pero, sin embargo, por los incumplimientos que se producen debe ser el legislador el que configure esta obligación ex lege, y los tribunales los que resuelvan estos conflictos que no deberían existir, por la exigencia moral y natural del progenitor obligado a no dejar desabastecidas las necesidades de sus propios hijos, y sin anteponer nunca sus deseos y/o preferencias a las de aquellos, ya que respecto a éstos no son deseos o preferencias, sino necesidades de los mismos. (...)”

Sin embargo, la Sala Civil del mismo Tribunal Supremo, en la Sentencia núm. 573/2016 de 29 septiembre. ECLI:ES:TS:2016:4176, en la que se deniega a la madre la reclamación de los alimentos con carácter retroactivo al padre cuya determinación de la filiación se produjo de forma tardía, al afirmar el Tribunal que: “El artículo 112 del mismo texto, sobre filiación, señala que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar y su determinación tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiere lo contrario, como sucede con la deuda alimenticia, pues ello iría en contra del artículo 148 del CC”, FJ.3.

de mantener el desconocimiento del padre es contraria al derecho a conocer los propios orígenes biológicos.

Lo que no puede pervivir es la posibilidad de padre desconocido, pues, aunque en este hipotético supuesto sólo tuviera relevancia en cuanto a la aportación de material biológico, este hecho debe constar en aras de proteger y garantizar el derecho del hijo o hija a conocer su origen biológico.

De nuevo se advierte la existencia de una brecha entre el sistema filiatorio y el derecho a conocer los propios orígenes. Y ello por cuanto, mientras el sistema filiatorio busca dotar de madre y/o padre al hijo o hija, a los efectos de la protección de este último, el derecho a conocer los propios orígenes opera en otro plano. Desde este último, se plantea que para la procreación deben existir progenitora femenina y progenitor masculino y que sus datos deben poder tener acceso a la inscripción del nacimiento al margen de a quién o quiénes les sea atribuida la filiación y, por ende, los efectos de la misma, que podría recaer en otros sujetos.

Estas distintas perspectivas resultan incompatibles y no coadyuvan la una con la otra. Su no correspondencia altera y provoca irregularidades en algunas realidades. La pretendida equiparación entre filiación biológica -desgajada incluso en ocasiones de la genética- y la filiación jurídica ya no se sostiene y este hecho hace chirriar al mecanismo de la filiación que, de *lege ferenda*, debe ser replanteado a la luz del estado de la ciencia y de la sociedad imperante.

En este sentido, se insiste en que, una cosa es ser progenitor biológico y otra distinta es ejercer como padre o madre y cumplir con los deberes y obligaciones inherentes a la determinación de la filiación, sin que necesariamente ambas figuras debieran coincidir.

Lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico no admite tal distinción, pues pretende identificar progenitor jurídico con el biológico, salvo en los supuestos de adopción y de fecundación heteróloga. Mientras que el sistema filiatorio todavía pretende equiparar madre y padre filiatorios a los biológicos lo cierto es que numerosas realidades han traspasado este modelo y el sistema ya no puede dar respuesta o encajar estas nuevas situaciones.

Debe insistirse en la distinción entre progenitor biológico -que, como digo, siempre existe- y padre o madre. Puede que ambos no coincidan. Esto perfectamente puede ser así en nuestro contexto social, aunque no tenga cabida en el sistema filiatorio tal y como fue concebido y todavía se mantiene en nuestros días. De no ser coincidentes,



partiendo de la base de que todas las partes implicadas conozcan esta circunstancia, sería de *lege ferenda* que pudiese inscribirse tal circunstancia en el Registro Civil. Sería deseable que, en un futuro, dando acomodo a estas realidades que se dan y que no deben obviarse, la determinación paterna pudiera estar atribuida a la persona que va a ejercer de padre “social” pero siempre, y ello en aras de salvaguardar el derecho del hijo o hija a conocer los orígenes, figurando que no es el padre biológico, identificándose, si es posible, este último a los solos efectos de que el hijo o hija pueda tener información acerca de su historia de vida y de su genética. Del mismo modo en cuanto a la filiación materna, cuando la mujer gestante no comparta material genético con el hijo o hija. Y, del mismo modo en cuanto a los supuestos de adopción y de fecundación heteróloga, debiendo abolirse por completo la posibilidad de anonimato del donante.

## **CAPÍTULO V: REALIDADES EN CONFLICTO CON EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS**

**1. PLANTEAMIENTO DEL ANÁLISIS. 2. ORÍGENES Y RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA.** 2.1. TRATAMIENTO DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA. ¿ES COMPATIBLE CON EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA MENOR? 2.2. EL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA. DE NUEVO, ¿DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO? **3. ORÍGENES Y ADOPCIÓN.** 3.1 LA PERSONA ADOPTADA Y EL ANCLAJE CON SU PASADO. 3.2. AL DETALLE: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ADOPCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES. 3.2.1. Orígenes y adopción: marco normativo estatal y autonómico catalán. 3.2.2. Orígenes y adopción: los pronunciamientos del TEDH. 3.3. ACCESO AL ORIGEN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD. TUTELA DEL CONOCIMIENTO. **4. ORÍGENES Y PROCREACIÓN MEDIANTE EL RECURSO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA).** 4.1. LA FECUNDACIÓN ASISTIDA EN EL SISTEMA DE FILIACIÓN. 4.2. AL DETALLE: MARCO NORMATIVO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES. 4.3. DIFERENCIAS EN RELACIÓN A LA ADOPCIÓN EN CUANTO AL TRATAMIENTO DEL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES. 4.4. LA ELIMINACIÓN DEL ANONIMATO COMO PREMISA PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE LOS CONCEBIDOS A CONOCER SUS PROPIOS ORÍGENES. 4.5. LA AUTOINSEMINACIÓN O FECUNDACIÓN DOMÉSTICA. 4.6. OTROS ACUERDOS DE PROCREACIÓN. **5. ORÍGENES Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.** 5.1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y QUIEBRA ABSOLUTA DEL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA. 5.2. BREVE APUNTE A LA COSIFICACIÓN DE LA MUJER GESTANTE Y A LA VOLUNTAD PROCREACIONAL. 5.3. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS NACIDOS POR ESTE MÉTODO: ¿DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES (BIOLÓGICOS)? 5.3.1. La desmembración de la maternidad, la pluralidad de intervinientes en la procreación y la omisión deliberada del derecho a conocer los propios orígenes. 5.3.2. El componente internacional de los contratos suscritos que se rigen por las leyes válidas en un ordenamiento interno, la falta de consenso y la inexistencia de Registros. 5.4. AL DETALLE: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. LA VIDA PRIVADA Y LA IDENTIDAD DE LA PERSONA MENOR. 5.4.1. Marco normativo relativo a la gestación por sustitución en España: la nulidad de pleno derecho. 5.4.2. Gestación por sustitución y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). 5.4.3. Gestación por sustitución y Tribunal Supremo (TS) español. 5.5. PERSPECTIVAS NORMATIVAS DE LA GESTACIÓN

POR SUSTITUCIÓN, BIOÉTICA, Y DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES. EN BUSCA DE UNA FÓRMULA CONSENSUADA DE REGULACIÓN. 5.5.1. Informe Final acerca de la viabilidad de los instrumentos de derecho internacional sobre la filiación legal de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: apuntes para la confección de un instrumento que regule la figura a nivel internacional. 5.5.2. Propuesta desde la *International Social Service* (ISS): Los Principios de Verona.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL ANÁLISIS

A lo largo de la tradición jurídica, aunque de forma tardía, afortunadamente ha habido una cierta sensibilización ante el derecho que nos ocupa, el derecho a conocer los propios orígenes biológicos y genéticos. Sin embargo, el ordenamiento español ha propiciado la ocultación de estos datos, tal y como ya ha sido apuntado; y, a pesar de que, como es sabido, la propia persona tiene derecho a que nadie decida sobre la relegación o menosprecio de extremos de su historia personal. Esta información le pertenece por ser inherente a su persona, “al principio de autonomía, al derecho a su libertad”<sup>651</sup>.

En este capítulo, trataran de abordarse con mayor detalle los supuestos ya apuntados en los que se plantea una posible colisión con el derecho a conocer los propios orígenes, y en los que, como se verá, el anonimato en la fecundación heteróloga, el desconocimiento o la indeterminación de alguno de los progenitores, predominan y tienen un papel determinante y trascendental en la relegación de este derecho.

Así, se analizarán con detalle los supuestos o realidades que se dan en la sociedad actual en los que se advierte una mayor incidencia en el derecho de los hijos e hijas al

---

<sup>651</sup> En este sentido, COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016) *Dret a conèixer els orígens...* op. cit. El Comitè ya afirmaba que: “El derecho al conocimiento, y más al conocimiento sobre “lo mío”, es inherente al principio de autonomía y el derecho a la libertad. En último término, pesa un argumento de “justicia generacional”, ya que la generación presente no debería decidir por las futuras lo que estas desean o no saber. Otras personas no pueden decidir unilateralmente que yo pueda saber o no algo sobre mi propia constitución. Solo el mismo sujeto decidirá si desea saber o no. La autoposesión personal implica la posibilidad de acceder a mi historia y esta comienza por el acceso al conocimiento que nadie puede vetarme unilateralmente. Pero, en tanto que decisión autónoma, hay que garantizar la condición de posibilidad de saber, de tener acceso al conocimiento. Garantizar la opción conlleva garantizar su acceso. Si comenzamos por ocultar al nacido su procedencia o forma de concepción, le estamos negando la posibilidad de ejercer el derecho a saber”, p. 11.

conocimiento de sus orígenes, para observar, desde esta perspectiva, si el ordenamiento jurídico lo ampara y protege de forma suficiente. Se avanza que no es posible en la presente investigación analizar de forma pormenorizada todas las implicaciones que entrañan los supuestos que se pretenden abordar. Debo reiterar que el estudio se realiza única y exclusivamente desde la perspectiva de la protección del derecho a conocer los propios orígenes biológicos y genéticos.

Como supuestos o realidades sociales en las que el derecho a conocer los orígenes pudiera resultar comprometido, se analizan, estrictamente desde la perspectiva de la preservación de este derecho, la figura del reconocimiento de complacencia, la adopción, el recurso al mecanismo de las técnicas humanas de reproducción asistida (TRHA), la autoinseminación y la gestación por sustitución u otros acuerdos de procreación.

Para abordar su análisis se hará referencia al contenido de algunas de las resoluciones más relevantes que conectan los supuestos enumerados con el derecho a conocer los propios orígenes<sup>652</sup>. Así, se recogen algunos de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y, en el plano estatal, los del Tribunal Supremo (TS) y, como se verá en algún supuesto, los del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJCAT).

Los pronunciamientos que emanan del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), algunos de los cuales más adelante se destacaran, ponen de relieve la complejidad que suscita el acceso al conocimiento de los orígenes en conexión con el derecho preceptuado en el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, relativo al derecho a la “vida privada” y a la “vida familiar” y la prohibición de injerencias no debidamente necesarias de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho. El TEDH, como ya se ha apuntado, afirma que el derecho a la identidad, que engloba el derecho a conocer los propios orígenes, se integra en el concepto de “vida privada”. Las resoluciones analizadas denotan ciertas disparidades y esto se explica, de un lado, por la heterogeneidad existente en torno a la cuestión en los distintos Estados, y del otro, por el margen de apreciación y discrecionalidad con el que cuentan los Estados para llevar a cabo medidas tendentes a la protección de este derecho, siempre en el contexto de su particular regulación; y además por las circunstancias concretas de cada caso.

---

<sup>652</sup> Resulta muy interesante la lectura de MONTANARI, G. L. / DI LUCA, N. M. (2019) “El impulso hacia una legislación europea común, con respecto al derecho de toda persona a conocer sus orígenes genéticos”. *Medicina Y Ética*, 30(3), pp.985–1007.

En sus pronunciamientos, el TEDH analiza el supuesto concreto conectándolo con la posible vulneración del referido artículo 8 del citado Convenio, en concreto en relación a la ya referida vida privada, y/o a la vida familiar, que se circunscriben en ámbitos distintos, aunque conexos. En sus pronunciamientos, el Tribunal debe valorar si es posible subsumir el supuesto de hecho concreto en el ámbito de aplicación del precepto. Asimismo, en cada caso analiza el derecho interno existente en el Estado para valorar si puede predicarse en el supuesto en cuestión que se haya producido una violación en alguno de dichos ámbitos, examinando si hubo injerencia por parte del Estado, si la injerencia estaba establecida por la ley, si la injerencia perseguía un objetivo legítimo, así como si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática.

Por último, debe destacarse que, en la mayor parte de las resoluciones existen votos discordantes y ello revela, de nuevo, la gran complejidad que existe a la hora de, en la mayoría de casos, tratar de cohonestar de un lado, el derecho a la vida privada y familiar sin injerencias de la autoridad pública – en el que se subsume el pretendido conocimiento de los orígenes- y, del otro, el derecho a la intimidad de terceros que prestan informaciones amparados en el secreto o en el anonimato; máxime cuando no existe consenso entre los Estados.

## **2. ORÍGENES Y RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA**

Tal y como ya se ha apuntado<sup>653</sup> es necesario en este punto abordar el denominado reconocimiento de complacencia, esto es, la posibilidad por parte del hombre de reconocer a una persona, cuya filiación paterna no ha sido determinada, como hijo o hija suyo/a, a sabiendas de que no lo es -aunque no se explicita tal circunstancia por cuanto ello sería contrario a la declaración de voluntad emitida-. Este conocimiento previo de inexistencia de vínculo biológico por parte del reconocedor constituye la esencia de la figura<sup>654</sup>. Puede ser que el reconocedor pueda ser considerado padre social, pero no es padre biológico de la persona reconocida y, acudiendo a este

---

<sup>653</sup> Vid. Capítulo III § 1.3.

<sup>654</sup> En este sentido, op. cit. GALLO VÉLEZ, A.S. (2017) *Los reconocimientos ...*, pp. 84-85.

mecanismo de filiación falaz<sup>655</sup>, se atribuye la filiación por su propia voluntad<sup>656</sup> como si del padre biológico se tratara.

Este reconocimiento cuando no existe matrimonio se lleva a cabo ante el Encargado/a del Registro Civil con el consentimiento de la madre. La filiación puede quedar determinada como matrimonial<sup>657</sup> al operar las presunciones o como extramatrimonial<sup>658</sup> emitiendo dicho reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, dependiendo de si el reconocedor y la madre que consiente han contraído matrimonio, o no. Ni qué decir cabe que esta situación no es respetuosa con el derecho del hijo/a de conocer su origen biológico, pues a este/a le será atribuido/a una filiación que es contraria a la verdad biológica. Esta asunción de paternidad biológica contrasta con el derecho del hijo o hija, que no se sabe si en algún momento conoce o no que esta situación no se ajusta a esta verdad biológica.

---

<sup>655</sup> Ibidem.

<sup>656</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2005) “Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)”. *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, fasc. 3, *Estudios Monográficos*; se ha mostrado muy crítico en este reconocimiento de complacencia, y sostenía en esta obra que “el reconocimiento (añado: en puridad) es un título de determinación de la filiación, de establecimiento legal de una filiación que el ordenamiento presume o supone que biológicamente existe, no una creación artificial a partir de una realidad inexistente. Se trata de dar vida y realidad jurídica a algo que no aparecía antes en esa realidad o mundo legal, pero que estaba ahí (relación biológica), ya que la filiación jurídica por naturaleza no es creada ex novo, sino constatada a efectos legales. Se trata de dejarla establecida –hoy mucho más fácil y seguro que otrora– o determinada legalmente, pero en la realidad prejurídica existía ya (cfr. art. 112 CC). Por tanto, el reconocedor no crea nada ni puede inventar la filiación por naturaleza, porque no es una entequeia o ficción; puede equivocarse (reconocimiento inexacto), como los tribunales en su valoración y decisión; pero no cabe el reconocimiento conscientemente mendaz, creando una filiación conocidamente irreal. Resulta, así, en fin, que por afectar el reconocimiento a una situación prejurídica de que parte, y a ámbito y materia jurídicamente indisponible, la discrecionalidad del acto del reconocedor, está vinculada a la veracidad o verosimilitud del hecho, de acuerdo con la función propia del reconocimiento de determinar (constatar jurídicamente la existencia de) la filiación 9. En ese terreno deben estar sus límites, y a él, paralelamente, alcanzar su control.”, pp.1055-1056. Consultable en:

[https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?lang=va&id=ANU-C-2005-30104901114](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=va&id=ANU-C-2005-30104901114)

(última consulta 17/11/2022)

<sup>657</sup> En cuanto a la determinación de la filiación matrimonial vid. artículos 115 a 119 CC. BOE-A-1889-4763.

<sup>658</sup> Respecto a la determinación de la filiación no matrimonial vid. artículo 120 CC. BOE-A-1889-4763.

Así, este reconocedor, con independencia de que sus intenciones se consideren o no loables<sup>659</sup>, es el que aparecerá en el Registro Civil como padre -salvo casos flagrantes de imposibilidad, cuando sea manifiestamente imposible que pudiese ser el padre y vea rechazada en este caso la inscripción- y, dependiendo de las circunstancias, quizá la persona reconocida nunca llegará a averiguar que el progenitor con el que mantiene el vínculo jurídico no es su padre biológico, quedando absolutamente frustrado el acceso al conocimiento de sus orígenes. Si bien cabe indicar que podrían darse reconocimientos de complacencia de la maternidad<sup>660</sup>, los más frecuentes son los reconocimientos efectuados por los padres, pues la maternidad generalmente puede determinarse con el parto.

En la práctica la problemática está servida cuando el reconocedor a sabiendas de que burló el principio de verdad biológica pretende con posterioridad -normalmente tras la ruptura de la pareja- impugnar aquella paternidad invocando entonces que la filiación no es acorde con el principio burlado.

En este supuesto cabe también sostener la utilidad de la prueba de ADN, pues evitaría la inscripción de una filiación contraria a la verdad biológica y acabaría eliminando esta posibilidad<sup>661</sup> de reconocimiento falaz.

---

<sup>659</sup> Piénsese por ejemplo en los supuestos en los que el reconocedor puede atribuirse la filiación con un ánimo espurio y contrario al interés superior de la persona menor: tratar de manipular a la madre para que permanezca a su lado, o bien, entre muchas otras, con fines sucesorios, motivaciones personales alejada de los intereses del niño o niña y que se amparan solo en sus objetivos personales; absolutamente rechazables en este plano. Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2005) “Los reconocimientos de complacencia...”, op. cit. que recogía algunos móviles en un análisis de la etiología de la práctica; afirmando que las buenas intenciones no son suficientes para el derecho, pp.1062-1064. En este mismo sentido, op. cit. GALLO VÉLEZ, A.S. (2017) *Los reconocimientos de complacencia...*, que realiza un análisis jurisprudencial poniendo foco en los motivos que propician esta práctica, muy extendida en nuestro ordenamiento; distinguiendo entre “móviles aparentemente nobles fundados en el sentimiento” y “móviles egoístas fundados en la ilicitud”; pp.90-98.

<sup>660</sup> En este sentido, vid. op. cit. GALLO VÉLEZ, A.S. (2017) *Los reconocimientos de complacencia...*, pp.98-100. La autora afirma que, aunque no es imposible dado que no se excluye por el Tribunal Supremo tal posibilidad (Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, nº3192/2016, de 15 de julio, FJ 2, ECLI:ES:TS:2016:3192); y ello podría darse hipotéticamente en supuestos de niños abandonados que han nacido fuera de un centro médico, o cuya madre no se pudo identificar. Ahora bien, tal y como recoge la autora, no se halla ninguna sentencia que plantee la cuestión.

<sup>661</sup> Así lo apunta FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (2015) “Reconocimientos de complacencia: verdad biológica y actos propios en la determinación de la filiación” en TAMAYO HAYA, S. (Dir.) *La maternidad y la paternidad...*, op. cit., que al tratar estos supuestos de reconocimiento de complacencia apunta a que “de *lege ferenda*, en relación con los reconocimientos de paternidad; para evitar la proliferación de estos reconocimientos de complacencia, sería oportuno introducir

## 2.1. TRATAMIENTO DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA. ¿ES COMPATIBLE CON EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA MENOR?

Se analiza a continuación el estado jurisprudencial de la cuestión, tanto a nivel español como a nivel catalán, pues su tratamiento difiere en ambos ordenamientos. Dado el distinto tratamiento por parte de los distintos regímenes civiles<sup>662</sup>, debemos hacer mención a las resoluciones que emanan del Tribunal Supremo (TS) y a las que han sido dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJCat).

Las contiendas que se plantean judicialmente entorno a esta cuestión son las instadas por los reconocedores cuando el vínculo con la madre se ha roto y se les imponen una serie de obligaciones por razón de la filiación para con el hijo/a reconocido/a, tales como la obligación de contribuir a sus alimentos. Es entonces, cuando, en la mayor parte de los casos<sup>663</sup>, el reconocedor pretende dejar sin efecto la filiación que ha sido fijada por su propia voluntad.

---

en el procedimiento la realización de una sencilla prueba biológica que constatará que verdaderamente existe una relación de paternidad biológica entre el reconocedor y el menor que va a ser reconocido (...) De esta forma se reconduciría hacia sus cauces adecuados (la institución de la filiación por adopción) a aquellas personas que quieren establecer una relación de filiación con quienes no son sus hijos naturales (beneficiándose, en el caso de ser cónyuge de la madre del adoptando, de la ventaja que supone no necesitar la propuesta previa de la entidad pública que declara la idoneidad del adoptante).”, pp.12-13.

<sup>662</sup> Cabe recordar que mientras que el ordenamiento civil español no contempla de forma expresa el reconocimiento en fraude de ley, en el ordenamiento civil catalán se preceptúa expresamente en su artículo 235-27.4 del CCCat que “el reconocimiento de la paternidad hecho en fraude de ley es nulo. La acción de nulidad es imprescriptible y puede ser ejercida por el ministerio fiscal o por cualquier otra persona con un interés directo y legítimo”. En este sentido, GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) “Las situaciones familiares. Las familias reconstituidas” en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...*, op. cit., opinan que “es urgente una reforma del Código Civil español que, en la línea del Código Civil de Cataluña disponga la nulidad del reconocimiento hecho en fraude de ley”, p.245; y aluden a que con la existencia de este artículo “se tratan de evitar los reconocimientos de complacencia y su posterior revocación que no beneficia de ningún modo al menor”, p.241.

<sup>663</sup> Tal y como se recoge en la STS (Pleno) nº318/2011, de 4 de julio. ECLI:ES:TS:2011:5546. En esta resolución se indica que “Esta situación se produce, por lo general, cuando se rompen las relaciones del hombre que ha efectuado el reconocimiento con la mujer que es la madre biológica del reconocido como hijo.”



El Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones acerca de la posible revocación del reconocimiento de complacencia. La doctrina emanada ha sido vacilante. En un primer momento parecía que se imponía la verdad biológica y, por ende, debía reputarse nulo cualquier reconocimiento de complacencia<sup>664</sup>; sin embargo, esta tesis fue rechazada y se ha venido matizando, posibilitando la impugnación de dicho reconocimiento siempre que la acción de impugnación se formule dentro del plazo de caducidad que la ley estipula.

Centrándonos en las sentencias posteriores, debe destacarse el contenido de la Sentencia n°318/2011<sup>665</sup> que se pronuncia sobre un caso en el que, como viene siendo común, el reconocedor pretende dejar sin efecto la declaración de paternidad extramatrimonial efectuada, ejercitando la acción de impugnación de paternidad, una vez cesada la convivencia con la madre de la hija que había sido reconocida<sup>666</sup>, todo ello con la finalidad de eximirse de las obligaciones que le conciernen como padre. Las pruebas biológicas vinieron a corroborar la inexistencia de vínculo biológico entre ambos. Tanto en primera como en segunda instancia el solicitante vio rechazada su pretensión por entender los tribunales que dicho reconocimiento es esencialmente irrevocable,<sup>667</sup> pues esa irrevocabilidad se predica incluso en el ámbito del reconocimiento en testamento; y también dado el carácter indisponible del estado civil y de que en el ordenamiento civil la prevalencia de la verdad biológica no siempre rige

---

<sup>664</sup> Esta tesis era la que albergaba, entre otras, la STS (Sección 1ª, Sala de lo Civil) n°669/2004, de 12 de julio. ECLI:ES:TS:2004:5032. Este planteamiento de entender el reconocimiento de complacencia como nulo por ser contrario a la verdad biológica, fue rechazado días después por el mismo Tribunal Supremo, en STS y así lo manifiesta el Tribunal expresamente en la STS (Sección Pleno, Sala de lo Civil) n°494/2016, de 15 de julio, ECLI:ES:TS:2016:3192, al afirmar que: “Conviene avanzar a este respecto que, dos días después de dictarse la sentencia de 12 de julio de 2004, la tesis de que el principio de veracidad biológica exigiría la nulidad de los reconocimientos de complacencia quedó ya implícitamente rechazada por la sentencia 793/2004, de 14 de julio, y desde entonces nunca ha sido acogida por esta sala; que tampoco mantiene desde hace años la doctrina de la nulidad en general de los reconocimientos contrarios a la verdad biológica (...)”

<sup>665</sup> Vid. la ya citada, STS (Pleno) n°318/2011, de 4 de julio. ECLI:ES:TS:2011:5546

<sup>666</sup> En este supuesto en concreto se recoge en la Sentencia que “el demandado reconoció a la menor para complacer a la madre de esta, con la que convivía, e influido por las presiones sociales y familiares, y que la demanda se interponía después de cesada la unión de hecho que había mantenido con la madre de la menor.” (FJ 1)

<sup>667</sup> Conforme al artículo 741 CC relativo a la revocación e ineficacia de los testamentos, “El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere.” BOE-A-1889-4763.

-no es así en los casos de adopción, ni en los casos de TRHA, ni tampoco cuando el plazo de impugnación de las acciones ha caducado-. El Tribunal se plantea “si el reconocimiento de complacencia, realizado con plena conciencia y voluntad -que, por tanto, no puede ser impugnado al amparo del artículo 141 CC<sup>668</sup> - puede ser revocado al cabo de un tiempo por medio de la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial declarada e inscrita en el Registro civil.” (FJ 2). El Tribunal distingue entre la acción de impugnación de la filiación en sí misma considerada y contemplada en el artículo 140 CC<sup>669</sup>, cuyo plazo de caducidad de la pretensión es el plazo general de cuatro años; y la acción de impugnación del reconocimiento, prevista en el citado artículo 141 CC<sup>670</sup>, cuyo plazo de caducidad es de un año. El Tribunal, afirma que se ha venido aceptando también en estos supuestos “la acción de impugnación derivada del artículo 140 CC, pese a que la filiación extramatrimonial haya sido determinada por un reconocimiento voluntario y consciente, no viciado, llamado de complacencia, porque quien reconoce lo hace a sabiendas de que no es el padre biológico del reconocido.” (FJ 3)<sup>671</sup>.

---

<sup>668</sup> Conforme al artículo 141 CC “La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.” BOE-A-1889-4763.

<sup>669</sup> En virtud del artículo 140 CC “Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique.

Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.

Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de alcanzar la mayoría de edad o de recobrar capacidad suficiente a tales efectos.” BOE-A-1889-4763.

<sup>670</sup> Conforme al art. 141 CC “La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.”, BOE-A-1889-4763.

<sup>671</sup> Vid. entre otras, como doctrina en la que se señala la prevalencia de la verdad biológica, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 453/2004, de 27 de mayo. ECLI:ES:TS:2004:3668. En esta se indica que “La imperatividad del artículo 39 de la Constitución, que exige la protección de los hijos, clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, con la anomalía de atribuir potestad sobre los mismos a quien no es su padre biológico y la aplicación de un formalismo riguroso vendría a potenciar una situación injusta y hasta en línea de fraude, por lo que se impone la adecuada interpretación de la norma en la línea que marca el artículo tres del Código Civil. (...)”

---

pues la paternidad real, en otro caso, resultaría clamorosamente inexacta si se atribuyera a quien ha probado que no engendró el hijo y solo se limitó a reconocerle como acto de complacencia (...)” (FJ 3). En este sentido, vid. también la ya citada STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 669/2004, de 12 de julio. ECLI:ES:TS: 2004:5032. En esta se señala que “c) Así las cosas, no pueden omitirse las sanciones sobre la prevalencia de la verdad material en las cuestiones de estado civil que prescribe el art. 39 de la C.E ., y cuyo significado, es obvio, ha de cohonestarse, incluso, con el beneficio de los propios hijos, objetivo que, en el presente recurso, no puede decirse que se cumpla con la declaración judicial recurrida, porque, ni se respeta la primacía de aquella verdad, ni tampoco es atendible que la misma reconocida solo aduzca en su defensa que, se contrarreste ese móvil económico de su falso progenitor y, que por ello, por la misma se aferra a impedirlo. d) Esta Sala, en definitiva, entiende, que pese a los desvíos de una conducta acorde con los modelos de asunción de lo antes querido, y su reprobación en los planos de la sociología al uso, dentro del campo del Derecho y de la legalidad imperante, sería una clamorosa irregularidad mantener un reconocimiento de filiación en contra de lo así sabido por los mismos interesados, evitando que de este modo se prolongue *sine die* ese evidente estado civil pugnant con el personal designio de los afectados.” (FJ 5).

Vid también la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 1012/2008, de 29 de octubre. ECLI:ES:TS:2008:5691. En esta se esgrime que: “El criterio interpretativo que se sigue responde, por otra parte, a un modelo de hermenéusis normativa literal y sistemático, y se ajusta al canon de la razonabilidad y de la lógica. La lectura de lo dispuesto en los artículos 138, 140 y 141 del Código Civil, puestos en relación con los artículos 115, 118, 119 y 120, permite diferenciar los dos cauces impugnatorios, en atención a su diferente objeto y a su diferente causa o motivo de impugnación, que en un caso recae sobre el acto del reconocimiento determinante de la filiación, por vicios del consentimiento, y en otro, sobre la filiación determinada por el reconocimiento. Si la posibilidad de impugnar la filiación matrimonial por causas distintas al reconocimiento inválido por estar viciado el consentimiento -y, en concreto, por falta de veracidad biológica- se desprende con facilidad del artículo 138 del Código Civil , del mismo modo la impugnación de la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento, con fundamento en la falta de ajuste a la realidad biológica, tiene cómoda cabida en el artículo 140 , que por otra parte no excluye la impugnación del acto del reconocimiento por vicio de consentimiento regulada en el artículo 141 , como ésta no excluye la anterior. (...) C) El criterio interpretativo que se sigue es, además, plenamente respetuoso con las exigencias constitucionales. Se respeta, ante todo, la prevalencia de la verdad real sobre la meramente formal o presunta, conforme a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, y , por encima de ella, del artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección integral de los hijos, como también lo hacen en otros ámbitos y con diferente rango otras normas -la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, el Convenio de La Haya sobre protección del menor, de 29 de mayo de 1993 , y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor -, y que clama, como señalan las Sentencias de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001 y 27 de mayo de 2004 , contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor. Conforme a tales superiores principios, la filiación se entiende como una condición personal definida, de una parte, por el hecho de ser veraz el hijo, y por otra, por el de ser verdadero progenitor; y solo desde esa concepción de la filiación, y desde la potenciación de los medios jurídicos para determinarla y lograr el acomodo de la realidad formal a la biológica, puede considerarse satisfecha la finalidad protectora del menor y, en suma, el interés también jurídicamente tutelado de la familia, lo que no empece a que del mismo modo se proteja la seguridad y estabilidad familiar y en la detentación del estado civil, sin erigir, empero, los principios informadores del sistema en regla absoluta e ilimitada, equilibrio que desde luego se logra mediante el establecimiento desde la

El Tribunal, de forma a mi parecer incorrecta y artificiosa, fija la doctrina de que el reconocimiento de complacencia puede ser impugnado invocando la acción de impugnación prevista en el artículo 140 CC por parte del reconocedor en el plazo de cuatro años a contar desde que tuvo lugar el reconocimiento. En el caso de esta resolución al no haber transcurrido el plazo de caducidad previsto entre el reconocimiento y la interposición de la demanda, el Tribunal Supremo declara, en aplicación de la doctrina fijada, estimar la pretensión del reclamante y declarar la nulidad del reconocimiento de la menor, suprimiéndosele los apellidos del hasta entonces padre, además de poner fin a los efectos que despliega el establecimiento de dicho vínculo (entre otros, la obligación de alimentos para con la persona menor que había sido voluntariamente reconocida). No considera la doctrina de los actos propios<sup>672</sup>, ni tampoco cohonesta el principio de la verdad biológica con el de la seguridad jurídica<sup>673</sup>.

Es imprescindible referir al interesante voto particular formulado en la anterior resolución<sup>674</sup> en el que el magistrado fundamenta, por un lado, que el plazo de cuatro

---

misma norma de los presupuestos de legitimación y el plazo para el ejercicio de las acciones de filiación.(...)” (FJ 3)

<sup>672</sup> En este sentido, sería de aplicación para FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (2015) “Reconocimientos de complacencia: verdad biológica y actos propios en la determinación de la filiación” en TAMAYO HAYA, S (Dir.) *La maternidad y la paternidad ...*, pp.5-9. Entiende que aunque pueda ser impugnado el reconocimiento por complacencia debería desestimarse la petición si es formulada por el reconocedor mendaz, causante de la actuación, al concurrir los requisitos de la doctrina de los actos propios, cuales son, “a) una conducta inicial vinculante, jurídicamente eficaz; b) una pretensión posterior contradictoria con la conducta inicial (ejercitando un derecho o una facultad que crea una situación litigiosa); esa pretensión se considera que resulta contraria a la buena fe; c) (...) identidad de sujetos tanto activo como pasivo en el acto o conducta inicial y en la pretensión posterior.” Para GALLO VÉLEZ, A.S. (2017) *Los reconocimientos de complacencia...* op. cit. el mecanismo que debería poder evitar la acción de impugnación del reconocimiento de complacencia es la doctrina de los actos propios, esto es, “a través de la aplicación de las reglas *venire contra factum proprium* y *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, p.389.

<sup>673</sup> En este sentido, las autoras GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...* ,op. cit., sostienen que si la validez del reconocimiento no depende de que se corresponda con la verdad biológica se está desatendiendo el contenido de la STC 138/2005, de 26 de mayo (BOE-T-2005-10545) que propugna que “el principio de verdad biológica o prevalencia de la verdad biológica, pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en los menores de edad.”, p.243.

<sup>674</sup> Voto particular formulado por el magistrado D. Xavier O’Callaghan Muñoz. Muy acertadamente el magistrado señala que “Se ha dicho en la doctrina que el Derecho avanza, en muchos casos, a través de los votos particulares. Esto se pretende en el presente caso. Tenemos una reiterada jurisprudencia que estimo equivocada y, peor aún, contraria al sentido jurídico, a

años indicado en la resolución no es de aplicación, y de otro lado que la acción es imprescriptible y que el reconocedor no se halla legitimado para poder instar la impugnación del reconocimiento por cuanto dicho reconocimiento es esencialmente irrevocable.

---

la realidad social y al ordenamiento vigente. En palabras llanas y en síntesis, el caso lo resolvemos en forma verdaderamente sangrante: un hombre se enamora de una mujer soltera que tiene un hijo reconocido sólo por ella, de una relación anterior; él, en el calor de su enamoramiento reconoce a aquel hijo como suyo, a sabiendas que no lo es; más tarde, se extingue aquel amor y rompe, como si fuera un simple papel, aquel reconocimiento y, con ello, el estado civil de aquel niño (o ya chico o ya hombre). En otras palabras, su reconocimiento depende exclusivamente de la voluntad del reconocedor; cuando el reconocedor se pelea con la mujer, se separa y se termina la posesión de estado con el reconocido ¿Se aplica realmente el párrafo primero del artículo 140 del Código civil alegando el reconocedor que no es padre (lo que es cierto), prescindiendo que lo sabía y aceptaba cuando reconoció (¿lo que también es cierto? La realidad social y el ordenamiento entiendo que no lo admiten y espero que la Sala -más pronto o más tarde- cambie el criterio que ahora ha mantenido en el pleno e impida este desaguado. Amén.” El magistrado entiende que la acción de impugnación del artículo 140.1 CC, en el supuesto de falta de posesión de estado es imprescriptible y que el plazo de caducidad sólo se prevé para el resto de supuestos contemplados en el precepto. Además, la legitimación para la interposición de la acción prevista en el 140.1 CC es del sujeto al que le perjudique. Ello le conduce a sostener que el reconocedor carece de motivo de impugnación y no tiene legitimación para su interposición, todo ello habida cuenta de que “reconoció a sabiendas, libre y conscientemente de que no era el padre y ahora no puede revocar unilateralmente, simplemente porque rompió su relación con la madre”. En este sentido, el magistrado afirma que “constitucionalmente, el artículo 39.2 de la Constitución Española permite la investigación de la paternidad, lo que nadie discute, lo cual no se plantea en el presente caso en que se impugna una paternidad libre y conscientemente reconocida.” (FJ 4) y razona que el hecho de que el reconocimiento pueda quedar al arbitrio del reconocedor es manifiestamente contrario al principio consagrado en la Constitución de la protección integral a los hijos, y alude a que el ordenamiento no plantea como requisito del reconocedor en la filiación extramatrimonial que el padre sea “verdadero, biológico, del reconocido. Antes al contrario, contempla otras situaciones en las cuales la normativa permiten la filiación no biológica: casos de adopción y de la procedente de la llamada reproducción asistida” (FJ 4); que el reconocimiento es un acto jurídico, voluntario, libre y puro, esencialmente irrevocable, como “creador de estado civil” (FJ 4) que es; que no puede ahora el reconocedor ir contra sus actos propios, y que, además, “El estado civil, del que forma parte la filiación de una persona, se considera un atributo esencial de la misma, de orden público sometido a normas imperativas e indisponibles por los interesados, quedando fuera de la autonomía de la voluntad. Por lo que mal puede el reconocedor, por sus cambios de humor (o de amor) disponga del estado civil de filiación que el mismo ha reconocido conscientemente.” (FJ 4)

Para una mayor profusión en la evolución jurisprudencial hasta el momento en que fue dictada esta sentencia puede consultarse el comentario de QUICIOS MOLINA, S. (2012) “Comentario a la Sentencia de 4 de julio de 2011”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 90/2012 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Referencia Aranzadi BIB 2012\2989.

En el mismo sentido que la anterior resolución, se pronuncia de nuevo el Tribunal Supremo en Sentencia nº19/2011<sup>675</sup> en el que acoge nuevamente la doctrina de la posibilidad de revocar el reconocimiento de complacencia en el plazo de caducidad de cuatro años desde que tiene lugar dicho reconocimiento. Ahora bien, en este supuesto se pretende por el recurrente revocar el reconocimiento de la filiación matrimonial, por ello el Tribunal, además, indica que la norma que debió ser invocada era la contenida en el artículo 136 CC<sup>676</sup>, que establece un plazo de caducidad de un año a contar desde que tiene lugar la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Asimismo, el Tribunal afirma que “la restauración de la situación relativa a la coincidencia con la verdad biológica solo puede tener lugar mediante las correspondientes acciones de impugnación de la filiación, que deben ejercitarse en los plazos y condiciones previstos en la ley.”

Más adelante, el Tribunal se volvió a pronunciar respecto al reconocimiento de complacencia, en su Sentencia nº494/2016<sup>677</sup>, que versa sobre un supuesto en el que el

---

<sup>675</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 300/2012, de 10 de mayo. ECLI:ES:TS:2012:3058.

<sup>676</sup> A tenor de este precepto, 136 CC, “1. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.

2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

3. Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.” BOE-A-1889-4763.

<sup>677</sup> STS (Sala de lo Civil, Pleno) nº 494/2016, de 15 de julio. ECLI:ES:TS:2016:3192

Para un mayor estudio doctrinal de esta resolución, vid. SALAS CARCELLER, A. (2016) “Reconocimiento de complacencia”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2016 parte Estudios. Referencia Aranzadi: BIB 2016\4785.

Así como, vid. también SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2017) “Impugnación de la paternidad por reconocimiento por complacencia”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 104/2017 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Referencia Aranzadi: BIB 2017\12558. La autora arguye que la resolución “utiliza los mismos argumentos que avalan la irrevocabilidad del reconocimiento, pero modificando el enfoque. En vez de dirigir la protección hacia el menor reconocido, la sentencia establece que el merecedor de la protección es el autor del reconocimiento. Así, establece que legalmente no se puede privar al padre que voluntaria y libremente ha determinado la filiación mediante un reconocimiento de complacencia de la posibilidad de impugnar la paternidad como si ésta hubiera sido determinada de cualquier otro modo; que el principio de seguridad jurídica y de estabilidad en las relaciones familiares queda salvaguardado por los plazos de caducidad (...)”. Vid. también, LÓPEZ DONAIRE, M.B. (2016) “Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº494/2016 de 15 de julio de 2016, rec 1290/2015 fijación de doctrina jurisprudencial sobre el reconocimiento

recurrente había reconocido a la hija que previamente al matrimonio había tenido su esposa, aun a sabiendas de que no era hija suya; con el consentimiento de su esposa. Tras el divorcio, el recurrente pretende dejar sin efecto el reconocimiento efectuado. El Tribunal recoge en sus pronunciamientos, que:

“Lo que caracteriza a los reconocimientos de que se trata es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza. Eso diferencia radicalmente los reconocimientos de complacencia de los denominados reconocimientos «de conveniencia»: con la finalidad de crear una mera apariencia de que existe dicha relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho la requiere. Estos reconocimientos se contemplan en el apartado 4 del artículo 235-27 del Código Civil de Catalunya, a cuyo tenor: «El reconocimiento de paternidad hecho en fraude de ley es nulo. La acción de nulidad es imprescriptible y puede ser ejercida por el Ministerio Fiscal o por cualquier otra persona con interés legítimo y directo».”

El Tribunal aquí establece una distinción entre reconocimiento de complacencia y reconocimiento de conveniencia y hace alusión al derecho civil catalán. Posteriormente, se centra en dirimir si el reconocimiento de complacencia debe ser reputado nulo de pleno derecho o no, fijando como doctrina la negativa al respecto<sup>678</sup>.

---

de filiación por complacencia. Validez. Posibilidad de impugnación. Plazos”. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº7, pp.337-346.

<sup>678</sup> Ello contrasta con sendas Resoluciones de la antes denominada Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN), las más recientes de fechas 31 de octubre de 2020, (Ref. Aranzadi JUR 2021\402724), en la que consta que: “El reconocimiento ante el encargado del registro civil puede llevarse a cabo en el momento mismo de la inscripción del nacimiento dentro del plazo previsto por los artículos 42 de la LRC y 166 de su Reglamento, pero también puede tener lugar “mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del registro civil” (cfr. art. 49 LRC). Ahora bien, como puso de manifiesto la resolución de este centro directivo, de 8 de septiembre de 1992, no basta la declaración voluntaria y solemne por sí sola para provocar la inscripción, sino que, por el contrario, la inscripción del reconocimiento de paternidad deberá ser denegada cuando este reconocimiento resulte ambiguo o cuando por cualquier otro motivo puede deducirse fundadamente (cfr. art. 28 LRC.) que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del menor. Hay que insistir en la idea de que la regulación de la filiación en el CC español se inspira en el principio de la veracidad biológica (principio reforzado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo y por la más reciente de 27 de octubre de 2005 que declaran la inconstitucionalidad de los artículos

El Tribunal considera “inaceptables las consecuencias a las que abocaría la tesis de la nulidad del reconocimiento de complacencia de la paternidad en un Derecho como el español vigente: la acción declarativa de su nulidad sería imprescriptible, y podría ser ejercida por cualquier persona con interés legítimo y directo, acaso incluso por el Ministerio Fiscal” (FJ 3) sosteniendo que el derecho civil catalán se refiere al reconocimiento efectuado en fraude de ley, según el Tribunal, el reconocimiento de “conveniencia”, que no de complacencia. En este sentido, afirma que:

“El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica.” (FJ 3)

El Tribunal sostiene su negativa a reputar nulo a este reconocimiento en distintos motivos. En esencia, fundamenta la misma en que el Código Civil “no establece como requisito estructural para la validez del reconocimiento que éste se corresponda con la verdad biológica”. Afirma también el Tribunal que “No impone, pues, nuestra Ley Fundamental que en la filiación por naturaleza la verdad biológica prevalezca siempre sobre la realidad jurídica: sobre la determinación legal de esa clase de filiación. De otro modo, habría que considerar inconstitucionales la totalidad de las limitaciones de la legitimación activa y los plazos de caducidad que resultan de la regulación «De las acciones de filiación»”, indicando que las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica “pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad” (FJ 3)

Además, refiere, en el mismo Fundamento Jurídico, que:

“4. Es evidente que la tesis de que el reconocimiento de complacencia de la paternidad es nulo por falta de objeto presupone, sin base legal alguna, que el

---

136.1 y 133.1 del CC, respectivamente), de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad (...)” (fundamento III), o la Resolución de la DGRN de 28 de mayo de 2021, nº 1/2021 (Ref. Aranzadi JUR 2022\240044), en la que se insiste en que: “Esta dirección general entiende que un reconocimiento de complacencia como el pretendido en este caso, en el que quien reconoce es plenamente consciente de que no es el padre biológico de la reconocida, no puede tener acceso al registro civil y que la cuestión excede del ámbito de un expediente registral, por lo que mantiene que la vía adecuada en estos casos es la de la adopción y, si los interesados persisten en una solución distinta, deberán ser los tribunales los que decidan en un procedimiento judicial con las garantías correspondientes.” (fundamento ix).



reconocimiento es, en el Derecho español, una confesión de la realidad o, al menos, de la convicción que el reconocedor tiene de que el reconocido es hijo biológico suyo.

5. No cabe sostener la ilicitud de la causa del reconocimiento de complacencia sobre la base de que la intención del reconocedor es hacer nacer, al margen de las normas sobre la adopción, una relación jurídica de filiación entre él y la persona de la que sabe o tiene la convicción de que no es hijo biológico suyo, puesto que dicha motivación no puede considerarse contraria a la ley: el autor de un reconocimiento de complacencia de su paternidad no pretende (ni por supuesto conseguirá) establecer una relación jurídica de filiación adoptiva con el reconocido. No puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la Ley 17/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes. Ni contraria a la moral: se constata que los reconocimientos de complacencia de la paternidad son frecuentes, y no se aprecia que susciten reproche social; lo que sugiere que cumplen una función que, normalmente -cuando la convivencia entre el reconocedor y la madre del reconocido perdura-, se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos los concernidos. (...)”

Sorprende este último razonamiento del Tribunal, puesto que en el mismo se advierte un claro sesgo de género<sup>679</sup>, cuestión sobre la que se volverá un poco más adelante.

En esta misma resolución, el Tribunal Supremo mantiene y complementa la doctrina ya fijada en la antedicha Sentencia nº318/2011, y determina que:

“Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el artículo 136 CC si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el

---

<sup>679</sup> Tal y como sostienen las autoras GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación...* op. cit., p. 242.

artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción.”<sup>680</sup> (FJ 4)

El Tribunal Supremo se aleja así del principio constitucional de la verdad biológica, reiterando en esencia, que el legislador ha atendido las exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad del estado civil determinado mediante el reconocimiento, especialmente en interés del reconocido, estableciendo los respectivos plazos de caducidad de un año (art. 136 CC) y de cuatro años (art.140.II CC), se trate o no de un reconocimiento de complacencia” (FJ 4)<sup>681</sup>.

También indica que no cabe invocar en estos supuestos la doctrina de los actos propios habida cuenta de que la materia es de naturaleza indisponible, y, lo trata de alejar de los que denomina reconocimientos “de conveniencia” que sí entiende deberían ser reputados nulos al haber sido efectuados en fraude de ley. La doctrina sentada en esta resolución es reiterada de nuevo en la Sentencia nº713/2016<sup>682</sup>.

---

<sup>680</sup> Cabe indicar que, en cuanto a los plazos de ejercicio de la acción en la misma Sentencia también sienta la siguiente doctrina: “En caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de éste, la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el artículo 136 CC, durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el artículo 140.II CC, en cuyo caso, el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CC: el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto.” (FJ 5)

<sup>681</sup> El Tribunal expresamente hace constar que la diferencia en el plazo de caducidad no supone una discriminación contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, invocando al contenido de las STS (Sección 1ª, Sala de lo Civil) nº1012/2008, de 29 de octubre (FJ 3) ECLI:ES:TS:2008:5691, y STS (Sección 1ª, Sala de lo Civil) nº1177/2008, de 5 de diciembre (FJ 2) ECLI:ES:TS:2008:6717; así como la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) nº 273/2005, de 27 de octubre, (FJ 3).ECLI:ES:TC:2005:273.

<sup>682</sup> Vuelve a insistir el Tribunal Supremo reiterando la doctrina de la Sala en un supuesto en el que fue recurrida en casación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) nº 570/2015, de 24 de septiembre, ECLI:ES:APV:2015:4116. En esta se declaraba irrevocable el reconocimiento de complacencia. En la resolución de la Audiencia, aunque los magistrados afirman conocer la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, no la aplican al no ser fuente del derecho. Así “La Sala entiende que la anulación del reconocimiento no puede fundamentarse en la libre investigación de la paternidad, amparada por el artículo 39-2 de la Constitución española , porque este principio sólo tiene razón de ser si con él se protege el interés superior del menor, también reconocido en el artículo 39-2 y las leyes y tratados internacionales que le conciernen, lo que desde luego no sucede si se priva al hijo de su padre legal a causa del cambio de la voluntad del actor por los avatares de la relación con la demandada, única causa real de la demanda.

En cuanto al ordenamiento civil catalán, y al tratamiento de la cuestión se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJCat) en diversas resoluciones. A este respecto es necesario considerar el contenido de las Sentencias nº47/2019, de 1 de julio<sup>683</sup> y nº49/2019, de 8 de julio<sup>684</sup>. Cabe adelantar que el Tribunal alude también a la distinción entre reconocimiento de complacencia y reconocimiento de conveniencia, este último al que entiende hecho en fraude de ley, compartiendo la diferenciación adoptada por el Tribunal Supremo, pero desde la perspectiva y fundamento del derecho civil catalán, derecho en el que tradicionalmente ha tenido un peso muy significativo el principio de la verdad biológica<sup>685</sup>.

---

Va en contra de la doctrina que prohíbe ir en contra de los propios actos el pedir la anulación de un reconocimiento alegando que la menor no es hija real del actor, pues ya lo sabía cuando reconoció, de modo que la mínima coherencia exigiría, si se admite la revocación por falta de adecuación a la verdad biológica, que antes de llevar a cabo el reconocimiento se comprobase que el emitente del mismo es el padre biológico del menor al que se va a reconocer.

La Sala no desconoce el valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que complementa el ordenamiento jurídico pero no es fuente del Derecho, de acuerdo con el artículo 1-6º del Código Civil, y se siente vinculada directamente a la ley, que sí lo es, conforme al artículo 1-1º del Código Civil y al artículo 117-1 de la Constitución española” (FJ 1). El recurso de casación es estimado imponiendo el Tribunal la doctrina examinada”.

<sup>683</sup> STSJCAT (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº47/2019, de 1 de julio.  
ECLI:ES:TSJCAT:2019:5694

<sup>684</sup> STSJCAT (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº49/2019, de 8 de julio.  
ECLI:ES:TSJCAT:2019:6124

<sup>685</sup> En las anteriores resoluciones se mencionan los antecedentes legislativos y jurisprudenciales catalanes sobre la cuestión. Así, en el contexto de la ya derogada *Llei 7/1991 de 27 de abril de filiacions*, BOE-A-1991-13833, en la que se planteaban acciones al amparo del principio de veracidad, aunque previendo un plazo de caducidad de la acción de cuatro años, y señalándose que este principio, que también acoge la Constitución Española en virtud de su artículo 39.2, debía regir “en la medida de lo posible” se pronunciaron la STSJCAT (Sala de lo Civil y Penal) nº31/1997, de 16 de diciembre, ECLI:ES:TSJCAT:1997:2668. En esta se indica rotundamente que: “la ley no quiere que nadie sea tenido por hijo de un padre si de verdad no lo es, puesto que como dice la Exposición de Motivos de la Ley Catalana de Filiaciones, es principio general informador de la materia el llamado principio de veracidad o de adecuación de la paternidad y de la maternidad jurídico-formal a la biológica (...)” (FJ 5). Así como también, la STSJCAT (Sala de lo Civil y Penal) nº17/1998, de 29 de junio, ECLI:ES:TSJCAT:1998:5639, en la que ante un supuesto en el que en segunda instancia no se había accedido a la petición de nulidad del reconocimiento hecho por complacencia por no haber concurrido en el reconocimiento ningún vicio de la voluntad, el TSJCAT estima el recurso y reitera que “i es que, òbviament, si primer es declara que el demandat no és el pare de la criatura, la conseqüència immediata i obligada és que s’ha de declarar també després la nul·litat del seu reconeixement de paternitat inverteç, ja que la nul·litat del reconeixement inverteç es simple conseqüència de la declaració de no paternitat (...) per l’èxit d’aquesta acció l’únic decisiu és la dada objectiva de la realitat biològica perquè es tracta d’adequar la filiació a aquesta realitat fent desaparèixer tota falsa i inexacta aparença contrària

Ahora bien, el principio de la verdad biológica fue atemperándose también en el derecho civil catalán, a pesar de la tradición histórica tan arraigada de la prevalencia del principio de veracidad o de adecuación de la verdad biológica a la jurídico-formal. El propio Tribunal de Justicia de Cataluña sostiene que la evolución legislativa en materia filiatoria en Cataluña, en la que los plazos de caducidad inicialmente establecidos se habían visto reducidos considerablemente, evidenciaba un “debilitamiento del principio de la verdad biológica en la filiación por naturaleza tradicional del derecho civil catalán”<sup>686</sup> en favor de la protección integral de los hijos con independencia del carácter de su filiación y de la seguridad jurídica. Máxime, cuando la legislación se ha debido acomodar a los avances científicos y a la desvinculación de la verdad biológica y la filiación paterna en los supuestos de fecundación asistida<sup>687</sup>, en los que el principio de

---

a la veritat, per molt formal que sigui l'aparença; perquè la llei no vol que ningú sigui tingut per fill d'un pare si de veritat no ho és, doncs com diu l'Exposició de Motius de la Llei Catalana de filiacions, és principi general informador de la matèria l'anomenat principi de veritat o de adequació de la paternitat i de la maternitat jurídica-formal a la biològica (...) legalment, no pot reconèixer qui no és pare, ni ser reconegut qui no és fill, per la qual cosa el reconeixement fet en aquestes condicions d'inveracitat, és ineficaç i invàlid, amb nul·litat absoluta (...) doncs exercita l'acció persona manifestament afectada (...) dins el termini de 4 anys des de l'inici de l'estat que s'impugna (...)” (FJ 3).

<sup>686</sup> En el FJ 3 de la ya citada STSJCAT (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº49/2019, de 8 de julio. ECLI:ES:TSJCAT:2019:6124.

<sup>687</sup> En virtud del artículo 235-28 CCCat “2. Si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación de acuerdo con los artículos 235-8 o 235-13, y tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo”. De acuerdo con el artículo 235-8 CCCat, relativo a la fecundación asistida de la mujer casada: “1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento.

2. En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones:

a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento.

b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple.

c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días.”

De conformidad con el artículo 235-13 CCCat, relativo a la fecundación asistida de la mujer no casada “1. Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público.

2. En la fecundación asistida después del fallecimiento del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de este si se cumplen las condiciones establecidas por el artículo 235-8.2, en lo que le sea de aplicación.”

veracidad cede ante el consentimiento de los progenitores en estos últimos supuestos<sup>688</sup>, toda vez que “el criterio tradicional de la verdad biológica ha devenido secundario en la modalidad específica de determinación de la filiación por el consentimiento prestado a la fecundación artificial de la madre”<sup>689</sup>.

En la ya referida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia nº47/2019, de 1 de julio<sup>690</sup>, el Tribunal resuelve acerca de un caso en el que la madre de dos gemelos, concebidos mediante la TRHA, impugna el reconocimiento de paternidad efectuado por el padre. El padre se opone a su pretensión afirmando que cuando la madre, su ex pareja, había recurrido a la fecundación asistida eran pareja y él había estado de acuerdo, aunque formalmente no hubiera emitido tal consentimiento cuando se empleó dicha técnica. Tras el nacimiento, el padre sí había reconocido a los hijos ante el Registro Civil, con el consentimiento de la madre. La madre impugna el reconocimiento por entender que, al tratarse de un reconocimiento de complacencia, el mismo es nulo y la acción para solicitar su nulidad es imprescriptible. Sin embargo, la pretensión es desestimada. El Tribunal razonó que el reconocimiento de complacencia no es nulo y que a este no le es de aplicación el artículo 235-27.4 CCCat.

El Tribunal esgrime que además de la determinación de la filiación materna (por nacimiento) y paterna (por matrimonio con la madre) en el ordenamiento, de

---

<sup>688</sup> En la ya citada STSJCAT (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº47/2019, de 1 de julio, ECLI:ES:TSJCAT:2019:5694, se hace constar expresamente que: “(...) els avenços científics havien fet possible un mecanisme de fecundació artificial, diferent de la fecundació natural fruit de l'acoblament d'un home i una dona, que *capgirava els conceptes tradicionals de la filiació*, no debades la inseminació artificial de la dona podia tenir lloc amb semen del marit o de la parella estable (IAC) o amb semen de donant (IAD), originant així la *distinció* entre el pare genètic (qui proporciona l'espermatozoide que en fecundar l'òvul dona lloc al zigot, a partir del qual es desenvolupa el nou ésser) i el pare legal (qui assumeix els drets i obligacions de pare).(...)” (FJ 3). La sentencia conecta con parte del contenido de la STSCAT (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº44/2008, de 22 de diciembre, ECLI:ES:TSJCAT:2008:14519, en la que se postula que, la legislación relativa a la reproducción asistida implica que “existan dos planos de regulación de la filiación: el realista basado en el principio de veracidad que pretende la total correspondencia entre la verdad biológica y la jurídica que posibilita la investigación de la paternidad y el de la ficción legal o voluntarista que basa en la voluntad y en el consentimiento del empleo de técnicas de fecundación artificial y consecuentemente la asunción de una paternidad no biológica resultado de las técnicas, con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza.” (FJ 9). Esta “dualidad” se mantiene y se halla ínsita en el ya mencionado artículo 235-28 CCCat.

<sup>689</sup> STSJCAT (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº47/2019, de 1 de julio. ECLI:ES:TSJCAT:2019:5694, (FJ 3).

<sup>690</sup> La misma resolución ya citada, STSJCAT (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº47/2019, de 1 de julio. ECLI:ES:TSJCAT:2019:5694.

conformidad con los artículos 235-3 y 235-1.1 CCCat, se recogen otros posibles supuestos de determinación de la filiación, como lo son, el consentimiento a la filiación asistida, el expediente registral, la sentencia civil o penal, o el reconocimiento. Concibe a este reconocimiento como un “acto jurídico unilateral, personalísimo e irrevocable - prueba de ello es que la revocación del testamento no comporta la del reconocimiento de los hijos no matrimoniales que pueda contener (...) - consistente en esencia en una declaración de voluntad del reconocedor a fin de que entre él y la persona reconocida surtan los efectos jurídicos propios de la filiación (...)” (FJ 3), pero, añade que es necesario distinguir entre la acción de impugnación de la paternidad y la acción de impugnación del reconocimiento efectuado basada en haber incurrido en algún vicio de la voluntad (error, violencia, intimidación) a la hora de prestarse el consentimiento o bien por haberse emitido dicho consentimiento en fraude de ley. Debiéndose considerar para cada acción quiénes son los sujetos legitimados para su formulación y cuál es el plazo de caducidad, si existe.

El Tribunal afirma que el reconocimiento de complacencia no puede considerarse un reconocimiento en fraude de ley, acogiendo la artificiosa y forzada distinción entre “reconocimiento de complacencia” y “reconocimiento de conveniencia”, siendo este último el único que, por haber sido su consentimiento prestado fundado en un ánimo espurio contrario al ordenamiento debe ser reputado nulo, invocando la ya recogida distinción en la ya referida Sentencia del Tribunal Supremo nº494/2016, de 15 de julio<sup>691</sup>; sin perjuicio de que esta filiación paterna determinada por el reconocimiento de complacencia “pueda ser impugnada por falta de vínculo biológico entre el reconocedor y la persona reconocida”, siempre de conformidad con la legitimación y los plazos previstos<sup>692</sup>.

---

<sup>691</sup> Vid. la ya citada STS (Sala de lo Civil, Pleno) nº 494/2016, de 15 de julio. ECLI:ES:TS:2016:3192

<sup>692</sup> De conformidad con el artículo 235-23 CCCat, relativo a la impugnación por el marido de la paternidad matrimonial, “1. El marido puede ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el plazo de dos años a partir de la fecha en que conozca el nacimiento del hijo o del descubrimiento de las pruebas en que fundamenta la impugnación.

2. La acción de impugnación se transmite a los hijos o descendientes y a los herederos del marido si este muere después de haber interpuesto la acción o antes de que finalicen los plazos fijados por el apartado 1. En estos casos, cualquiera de ellos puede ejercer la acción, dentro del tiempo que quede para completar dichos plazos.

3. Si el marido muere sin conocer el nacimiento o las pruebas en que debe fundamentar la acción, el plazo de dos años se cuenta desde la fecha en que los conozca la persona legitimada para impugnar.”

En cuanto a la impugnación de la paternidad no matrimonial, resulta de aplicación el artículo 235-26 CCCat, en el que se recoge, que: “1.El padre, la madre y los hijos por sí mismos o por medio de su representante legal pueden ejercer la acción de impugnación de la paternidad no

A juicio del Tribunal esta interpretación de la norma catalana pone de manifiesto la “solución de compromiso del legislador catalán entre las exigencias de la verdad biológica vinculadas a la tradición jurídica catalana y las de la seguridad jurídica en las relaciones familiares” (FJ 3), en consonancia con el mandato constitucional, que “no impone una primacía absoluta de la verdad biológica en materia de filiación, sino que este principio se conjuga con las exigencias de la seguridad jurídica en las relaciones familiares y de la estabilidad de los estados civiles, particularmente en interés de los menores” (íbidem).

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia en la ya mencionada Sentencia nº49/2019, de 8 de julio, en un supuesto en el que el padre, tras la ruptura con su pareja impugna el reconocimiento de paternidad efectuado hacia la hija de esta última ante el Encargado del Registro Civil, por entender que al ser de complacencia es nulo y la acción de la pretensión no se halla sometida a plazo de prescripción. Se avanza que la pretensión fue desestimada al entender que la acción no es imprescriptible y que al recurrente le había caducado el plazo para solicitar la impugnación de la paternidad, en base a los anteriores fundamentos.

Así, el Tribunal sostiene también que, si bien “el reconocimiento es un acto jurídico unilateral, personalísimo e irrevocable”, “una declaración de voluntad para que entre el reconocedor y la persona reconocida surjan los efectos jurídicos propios de la filiación por naturaleza” (FJ 3) vuelve a insistir en que debe distinguirse entre la acción de impugnación de la paternidad de la de la impugnación del título del reconocimiento. Por lo que, mientras que la acción de impugnación de la paternidad versa sobre la falta

---

matrimonial en el plazo de dos años a partir del establecimiento de esta paternidad o, si procede, desde el momento en que se conozca este establecimiento o desde la aparición de nuevas pruebas contrarias a la paternidad.

2. En el caso del hijo, la acción caduca a los dos años del cumplimiento de la mayoría de edad, de la recuperación de la plena capacidad o de la aparición de las nuevas pruebas contrarias a la paternidad. Durante la minoría de edad o la incapacidad del hijo, puede ejercer la acción la madre, de acuerdo con lo establecido por el artículo 235-24.”

En ambos tipos de filiación, matrimonial o no matrimonial, hay que atender al contenido del artículo 235-28 CCCat, en el que, en referencia a la prueba en la impugnación de la paternidad se preceptúa que: “1. Para que prospere cualquier acción de impugnación de la paternidad matrimonial y no matrimonial, debe probarse de modo concluyente que el presunto padre no es progenitor de la persona cuya filiación se impugna.

2. Si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación de acuerdo con los artículos 235-8 o 235-13, y tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo.”

de vínculo biológico entre padre e hijo/a; la acción de impugnación del reconocimiento se funda en la “invalidez del propio título. (...) esta acción no prejuzga si la filiación se corresponde o no con la verdad material o biológica sino que tiene por objeto las irregularidades del título, razón por la que quedan en todo caso preservadas las acciones de impugnación de la paternidad si se está dentro de plazo, al tratarse de dos acciones autónomas. Así se infiere del contenido de los art. 235-26 y 235-27 del CCCat.” (FJ 3). El Tribunal alude a que, transcurrido el breve plazo de la acción de impugnación de la paternidad, esta debe verse indefectiblemente mantenida.

Siguiendo con el contenido de la referida Sentencia, el Tribunal acoge de nuevo la distinción que ya había sido formulada por el Tribunal Supremo en cuanto a reconocimientos de complacencia y reconocimientos de conveniencia, distinción que, más allá de ser coincidente, aunque no necesariamente tuviera que serlo, según el Tribunal, obedece a la necesidad de dotar a los menores de estabilidad en su filiación, proteger su interés superior y velar por la seguridad jurídica. Así:

“La distinción entre los reconocimientos de complacencia y los de conveniencia es ya una convención en el moderno derecho de filiación. (...) De la interrelación entre los arts. 235-3 , 235-9.1 , a), 235-27.4 y 235-28 CCCat , así como del hecho de que el legislador haya proclamado en el art. 235-27.4 que en caso de reconocimientos realizados en fraude de ley cabe ejercitar una acción de nulidad de carácter imprescriptible extendiendo la legitimación para su ejercicio al Ministerio fiscal y otras personas con un interés directo y legítimo, puede extraerse la conclusión de que en dicha norma solo están incluidos los reconocimientos de conveniencia entendiendo por tales aquellos que no se encaminan a establecer vínculos de filiación sino que persiguen una finalidad ilegítima, contraria al ordenamiento jurídico (usualmente, obtención indebida de beneficios económicos o sociales, la consecución fraudulenta de la nacionalidad, la elusión de la regulación de normas imperativas sobre adopción o de la prohibición de los contratos de gestación por sustitución), mientras que considera no impugnabile el acto jurídico del reconocimiento hecho con posterioridad al nacimiento con conocimiento de la falta de vínculo biológico con la persona reconocida, siempre que este reconocimiento venga motivado por una *razón legítima*, por regla general, las razones afectivas con la madre o con los propios menores.

Esta interpretación que coincide con la de la doctrina jurídica catalana más autorizada, pone de relieve la solución de compromiso a la que llega el legislador catalán entre las exigencias de la veracidad biológica, estrechamente vinculadas a la tradición jurídica catalana y, que dan lugar a las acciones de impugnación –



salvo el empleo legal de las técnicas de reproducción asistida- por la vía de los art. 235-26 y 235-28 y las de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de protección de los menores de base constitucional y de derecho internacional.” (FJ 3)

Además, el TSJCAT, invoca a otro principio rector en el derecho civil catalán, cual es, el principio de la buena fe, expresamente recogido ya en el artículo 111-7 del CCCat, afirmando que:

“Y si alguna invocación hubiera de hacerse a normas o principios generales del derecho civil de Cataluña sería al principio de buena fe establecido en el art. 111.7 del CCCat que no se limita al ámbito contractual (STSJCat 44/2008<sup>693</sup>, FJ 11) y que impide que puedan prosperar pretensiones como la presente, deducida tras ruptura afectiva con la madre y después de que se desestimase judicialmente la pretensión de hacerse con la guarda de la menor y ello con independencia de los avatares posteriores ocurridos en las relaciones personales (...), ciertamente no favorables, pero que no deben conducir a negar una filiación voluntaria y querida en su día por las dos partes, (...) cuando este no se realizó en fraude del ordenamiento jurídico.” (FJ 4)

Como corolario de lo anterior, entiende que el reconocimiento de la paternidad por complacencia, realizado de forma libre y consciente, no es en fraude de ley, pues su razón de ser no estriba en “perseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él”<sup>694</sup> y a que “aun siendo reconocedores de complacencia, puedan tener la “posibilidad de impugnar la paternidad durante los breves plazos de caducidad establecidos con carácter general en el art. 235-26 del CCCat parece pues una solución moderada, que conjuga adecuadamente los intereses en juego” (FJ 4).

Ello conduce a la conclusión de que, según la interpretación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el reconocimiento de complacencia no se equipara a un reconocimiento en fraude de ley, y, por ello, puede ser impugnado por persona legitimada -padre, hijos y en Cataluña también la madre-, eso sí, dentro del plazo de caducidad que la ley impone -actualmente dos años a contar desde el reconocimiento, debiendo tenerse en cuenta que para el caso de los hijos/as menores el *dies a quo* se

---

<sup>693</sup> STSJCAT (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº44/2008, de 22 de diciembre. ECLI:ES:TSJCAT:2008:14519.

<sup>694</sup> De conformidad con el artículo 6.4 CC “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

establece en el cumplimiento de la mayoría de edad, la recuperación de la plena capacidad o la aparición de las nuevas pruebas contrarias a la paternidad-.

Del análisis del estado de la cuestión en el plano jurisprudencial y doctrinal se desprende que el principio de la verdad biológica cede, o más bien, desaparece, ante un reconocimiento de complacencia. Los tribunales superiores que deben resolver acerca de la cuestión se inclinan en acoger una artificiosa distinción entre el reconocimiento de complacencia y el que denominan reconocimiento por conveniencia. Ello para entender que el primero no es contrario al orden público. En las sentencias del Tribunal Superior de Justicia, se incluyen sendas referencias a la interpretación de lo que se entiende por contravención del orden público y por fraude de ley por parte del Tribunal Supremo, para acabar concluyendo que los motivos subjetivos que parecen conducir a la declaración de voluntad de reconocer a una persona como hijo/a, cuando no lo es, no contravienen el ordenamiento jurídico.

No podemos eludir que esta construcción de distintos reconocimientos -de complacencia y de conveniencia- con su particular deslinde no impide que los hijos/as puedan verse privados de la filiación que siempre han mantenido por irresponsabilidades o caprichos del reconocedor. El fundamento estriba en no permitir los efectos perversos de la nulidad de pleno derecho en esta materia y proteger a los hijos/as reconocidos, pero sin embargo, permitir que, aunque sea en un plazo breve, el progenitor que se atribuyó la filiación se exima del reconocimiento planteado es, a todas luces, contrario a derecho y a los principios rectores de nuestro ordenamiento, que no puede proteger los arbitrios de la voluntad y designios del reconocedor cuando fue él quien emitió tal voluntad con las consecuencias inherentes a la misma, en detrimento de los derechos de la persona reconocida<sup>695</sup>.

Es más, podría decirse que el reconocimiento de complacencia debería no poder articularse como mecanismo válido para la atribución de la filiación, son una “patología

---

<sup>695</sup> Tal y como afirma SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2014) Reconocimientos de complacencia en la filiación en DÍEZ-PICAZO, L. (Coord) *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Thomson Reuters Aranzadi, pp.3223-3243 “El autor de un reconocimiento de complacencia desprecia, falsea y vulnera la verdad biológica, cuando reconoce a sabiendas de que el reconocido no es hijo biológico suyo. Por ello no debería poder invocar el principio de veracidad biológica para impugnar la filiación, cuando no respetó este principio al efectuar dicho reconocimiento. Aunque se puede diferenciar entre la impugnación de una filiación y la impugnación del reconocimiento, en el caso del reconocimiento de complacencia, la diferencia se difumina cuando la única causa de impugnación de la filiación -la veracidad biológica- ya se encuentra falseada y voluntariamente asumida en el reconocimiento”, p.3242.

del sistema jurídico de filiación”<sup>696</sup>, deben ser reputados nulos<sup>697</sup> y no tener acceso al Registro Civil desde el inicio. Su evitación y el veto al acceso de este reconocimiento falaz ante el Registro Civil sería posible con la aportación de sencilla prueba genética de paternidad<sup>698</sup>, fácilmente accesible atendiendo al actual estado de la ciencia. La necesidad de certificar el resultado de esta prueba en el Registro Civil pondría fin de una vez por todas a este reconocimiento de complacencia.

Este examen previo acerca de la veracidad biológica del pretendido reconocimiento, además de evitar que el reconocedor pueda fácilmente sortear el mecanismo de la adopción, imposibilitaría que tal declaración desplegara sus efectos. Si bien es cierto que las obligaciones para con el hijo pudieran quedar más garantizadas a raíz del reconocimiento, tal afirmación decae con la posibilidad de ser impugnado, pues sitúa a la persona reconocida en una situación de inseguridad jurídica que puede ser evitada. La posibilidad de declaración de nulidad *ex post* conllevaría efectos perniciosos<sup>699</sup> en perjuicio de la persona menor, que también podrían ser evitados con una sencilla y accesible comprobación genética previa.

---

<sup>696</sup> GALLO VÉLEZ, A.S. (2017), *Los reconocimientos de complacencia...*, op. cit.; p.121.

<sup>697</sup> En contra, vid. op. cit. GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M. (2013), *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson. Para la autora “los reconocimientos de complacencia no son *contra legem*. No vulneran el orden público ni las normas imperativas que regulan la filiación por naturaleza ya que, como he sostenido, la verdad biológica no es el único ni el principio dominante de este tipo de filiación. Ha de prevalecer, ante todo, el favor filii y la seguridad jurídica del estado civil de los hijos. Estos principios inspiran las normas de legitimación activa y plazos de caducidad de las acciones de filiación. Los reconocimientos de complacencia tampoco son fraudulentos, pues el reconocedor no tiene la intención de defraudar. (...) Los reconocimientos de complacencia son válidos, porque no presentan ningún defecto estructural en su formación. En él concurren todos los requisitos esenciales exigidos: capacidad y consentimiento del reconocedor, causa (voluntad de asumir la paternidad y sus efectos) y forma. En consecuencia, presentes estos elementos, el reconocimiento es válido, independientemente de que no coincida con la verdad biológica, como sucede con los reconocimientos inexactos.”, pp.186-187.

<sup>698</sup> Así lo proponía también, FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (2015), *Reconocimientos de complacencia...* en TAMAYO HAYA, S. (Dir.) *La maternidad y la paternidad...*, op. cit., p.11.

<sup>699</sup> Tal y como afirma GALLO VÉLEZ, A.S. (2017) *Los reconocimientos de complacencia...*, op. cit. “Aplicar la sanción de nulidad absoluta a estos reconocimientos es contrario, no sólo al principio de protección del interés superior del menor sino también a la estabilidad del estado civil por la imprescriptibilidad de esta acción y la amplia legitimación a cualquier persona que tenga un interés legítimo para entablar la acción”, p.387. Por ello, la autora propugna no que puedan ser declarados nulos, sino que, en aplicación de la doctrina de los actos propios, se prive al reconocedor falaz y a la madre del reconocido de legitimación para impugnar dicho reconocimiento y que aun siendo falaz se le imponga la obligación al reconocedor de seguir

Es necesario recalcar que en la cuestión que nos ocupa existe además un derecho de los hijos e hijas que parece haber sido omitido y que se conculca deliberadamente desde el inicio. Existe una conculcación de base, desde que se emite tal reconocimiento, un reconocimiento que no es más que una confabulación entre progenitores basada en su autonomía privada y en su interés personal, que jurídicamente, de forma dudosa, aunque según el ordenamiento vigente puede ser suficiente para crear esta relación de filiación, contraviene los derechos de los hijos/as. Desde el momento del reconocimiento se está vulnerado el derecho de los hijos a conocer sus orígenes biológicos. Ello hace plantearse dónde queda el principio de interés superior de los hijos en esta cuestión<sup>700</sup> pues se ha prescindido de su origen biológico, se ha promovido su ocultación, y, para más inri, su relación filiatoria queda al albur de la conducta del reconocedor<sup>701</sup>.

---

contribuyendo a los alimentos de la persona reconocida “por mera complacencia” hasta que termine sus estudios, ex. art. 111 CC, lo que “puede llegar a desincentivar estos reconocimientos mendaces”; pp. 390-391. A tenor de este artículo 111 del CC: “Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1. ° Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2. ° Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad. *Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos*”.

<sup>700</sup> En palabras de RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2005) *Los reconocimientos de complacencia...* op. cit. “en el terreno de los principios, el del interés del menor, objeto este último a veces de manipulaciones interesadas de quienes debieran pensar más en él, y sin otro protagonismo del hijo que encontrarse con un padre que no lo es, y luego sin él con la misma arbitrariedad.”, pp.1050-1051. Añade el autor que, “el interés del hijo, perfectamente manipulado de forma un tanto desaprensiva, casi siempre con la complicidad de la madre (que incita unas veces al reconocimiento, o lo consiente otras sabiéndolo mendaz): hijo de cuya opinión se prescinde y al que se da un padre que no lo es y se le quita cuando aquellos dos se enfadan o separan. No desautorizan estas palabras, aparentemente un poco fuertes, el que en no pocos casos haya habido buena intención inicial en el reconocedor y en la madre: mas las buenas intenciones no bastan en el ámbito del Derecho, y para darles curso (por ejemplo, un padre legal al niño que no lo tiene) hay otros caminos más rectos ética y jurídicamente, menos onerosos para el hijo y para el Derecho, mejor acomodados a principios y a la sensibilidad social actuales. Pero aún hay más: tras la ruptura apuntada, ¿qué pasará en cuanto a las responsabilidades asumidas por el reconocedor?; ¿alimentos?; ¿afectos del niño, rotos por la misma conducta desaprensiva?; ¿Habrà lugar a indemnización de daños morales por este último motivo? (...)”, pp.1058-1059.

<sup>701</sup> Vid. op. cit. PANIZA FULLANA, A. (2017) *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Thomson Reuters Aranzadi. La autora, en su capítulo VI, titulado “El principio de protección del interés del menor y su más que discutible aplicación en

Por no mencionar, que podría además generar conflictos de paternidad específicos, por ejemplo, entre el reconocedor y el progenitor biológico. Y, además, que el reconocedor subvierte y elude de forma totalmente deliberada y manifiesta la figura de la adopción, que sería el mecanismo idóneo para que la filiación en estos casos fuera atribuida a la pareja de la madre, y, es obvio que esta ofrece mayores garantías para el interés superior de la persona adoptada.

Así, en los reconocimientos de complacencia el acceso a los orígenes quedará al arbitrio de la voluntad de la madre -si es sabedora de la irrealidad del reconocimiento- y del reconocedor mendaz. De suerte que, en el mejor de los casos, los progenitores tengan a bien explicarle a su hijo/a que el padre no coincide con el padre biológico y que el hijo/a, pueda entender mejor su existencia y, en definitiva, sirva este dato para la conformación de su propia identidad. Ahora bien, no podemos obviar, que en muchos supuestos en los que una crisis de pareja no perturbe esta voluntad inicial y se pretenda, entonces, dejar sin efecto de forma totalmente irresponsable dicha declaración, esta circunstancia tal vez será omitida durante toda la vida del hijo/a, para siempre.

Que las acciones analizadas ante el Juzgado y los pronunciamientos emitidos se hayan efectuado en su mayoría en sede de crisis de pareja no deja de demostrar que este reconocimiento sólo tiene una base: la autonomía privada sin control de veracidad biológica. No cabe eliminar esta posibilidad, pues la voluntad de los progenitores constituye un elemento determinante a la hora determinarse la filiación, pero quizá sería adecuado dotarla de mayores garantías para poder respetar el derecho de los hijos e hijas a conocer su verdadero origen y reformular dicho mecanismo a la luz de la necesidad de respetar también este derecho, el de conocer sus propios orígenes, que, dicho sea de paso, en ninguno de los supuestos analizados en la jurisprudencia, es siquiera mencionado.

---

determinados casos” se plantea en relación al reconocimiento por complacencia “El interés del menor se utiliza (...) para hacer prosperar la impugnación de la filiación derivada de un reconocimiento de complacencia. El interés superior del menor no permite que quede determinada una filiación cuando no coincide con la verdad biológica. (...) ¿No causa inseguridad jurídica al menor el que su filiación dependa en muchas ocasiones (...) de las circunstancias que rodean la relación sentimental de sus padres? ¿Cuál es el interés del menor que se protege en estos casos?”, p.114.

## 2.2. EL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA. DE NUEVO, ¿DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO?

A mi parecer, estos reconocimientos de complacencia, que proliferan sin control, en los que se violentan normas de *ius cogens*<sup>702</sup> y en los que se permite al reconocedor mendaz impugnar la irregularidad que ahora alega<sup>703</sup> en función de sus intereses -no los de la persona menor- suponen un auténtico fraude de ley en los que el reconocedor sorteaba el mecanismo de la adopción.

Por lo mantenido hasta ahora, aunque la voluntad tenga un papel importante en determinadas figuras o mecanismos de atribución de la relación jurídica filiatoria este no debería ser uno de ellos.

Además, cabe referir que subyace en los pronunciamientos acerca de este reconocimiento una cierta idea de dependencia de la mujer y de buena intencionalidad del hombre para con la mujer y el hijo/a de esta, que necesita de su protección y al que le hace un bien que no puede ser reprochable, lo que a todas luces provoca un absoluto rechazo. Sólo es necesario atender a la propia denominación de la figura “de complacencia”, esto es, para complacer ¿a quién? ¿a la madre?<sup>704</sup>; lo que de entrada ya resulta cuanto menos bochornoso.

Los argumentos que se sostienen en la idea anterior son falaces y su generalidad desatiende los múltiples trasfondos que podrían llevar a este reconocimiento, en los que incluso, en ocasiones, podrían atisbarse tintes de violencia de género.

Cierto es que podría tratarse de un reconocimiento de buena fe y buena voluntad del reconocedor que no tiene duda alguna de que declara en contra de lo que realmente es, y que las relaciones de paternidad no tienen por qué coincidir con la paternidad biológica. Sin embargo, ¿dónde queda el derecho de la persona a conocer sus propios orígenes biológicos? ¿si tal buena fe existe no es esta contraria al querer privar al hijo o hija de esta relación filiatoria? ¿Por los mismos argumentos, no sería este ánimo espurio

---

<sup>702</sup> Vid. *ibidem*, p. 1057.

<sup>703</sup> Vid. *op. cit.* FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (2015), *Reconocimientos de complacencia...*, p.7. El autor entiende que se produce un auténtico fraude de ley en estas situaciones.

<sup>704</sup> Tal y como ya lo hace constar VERDERA IZQUIERDO, B. (2019) “Relevancia de la autonomía de la voluntad de la progenitora en los reconocimientos de complacencia” en *op. cit.* GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.) *Mujer, maternidad y derecho, V Congreso sobre la feminización del Derecho, Carmona V. Tirant lo blanch*, p.589.

en querer desligarse de sus deberes y obligaciones manifiestamente impropio de este hombre de buena fe?

### **3. ORÍGENES Y ADOPCIÓN**

#### **3.1. LA PERSONA ADOPTADA Y EL ANCLAJE CON SU PASADO**

La adopción es uno de los supuestos de ruptura entre realidad biológica y filiación<sup>705</sup>. La equiparación de la filiación adoptiva a la filiación natural es una ficción jurídica amparada en el principio de igualdad de los hijos e hijas<sup>706</sup> en cuya virtud a través

---

<sup>705</sup> En este sentido, PANIZA FULLANA, A. (2017) *Realidad biológica...* op. cit, p. 22.

<sup>706</sup> Op. cit. GARRIGA GORINA, M. (2000) *La adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*. Aranzadi Editorial, pp. 33-37. Vid. también, LACRUZ BERDEJO, J. L. (2002). *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*. Dykinson; GETE-ALONSO, M.C. (2003) *Determinación de la filiación en el código de familia de Catalunya*, Tirant lo Blanch; ANDRES IRAZAZÁBAL, C. / HERNÁNDEZ CATALÁN, G. (2006) *Filiación, adopción y otras formas de protección de menores*. Wolters Kluwer. Vid. también, DURÁN RIVACOBIA, R. / CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2012) “Las desigualdades jurídicas entre las filiaciones adoptiva y por naturaleza”. *Revista de Derecho Privado y Constitución*, nº26, enero-diciembre 2012, pp. 9-63.

En cuanto al estatus jurídico de la persona adoptada cabe invocar los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) nº 200/2001, de 4 de octubre, ECLI:ES:TC:2001:200, que en su FJ 4, destaca que: “(...) dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b; 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; AATC 22/1992, de 27 de enero; 324/1994, de 28 de noviembre), de modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas (ATC 22/1992, de 27 de enero). Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación (ATC 22/1992, de 27 de enero), se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5).”; así como en su FJ 6, que: “La Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación, dejando un amplio espacio a la regulación del legislador, el cual se encuentra obviamente vinculado y constreñido por distintos mandatos constitucionales, entre ellos, en lo que ahora interesa, por la prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE), en cuanto comprensiva de la igualdad entre las distintas clases de filiación, así como por la obligación de asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (art. 39.2 CE) (...)”.

de un acto solemne se crea entre las personas adoptadas y las adoptantes un vínculo jurídico con efectos similares al biológico<sup>707</sup>. Esta equiparación es absolutamente necesaria a la vez que imprescindible. Ahora bien, no debe desatenderse la especial realidad intrínseca a la persona adoptada, que debe superar mayores escollos a la hora de construir su identidad<sup>708</sup> y, especialmente, a la hora de conocer y deconstruir su pasado para poder entender su historia<sup>709</sup> de vida y poder así proyectarse en el futuro y

---

<sup>707</sup> GÓMEZ-BENGOECHEA, B. (2008) “La protección del derecho a la identidad en adopción internacional” en BERÁSTEGUI, A. y GÓMEZ-BENGOECHEA, B. (Coords.) et al., Los retos de la postadopción: balance y perspectivas. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La autora afirma que “La adopción es una ficción legal por la cual se crea un vínculo jurídico paterno-filial entre el adoptante y el adoptado, constituyéndose entre ellos, a partir de un acto solemne, una relación igual a la que se da entre unos padres y su hijo biológico, con su misma fuerza y los mismos efectos legales, de forma que supone la integración en una familia de una persona que no tiene con ella vínculos de sangre. La institución adoptiva supone, por tanto, separar a un niño, de mayor o menor edad dependiendo de los casos, de los padres con los que tiene vínculos biológicos y del entorno en el que ha nacido (y vivido una etapa más o menos larga de su vida), para integrarlo en un núcleo familiar y un entorno diferentes, en los que se trata de buscar la protección de la que el niño carecía en su familia de origen.”, p. 119.

<sup>708</sup> Tal y como afirma BADIA MUNILL, A. (2019) “Prólogo” en LEDESMA DEL BUSTO, J. / LOUSE, H. et al. *Manual de recomendaciones para la búsqueda de orígenes*, CORA (Coordinadora de Asociaciones de Adopción y Acogimiento).

Consultable en:

[https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Adopcioninternacional/PublicacionesAI/CORAGuia\\_busqueda\\_origenes\\_2019.pdf](https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Adopcioninternacional/PublicacionesAI/CORAGuia_busqueda_origenes_2019.pdf) (última consulta 05/07/2022).

BADIA, desde la psicología, afirma que “A estas alturas, todos tenemos claro que la adopción es una medida de protección a la infancia. La separación del bebé de su madre biológica queda profundamente grabada en su memoria, memoria que denominamos implícita, que es una memoria sensorial y que afecta profundamente a la neurocepción de ese bebé (o niño). De esta experiencia el cerebro, que está en etapas muy tempranas de su desarrollo, podrá almacenar sensaciones de separación, abandono, rechazo, inseguridad, miedo o pánico, desconfianza o recelo hacia las personas, sentimientos de no pertenencia, etc. Esa separación es claramente traumática y esta memoria sensorial almacenada aparece más tarde en forma de síntomas o dificultades en las relaciones y/u otras áreas. Además, la representación de esta situación traumática, la narrativa que uno construye de su propia vida y que va formando la identidad, no puede verse llena por la falta de información.”

<sup>709</sup> La persona adoptada necesita construir su identidad narrativa, en palabras de BLAUWHOFF, R.J (2009) *Foundational facts...* “To be able to shape an idea of who one is at present requires an interpretation of a person’s past. In order to be able to create a narrative identity of one’s own, it will, however, often be necessary to tap into the memory that other people may have of ourselves. A narrative identity therefore bridges the historical past to the present and the future.”, op. cit., p. 21.



concebirse en el sí de otra familia o de otra realidad<sup>710</sup> con una continuidad narrativa<sup>711</sup> sin vacíos en su historia.

Podemos afirmar que la figura de la adopción rompe con el esquema de la verdad biológica<sup>712</sup>. La adopción se articula por el ordenamiento como un sistema de protección del interés superior del menor “supliendo el derecho los inexistentes lazos biológicos por iguales vínculos jurídicos a través de sus ficciones”<sup>713</sup>. No hay que obviar que el fundamento actual de la adopción no estriba como antaño en posibilitar a una pareja ser padres, sino que el eje debe situarse en la persona adoptada que tiene derecho a contar con uno o varios progenitores que velen por su bienestar<sup>714</sup>. En este punto es necesario detenerse en que el sentido de la adopción se explica en la búsqueda de atender a la persona menor, de proporcionarle un cuidado que su/s progenitor/es biológico/s no han podido o no han querido facilitar. En este sentido, la protección de la adopción se sitúa

---

<sup>710</sup> En este sentido, entre muchas obras y autores, puede consultarse a ROQUETA SUREDA, A. (2009), *Valoración e intervención psicopedagógica en casos de niños adoptados*. Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona, op. cit. En esta investigación entiende que “el proceso de adopción podría verse como el resultado de una historia de pérdidas (de orígenes, de vínculos afectivos, de referentes, de identidad ...) y una historia de ganancias (nuevas relaciones, nuevos vínculos, nuevas oportunidades ...) a partir de las que el niño o la niña adoptada pondrá en construcción su identidad personal.” (p.11)

Para un mayor desarrollo en materia de daños a los niños y niñas por experiencias traumáticas previas a la adopción, puede consultarse, entre otras, op. cit. FERNÁNDEZ GARCÍA, R.M. (Coord.) et al. (2014) *Neuropsicología del abandono y el maltrato infantil*, Hilo Rojo ediciones.

<sup>711</sup> En cuanto a la identidad narrativa Vid. ARENDT, H. (1958) *The human condition*, University of Chicago Press, “The real story in which we are engaged as long as we live has no visible or invisible maker because it is not made. [...] Who somebody is or was we can know only by knowing the story of which he is himself the hero –his biography, in other words; everything else we know of him, including the work he may have produced and left behind, tells us only what he is or was (...); p.186.

<sup>712</sup> En este sentido, SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O. (2015) “Maternidades y paternidades escindidas...” en TAMAYO HAYA, S. et al. (Dir.) *La maternidad...*, op. cit., añade que “para cuando el derecho reconoce vínculos de filiación a parejas del mismo sexo ya puede apreciarse una gran separación entre la procreación y sus procesos naturales. El proceso de procreación es cada vez menos natural y más consciente, problematizado, planificado y controlado”, p. 111.

<sup>713</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>714</sup> En este sentido, DELPLACE, M. (2006) “Participation in adoption” en ANG, F. / BERGHMANS, E. et al., *Participation Rights of Children*; Intersentia, Oxford. La autora afirma que, si nos remontamos a la evolución histórica de la adopción, ha mutado el paradigma de a quien se protege, toda vez que, si el sentido de la institución era dar un niño a unos padres, ahora sería dar los padres a un niño; y, en este sentido, no hay derecho de un padre a un niño, p. 163.

en las personas adoptadas, no así, en las personas adoptantes. Con ello, me refiero a que deben primar los derechos e intereses de la persona menor adoptada por encima de los intereses de los padres o madres adoptivos por muy legítimos que sean sus intereses, no pudiendo suprimirse ni restringirse los derechos de las personas adoptadas amparándose los adoptantes en su propia intimidad.

La primacía de los derechos de la persona adoptada nos conduce a destacar también la necesidad de garantizar su participación y escucha<sup>715</sup> tanto al inicio del proceso como una vez finalizado el mismo, lo que incluye el derecho a tener acceso a la información relativa a su madre y/o padre biológico por parte de la persona adoptada. Es más, todo ello, con independencia de su edad, habida cuenta de que el criterio de la edad conculca el derecho al acceso de esta información en múltiples supuestos si no se valora el distinto grado de madurez de la persona adoptada<sup>716</sup>, su capacidad natural, y

---

<sup>715</sup> Ibidem. La autora afirma que “Adoption is now a way of protecting the child that cannot be cared for by his or her own parents and trying to find a solution that is in the best interest of the child. In doing so, the rights of the child have to be respected, among which the right of the child to participate”, p. 163.

<sup>716</sup> Ibidem. DELPLACE recoge que “In any case, the age should not be the determining factor for letting a child participate in an adoption procedure. The evolving capacities of the child should be taken into account, and the assessment of the capacity should be done *in concreto*, having regard to the peculiarities of the child, of his or her living environment and family background”, p. 173.

En cuanto a la necesidad de escuchar a las personas menores, es necesario referir a Observación General nº12. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Consultable en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> (última consulta 18/10/2022).

También, en relación con esta Observación, vid. LANSDOWN, G. (2005) *The evolving capacities of the child*, Unicef. El autor sostiene que “un número cada vez mayor de investigaciones atestiguan el papel activo que los niños mismos desempeñan en el desarrollo de sus propias habilidades, en las negociaciones que forman parte de su vida cotidiana y en el grado de responsabilidades que aceptan” · así como, que “el empeño de respetar los derechos humanos del niño requiere una revisión radical de las ideas preconcebidas que ven a la infancia como un período de inferioridad de condiciones. Al reconocer la importancia de la evolución de las facultades del niño para el ejercicio de sus derechos en general y, en particular, del derecho a que sus opiniones sean tomadas en serio, la Convención sobre los Derechos del Niño representa un reto explícito contra tales concepciones de la infancia. Las soluciones distan mucho de ser evidentes. No es posible prescribir una edad definida a la cual todos los niños necesitan más o menos protección u oportunidades a la hora de asumir responsabilidades. Tampoco es posible crear marcos jurídicos o sociales suficientemente flexibles para que se ajusten a las capacidades sumamente variables de los niños respecto a los distintos aspectos de su vida”. Obra consultable en <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf> (última consulta 21/05/2022)

Pueden consultarse, entre otras, POSADA FERNÁNDEZ, M. T. (2018) “El derecho de audiencia del menor en los procedimientos que le afecten” en SOLÉ RESINA, J. / ALMADA MOZETIC, V.

ello es manifiestamente contrario a la búsqueda de su bienestar. Para posibilitar su desarrollo saludable la persona debe ser informada de sus orígenes<sup>717</sup>.

El poder acceder a los datos de los progenitores biológicos, en caso de que consten<sup>718</sup>, así como a otras circunstancias que obren en el expediente de la adopción, hasta hace unos años no era una cuestión clara<sup>719</sup> ni pacífica y el derecho a este acceso ha sido reconocido de forma muy tardía<sup>720</sup>, a pesar de que el conocimiento por parte de

---

(Coords.) *Derechos fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, pp. 208-213.

<sup>717</sup> En este sentido, vid. DELPLACE, M. (2006) "Participation in adoption...", op. cit, p. 180.

<sup>718</sup> Se insiste en que podrían ni tan siquiera constar, y ello sucederá en los supuestos de abandono del menor, o también, en los casos de anonimato de la madre que dio a luz -posible hasta el año 1999-; en los supuestos de reconocimiento de complacencia; o en los supuestos en los que el padre nunca haya reconocido al hijo/a. Además, de todos ellos, también en los casos en los que se les oculte información a los hijos o hijas respecto a la filiación.

<sup>719</sup> Insiste en esta cuestión y en las dificultades para el reconocimiento de dicho derecho por parte de administraciones BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2008) "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 17/2008.

Acerca de los antecedentes en la búsqueda de estos orígenes en los registros oficiales estadounidenses cabe remontarse a la obra de PATON, J. (1954) *The Adopted Break Silence*. Life History Study Center, Philadelphia. También, FISHER, F. (1973) *The search for Anna Fisher*. Michael Dempsey, London. Ambas autoras, personas adoptadas que dedicaron su vida a ayudar a otras personas adoptadas a la búsqueda de sus orígenes.

<sup>720</sup> Vid. la ya citada Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE-A-2007-22438. Esta Ley introdujo en el plano de la adopción internacional la obligación de la administración de facilitar a la persona adoptada la información de que dispusiera acerca de la identificación de los progenitores, así como "la historia médica del niño y de su familia" (artículo 12).

El derecho a conocer los propios orígenes había sido ya previamente reconocido en instrumentos internacionales – vid. capítulo II §1- así como en ordenamientos civiles propios como el catalán, que ya en la derogada Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, BOE-A-1992-4166, ya recogía en su artículo 28 que: "Sin perjuicio de lo que establece el artículo 34 (obligación de guardar secreto por parte de las instituciones intervinientes), el adoptado, a partir de la mayoría de edad, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva."

Posteriormente, este mandato fue ampliado por la también ya derogada Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, BOE-A-1998-20137, que en su artículo 129 recogía la posibilidad de "conocimiento de datos biológicos", indicándose que:

"1. La persona adoptada, a partir de la mayoría o emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido su padre y su madre biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.

una persona, de un lado, de la circunstancia de que es adoptada, y del otro, de la posibilidad de acceder a información relativa a quién o quiénes son su madre y/o su padre -no así su localización a no ser que estos lo autoricen-, así como otros datos de su origen -donde vivía, el motivo de haber sido adoptable, cómo es su familia de origen, si tiene hermanos, y un largo etcétera- parece inescindible del desarrollo de la persona y de la construcción de su identidad como ser humano<sup>721</sup>.

No obstante, algunas personas al conocer que son adoptadas quizá no tengan la inquietud que les conduzca a indagar y a querer conocer información relativa a su pasado y a su origen. Ciertamente, aunque no sea lo más común, podría ser así<sup>722</sup>, pues “esta búsqueda no reviste de la misma importancia ni tiene el mismo sentido para todos”<sup>723</sup>, pero, sin embargo, no cabe duda de que para poder decidir<sup>724</sup> conocer o no los

---

2. El adoptado o adoptada puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogenéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado o adoptada es menor de edad.

3. El ejercicio de los derechos especificados en los apartados 1 y 2 se lleva a cabo sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones.”

<sup>721</sup> Al respecto, vid. BRODZINSKY , D.M. / SCHECHETER, M.D. / HENIG, R.M. (1993) *Being adopted. The lifelong search for self*. Anchor Books, pp. 15-16, y también vid. op. cit. GÓMEZ BENGOCHEA. B. (2007) *Derecho a la identidad y filiación...*. En estas obras se apunta a la necesidad de la persona de tener un referente biológico en el que verse reflejados, sin el “corte” en su historia, que supone la adopción; y no sólo en el aspecto físico o de elementos de la personalidad o del intelecto de sus antecedentes biológicos, sino también por motivos médicos, como la predisposición a contraer determinadas enfermedades, esperanza de vida, etc. Puede también consultarse KUHNS, J. (1994) “The Sealed Adoption Records Controversy: Breaking Down the Walls of Secrecy”. *Golden Gate University Law Review*, Vol. 24, pp. 271-274. Vid. también el relato de HOMES, A. M. (2008) *La hija del amante*. Anagrama. La autora, que era adoptada, afirmaba que “Es una de las complicaciones patológicas de la adopción: los adoptados en realidad no tienen derechos, su vida consiste en secundar los secretos, las necesidades y los deseos de los demás”, p.29. DELPLACE, M. (2006), op cit. “Participation in adoption...”, señala que el interés por conocer sus orígenes puede resultar nacer con más ímpetu cuando la persona adoptada y sus padres adoptivos no comparten sus antecedentes religiosos, culturales o étnicos. La autora entiende fundamental que una vez la persona conozca que es adoptada se le informe de estos aspectos claves para su identidad, p. 175.

<sup>722</sup> En este sentido, LEMIEUX, J. (2006) *L'enfant adipté dans le monde*. Éditions CHU Sainte Justine, Université de Montréal. También, AMORÓS I MARTÍ, P./ FUERTES, J./ PAULA, I., (1996) “La búsqueda de los orígenes en la adopción”. *Anuario de psicología / The UB Journal of psychology*, Núm. 71, p. 107-120.

<sup>723</sup> Así lo afirma LEMIEUX, J. (2006) *l'Adoption Internationale : Démystifier le rêve pour mieux vivre la réalité*. Recueil de textes, Le Monde est ailleurs.

<sup>724</sup> Se hace referencia en op. cit. LEDESMA DEL BUSTO, J. / LOUSE, H. et al. (2019) *Manual de recomendaciones...* a la importancia de que quien debe decidir es la propia persona adoptada, pues

datos a los que pueda acceder la persona debe, como premisa, saber que es adoptada. Y es que, en definitiva, esta información le pertenece<sup>725</sup>.

En las últimas décadas, se ha venido evidenciando una tendencia al auge<sup>726</sup> por el interés hacia la búsqueda de los orígenes<sup>727</sup>, lo que seguramente va ligado a la proliferación de la adopción internacional, a una mayor conexión con otras personas a

---

“No existe un momento indicado, ni una duración determinada para llevar a cabo el proceso de búsqueda de orígenes, tampoco una edad concreta para realizarlo. Cada persona adoptada deberá llevar su propio ritmo, acompañado por las personas que elija, que le orienten y le ayuden a gestionar el tiempo, pero siendo siempre el mismo adoptado quien vaya tomando las decisiones en cada paso. (...)”, p. 29.

<sup>725</sup> Así se afirma rotundamente y de forma muy acertada en op. cit. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. / GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Esta es tu historia...*, al recogerse que “La primera razón que sustenta el derecho del niño a conocer su adopción y la información que la rodea, es que se trata de su propia vida, que forma parte de su pasado y de su persona, que es información que le pertenece”, p. 18.

DELPLACE, M. (2006) “Participation in adoption...”, op. cit. escribía que no facilitar esta información a la persona adoptada es condenarla a sufrir daños en el futuro, así “Because keeping a child in the dark on his or her background, is bound to have detrimental effects on his or her future.”, p. 180.

En contra, aunque de forma ya minoritaria, puede consultarse FELIÚ REY, M.I. (2006) “Adopción internacional, protección de la intimidad personal y familiar y Registro Civil” en GONZÁLEZ PORRAS, F.P. / MÉNDEZ GONZÁLEZ, J.M. (Coords.) *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, op. cit., pp. 1565-1593. Para este autor el conocimiento del hecho adoptivo “es patrimonio exclusivo de la familia adoptante”, entendiendo que si no se modifica en el Registro Civil la inscripción del lugar originario de nacimiento ello “puede suponer un grave obstáculo al libre desarrollo de la personalidad del menor”, p. 1567.

Sorprende, cuanto menos, como puede invocarse el principio de interés superior de la persona menor en defensa de posturas contrapuestas. En este sentido, PANIZA FULLANA, A. (2017) “El principio de protección del menor y su más que discutible aplicación en determinados casos” en op. cit. *Realidad biológica versus realidad jurídica...se preguntaba acerca de esta cuestión*, pp. 109-114.

<sup>726</sup> En contraposición con la tendencia de ocultación y borrado que venía imperando en anteriores décadas, en España en concreto, en las décadas de los 70, 80 y 90. Vid. a este respecto, §1.4 del Capítulo III de la presente investigación. Hacen referencia también a esta tendencia en su estudio los autores en AMORÓS I MARTÍ, P./ FUERTES, J./ PAULA, I., (1996) “La búsqueda de los orígenes...”, op. cit., p.108.

<sup>727</sup> Así lo constata a nivel internacional en referencia a las adopciones internacionales el Servicio Social Internacional (SSI) en JEANNIN, C. / ROULEZ, J. (2019) *Acceso a los orígenes: Panorama de los aspectos jurídicos y prácticos*. Ginebra, Suiza: Servicio Social Internacional (SSI), pp.12-14; op. cit.

través del uso de Internet, y, también, a una mayor sensibilización social acerca de esta necesidad<sup>728</sup>. Téngase en cuenta también que no es lo mismo acceder a información acerca de los orígenes que una ulterior toma de contacto y, en algunos casos, posible restablecimiento de la relación<sup>729</sup>. Algunos estudios propios de la psicología han apuntado a razones que conducen a las personas adoptadas a indagar sobre su origen, siendo estas, comúnmente, el sentir que la identidad está incompleta, el querer saber de dónde se procede, la necesidad de entender la razón del abandono, el querer saber si se tienen parientes, o el sentir un vacío en la imagen corporal al no contar con un “espejo biológico”<sup>730</sup> en el que verse reflejados. Se alude, además, a que las razones que mueven a la persona a iniciar la búsqueda “son comunes a todos los adoptados, con independencia del lugar del que procedan”<sup>731</sup>, siendo, por tanto, universalmente

---

<sup>728</sup> Los autores AMORÓS I MARTÍ, P./ FUERTES, J./ PAULA, I., (1996) “La búsqueda de los orígenes ...”, op. cit. apuntaban como factor que había incitado a la búsqueda a la existencia de programas televisivos que habían incluso desembocado en la creación de asociaciones cuya finalidad era la búsqueda de orígenes.

Cabe recordar espacios televisivos como “Quién sabe dónde”, que se retransmitió en Televisión Española entre 1992 y 1998 presentado por el popular Paco Lobatón, que aun ahora, este profesional, alejado de la televisión, continua su labor acompañado de muchos otros profesionales y afectados en la fundación que fundó, *Fundación Europea por las personas desaparecidas QSDglobal*. Puede consultarse más información en <https://www.qsdglobal.com/> (última consulta 11/06/2022). En este mismo sentido, cabe destacar la asociación *La voz de los adoptados*, que destaca que su finalidad es “hablar del silencio que durante muchos años hemos llevado los que hemos vivido la adopción en primera persona (...) dar respuesta a un vacío existente en la sociedad, y en concreto en el mundo de la adopción en España (...)”. Puede consultarse más información en <https://www.lavozdelosadoptados.es/> (última consulta 11/06/2022).

<sup>729</sup> Se insiste en su distinción en la op. cit. LEDESMA DEL BUSTO, J. / LOUSE, H. et al. (2019) *Manual de recomendaciones...*

<sup>730</sup> Aplicando el modelo teórico contenido en op. cit. BRODZINSKY D. M. et al. (1993) *Being adopted. The lifelong search for self*. Anchor Books, New York; el Servicio Social Internacional (SSI) se propuso detectar cuáles eran las razones que impulsaban a la persona adoptada a querer conocer sus orígenes y estos son plasmados en el informe elaborado por VAN DE VLIERD A. / WILLEMSSEN, G. (2000) *Back to the roots*, ISS Holanda.

En la obra, op. cit. BRODZINSKY, D.M. / SCHECHETER, M.D. / HENIG, R.M. (1993), *Being adopted*. ..., se recoge, entre otros, el siguiente testimonio de un paciente “I need to feel real, to feel that I’m authentic (...) I want to be like every other human being who knows where he came from and where he belongs. Searching is my way of bringing some substance to who I am”, p.145. Vid. también, en cuanto a la importancia de conocer los orígenes por parte de las personas adoptadas a FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) “*La progresiva y necesaria evolución...*”, op. cit.

<sup>731</sup> GARCÍA VILLALUENGA, L. et. al (2006) *El derecho del adoptado...*, p. 19, op. cit. Los autores refieren que en muchas ocasiones la acción de buscar información suele coincidir con algún hecho o acontecimiento vital para la persona (contraer matrimonio, tener un hijo, contraer una patología que pueda tener relación con la genética, la muerte de un ser querido, entre otras) y a

compartidos los motivos que, en esencia, explican esta búsqueda, que conectan “no con la insatisfacción del adoptado por su relación con los padres adoptivos (...) sino que responden, más bien, a cuestiones vinculadas con el sentimiento de identidad del sujeto”<sup>732</sup>.

Asimismo, estudios revelan que el mantenimiento de un contacto entre la persona adoptada y alguien conectada con su pasado originario contribuye de forma favorable al bienestar de aquélla, “puede ayudar a los niños adoptados a sobrellevar la pérdida y la separación, navegar por los problemas de identidad y dar sentido al pasado”

---

que, en numerosos casos, responden a la necesidad de dar respuesta a preguntas o incógnitas “universalmente compartidas”, cómo conocer las causas del “abandono”, “tener un espejo biológico: necesitamos mirarnos en los ojos de la persona que nos dio la vida”, “construir un sentido de la identidad más amplio”, rellenar la parte del “puzle” al sentirse “incompletos”. En este mismo sentido, LEDESMA DEL BUSTO, J. (2014) *Mediación familiar en búsqueda de orígenes. El encuentro con mi espejo biológico*, Editorial Cerro. También, op. cit. Vid. JEANNIN, C. / ROULEZ, J. (2019) *Acceso a los orígenes: Panorama de los aspectos jurídicos y prácticos*. Ginebra, Suiza: Servicio Social Internacional (SSI). Sobre las razones que impulsan a la persona a conocer sus orígenes y a emprender esta búsqueda o descubrimiento, estas ya fueron apuntadas por autores como SOROSKY, A.D./ BARAN, A./ PANNOR, R (1984) *Adoption Triangle: Sealed or Opened Records: How They Affect Adoptees, Birth Parents, and Adoptive Parents*, Discover Books. A las anteriores ya apuntadas, cabe añadir la necesidad por parte de personas de edad avanzada de descubrir sus orígenes como última oportunidad para “resolver la ruptura biológica”. Vid. también op. cit. AMORÓS I MARTÍ, P. / FUERTES, J. / PAULA, I. (1996) “La búsqueda de los orígenes...”, en la que señalan los autores que “Las personas adoptadas describen metafóricamente la búsqueda de sus orígenes como si sintieran un vacío en su interior o como si fueran un *puzzle* al cual le falta una pieza. Con la búsqueda de sus orígenes esperan que se llene este espacio, que se recolocque la pieza que les falta o que, de alguna manera, cambie su experiencia en cuanto a incrementar su sentido de identidad de una forma más cohesionada.”, p. 110. Vid. también, AUMEND, S.A. / BARRET, M.C. (1984) “Self-concept and attitudes toward adoption: A comparison of searching and non-searching adult adoptees”. *Child Welfare*, nº 63, pp.251-259.

<sup>732</sup> Op. cit. GARCÍA VILLALUENGA, L. et. al (2006) *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 20. Para los autores de la obra el “deseo de saber”, se halla ligado a la identidad del sujeto y ello “entronca directamente con el Derecho fundamental a la identidad reconocido en el art. 10 de la Constitución española”.

<sup>733</sup>, siempre que este contacto se realice “bien facilitado y sea de buena calidad”<sup>734</sup>. De ahí la importancia de contar con apoyo profesional y especializado en el proceso de averiguación y conexión con estos orígenes<sup>735</sup>.

El conocer esta parte del pasado se halla íntimamente ligado con la idea de identidad de la persona, pues permitirá a la persona que construya su ser como ser único

---

<sup>733</sup> BARNETT-JONES, B., MANNING, C., (2021). *Modernising post- adoption contact: findings from a recent consultation*. Nuffield Family Justice Observatory, London. Consultable en: <https://www.nuffieldfjo.org.uk/resource/adoption-connections> (última consulta 11/09/2022). El estudio refiere al uso del sistema de “buzón” (“letterbox system”) que se implementó en 2000 y que consiste en el intercambio de cartas entre los niños y niñas adoptadas que residen en Inglaterra y su madre biológica, su padre biológico o los abuelos biológicos y que se trata de mantener hasta alcanzada la edad de 18 años, refiere también la necesidad de introducir actualizaciones en el sistema y pone énfasis en el aumento de las búsquedas por medio de Internet para contactar con parientes biológicos. En cuanto a los beneficios de la conexión con el pasado para las personas menores puede también consultarse el informe de IYER, P./ BODDY, J./ HAMMELSBECK, R./ LYNCH-HUGGINS, S. (2020). *Contact following placement in care, adoption, or special guardianship: implications for children and young people’s well-being. Evidence review*. Nuffield Family Justice Observatory, London. Consultable en: [https://www.nuffieldfjo.org.uk/wp-content/uploads/2021/05/nfjo\\_contact\\_well-being\\_report.pdf](https://www.nuffieldfjo.org.uk/wp-content/uploads/2021/05/nfjo_contact_well-being_report.pdf) (última consulta 12/09/2022).

Vid. también HUNTER, M. (1993) “Working with the past”. *Adoption & Fostering, Vol. 17, Issue 1*, pp. 31-36.

<sup>734</sup> Según el Informe de op. cit. IYER, P. et al. (2020) *Contact following placement in care, ...*, los niños y adolescentes quieren ser escuchados y poder elegir con quién mantener contacto, debiéndose tener en cuenta su máximo bienestar y atendiendo a que sus necesidades difieren en las distintas etapas de su vida. La autora GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M. (2013) *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, op. cit., indica que el acceso a los orígenes no puede entenderse como un derecho absoluto, debiendo imponerse en todo momento el principio del *favor filii*, y haciendo especial mención de los riesgos que entraña la búsqueda y acceso a estos datos sin las cautelas adecuadas, p. 244-246. En este mismo sentido, la op. cit. LEDESMA DEL BUSTO, J./ LOUSE, H. et al. (2019) *Manual de recomendaciones...* que señalan como factores de riesgo iniciar el proceso en soledad, a través de redes sociales, o motivados por sentimientos no adecuados -como la idealización o las falsas expectativas-, entre otros, p. 41-43.

<sup>735</sup> Cabe destacar en este sentido la Guía para personas adoptadas elaborada por el Servicio Social Internacional (SSI), ADAMS, J. et al. (2018) *Adopción internacional y búsqueda de los orígenes: Guía para adoptados*. Servicio Social Internacional, Australia. En esta Guía se destacan elementos de riesgo en la cuestión que nos ocupa, alertando del peligro que entraña el no contar con asesoramiento o apoyo especializado.

Autores como GARCÍA VILLALUENGA, L. et. al (2006) *El derecho del adoptado...*, op. cit. proponen el recurso de la mediación como mecanismo idóneo para el ejercicio del derecho a conocer los propios orígenes, p. 20.



distinto de los demás<sup>736</sup>, y es que, conocer su historia de vida le permitirá “construir un sentimiento de identidad integrado”<sup>737</sup>.

Autoras se preguntan acerca de las reticencias que todavía perduran al evitar hablar de la adopción, de la familia adoptiva y, más en concreto, de la madre biológica que dio en adopción, y apuntan también al poder del lenguaje para instalar un discurso de rechazo<sup>738</sup> que permanece ínsito incluso en la sociedad de nuestros días.

Como se verá en el siguiente epígrafe esta tendencia al rechazo se reflejaba y emanaba de la normativa relativa a la adopción hasta la promulgación de leyes más novedosas que han tratado de revertir la tendencia o, más bien, el paradigma de la ocultación de la circunstancia de la adopción, tratando de conferir un cierto reconocimiento a la figura y de dotar de una mayor protección al derecho a conocer los propios orígenes.

---

<sup>736</sup> Vid. también Capítulo I de la presente investigación.

<sup>737</sup> Op. cit. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. / GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Esta es tu historia....* Las autoras inciden en que “la fragmentación o la confusión en el sentimiento de identidad está ligado al malestar psicológico y emocional, a la angustia, a la confusión en las acciones, a la impredecibilidad y el fracaso en las relaciones con los demás y a la dificultad para hacerse cargo moralmente de los propios actos”, p.21.

<sup>738</sup> Vid. MARRE, D. (2009) “Los silencios de la adopción en España”. *Revista de Antropología Social*, Vol. 18. La autora se detiene en observar la dificultad de hablar acerca de todas las personas implicadas en una adopción, entendiéndose un rechazo o una objeción a visibilizar a los progenitores biológicos, más aún, a la madre biológica. Todo ello desde el origen de la adopción, de la que “encontramos referencias y regulaciones en diferentes culturas y momentos desde la antigua Babilonia”, p. 98. Este rechazo, para la autora, en el que “las madres– de nacimiento permanecen “silentes”, “invisibilizadas “y desconocidas y, si acaso alguna tríada se ha constituido, ella está formada por las familias adoptivas, sus hijos e hijas y los profesionales y técnicos que en distintos momentos intervienen en los procesos de adopción (...), p.99, podría explicarse parcialmente en “la probable incidencia de ciertas formas de violencia simbólica y eufemística, y por ello inadvertida, hacia las madres –adoptivas y biológicas– y hacia los y las menores adoptadas (...)”, p. 105. La autora alcanza esta conclusión aludiendo a las palabras de BORDIEU, P. (1985) *¿qué significa hablar? Lenguaje y poder simbólico*. Ediciones Akal. BORDIEU alertaba sobre el poder de dominación intrínseco en el lenguaje imperante, en su discurso y en su lenguaje no verbal. Así, refería, “Todo hace suponer que las instrucciones más determinantes para la construcción del hábitus se transmiten sin pasar por el lenguaje y la conciencia, a través de sugerencias inscritas en los aspectos aparentemente más insignificantes de las cosas, de las situaciones o de las prácticas de la existencia común: así, la modalidad de prácticas las maneras de mirar, de comportarse, de guardar silencio e incluso de hablar (miradas desaprobadoras, tonos, o aires de reproche, etc.) están cargadas de conminaciones. Conminaciones que si resultan tan poderosas y difíciles de revocar, es precisamente por ser silenciosas e insidiosas, insistentes e insinuantes (...)”, p. 25-26.

## 3.2. AL DETALLE: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ADOPCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES

### 3.2.1. Orígenes y adopción: marco normativo estatal y autonómico catalán

Así, alcanzado este punto se hace necesario detenerse en los preceptos que regulan la adopción en el ordenamiento civil español, así como en el catalán<sup>739</sup>. Además, se traerá a colación el contenido de algunas resoluciones emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por entender que resultan relevantes en la materia que nos ocupa.

En primer lugar, el Código Civil establece en su artículo 178 que, salvo excepciones, “la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos” entre la persona adoptada y su familia de origen<sup>740</sup>. Dichas excepciones se refieren a los

---

<sup>739</sup> Acerca de los instrumentos internacionales que regulan la adopción vid. Capítulo II § 1.1.

<sup>740</sup> Tal y como preceptúa el artículo 178 del Código Civil, BOE-A-1889-4763: “1. La adopción produce la *extinción* de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. 2. *Por excepción* subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:

a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.  
b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

3. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.

4. Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez.

supuestos en los que la persona adoptada es hija del cónyuge o pareja del adoptante, o bien en casos en los que la filiación haya sido determinada sólo respecto de un progenitor<sup>741</sup>. Asimismo, en nuestro ordenamiento, la adopción tiene el carácter de irrevocable.

Tras la modificación del referido precepto, operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>742</sup>, se introdujo la posibilidad de poder acordarse por la autoridad judicial al constituir la adopción “el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos”. La introducción de esta adopción “abierta” atenúa la pérdida del posible vínculo entre familia de origen y persona adoptada, posibilita el mantenimiento de la relación entre hermanos y, además, denota una mayor sensibilidad hacia la cuestión de la identidad<sup>743</sup>.

---

Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.”.

<sup>741</sup> Vid. ya citado, Código Civil, BOE-A-1889-4763.

<sup>742</sup> Vid. la ya referida Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE-A-A2015-8470. Esta Ley vino a modificar el artículo 180 del Código Civil, relativo a la adopción, reconociendo expresamente el derecho de las personas adoptadas a conocer los datos relativos a sus orígenes biológicos.

A su vez, también modificó el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, BOE-A-2007-22438, en el mismo sentido, así como el artículo 5 de la misma Ley, en cuanto a prever la existencia de servicios especializados para facilitar la búsqueda de los datos relativos al origen de las personas adoptadas.

<sup>743</sup> Consta en el Preámbulo de la ya citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE-A-2015-8470, que: “En el artículo 178 se incluye, como una importante novedad, la posibilidad de que, a pesar de que al constituirse la adopción se extingan los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de procedencia, pueda mantenerse con algún miembro de ella alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones, lo que podría denominarse como adopción abierta. (...) Los profesionales de la Entidad Pública deberán apoyar a las partes y participar en el seguimiento de esa relación, informando sobre la conveniencia o no de su permanencia en el tiempo, a partir de una valoración de los resultados y consecuencias que la misma tenga para el menor, como prioridad absoluta, más allá del interés que pueda suponer para los adoptantes y su familia de origen. Se trata de una figura establecida con diferente amplitud y contenido en la legislación de diversos países, tales como los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva

En el mismo Código, más adelante, respecto al derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción, hallamos la previsión contenida en el artículo 180 del Código Civil<sup>744</sup>, precepto en el que se estipula que las entidades públicas competentes deben

---

Zelanda. En unos casos está configurada como «un acuerdo privado entre las partes», con supervisión y apoyo de las Entidades Públicas, y en otros debe ser confirmado por un Juez, a quien correspondería la decisión sobre su posible modificación o finalización, como es el modelo que se incluye en esta ley.

La oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la “pérdida”, y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que, aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho.” En este sentido, en cuanto a la figura de la “open adoption” pueden consultarse las obras de MILLER WROBEL, G. / GROTEVANT, H.D. et al. (2003) “Contact in adoption. The experience of adoptive families in the USA”. *Adoption and Fostering*, Vol. 27, nº1.; así como vid. GROTEVANT, H.D./ MCROY, R. (1998) *Openness in Adoption: Exploring family connections*. Thousand Oaks, CA. También GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Derecho a la identidad y filiación...* op. cit. recoge un interesante epígrafe entorno a la cuestión, analizando la evolución y las tendencias de la adopción abierta, pp. 206-214.

Vid. también HERAS HERNÁNDEZ, M. d. M. (2020) *La adopción abierta: a propósito del Artículo 178.4 del Código civil*. J.M. Bosch editor.

<sup>744</sup> Vid. ya citado, Código Civil, BOE-A-1889-4763. A tenor de su artículo 180: “1. La adopción es irrevocable. (...)

4. La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.

5. Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente<sup>744</sup>.

6. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho<sup>744</sup>.

A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen.”

Vid. también, en cuanto al procedimiento judicial de adopción, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), BOE-A-2015-7391, que en su artículo 39.2 relativo a la tramitación de la misma, se establece: “Todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál

asegurar “la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia” debiendo custodiarla “durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva”, todo ello al efecto de que la persona adoptada pueda tener derecho a “conocer los datos sobre sus orígenes biológicos”<sup>745</sup>. Así, es la Administración la que

---

sea la adoptiva, excepto en los supuestos recogidos en los apartados 2 y 4 del artículo 178 y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 180 del Código Civil.”.

<sup>745</sup> En la jurisprudencia analizada se halla el supuesto de descendientes que pretenden conocer el origen biológico de sus progenitores, que habían sido adoptados. Salvo en supuestos excepcionales, los tribunales entienden que los descendientes no se hallan legitimados para tener acceso a dicha información, al tener el derecho a conocer los orígenes carácter personalísimo.

En este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), nº388/2021, de 9 de diciembre ECLI:ES:APB:2021:13063A; en el mismo sentido, también se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) nº390/2021, de 10 de diciembre, (FJ 3), ECLI:ES:APB:2021:12404A, en que el tribunal debe pronunciarse sobre la legitimación de la recurrente para acceder a los datos biológicos de su madre, que había sido adoptada. La solicitud de averiguación de los datos biológicos no había sido interesada por la madre y en el momento que la recurrente la solicita esta última ya había fallecido. La recurrente funda su pretensión en el derecho a conocer sus orígenes biológicos. El juzgado desestima su pretensión alegando que la madre en vida, de haber tenido algún interés, podía haber instado a la Administración datos sobre su origen biológico, hecho que no ocurrió, y que la ahora solicitud de la hija parece obedecer una cuestión de satisfacer su curiosidad. Para la Audiencia en este supuesto “los derechos en lid son, básicamente, el de la madre a mantener oculta su identidad y el del hijo a conocer su identidad biológica, derecho a la personalidad que integra ese conocimiento, como derecho constitucional. (FJ 3). La Audiencia desestima la pretensión de la recurrente, en base a que, el derecho a conocer los orígenes es personalísimo de la persona adoptada, habiéndose solo admitido la extensión de la legitimación en supuestos en los que era necesario por razones médicas (Vid. al respecto Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) nº122/2007, de 13 de abril. ECLI:ES:APB:2007:1714A), valorándose el caso en concreto y ponderándose dicho derecho con el de intimidad, o bien en supuestos en los que la acción para conocer los orígenes ya se hubiera entablado y se produce una sucesión procesal. Alude la Audiencia a que:

“En cuanto a su ejercicio, conforme a la literalidad del precepto y con fundamento en el art. 39.1 CE, el derecho a conocer los datos de filiación biológica corresponde exclusivamente al adoptado y no se puede ejercer en su nombre o representación, sino que sólo es posible la asistencia de los padres adoptivos al adoptado menor que quiera hacerlo efectivo (en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño) y es un derecho que no tienen los padres biológicos. (...) El problema que se enfrenta aquí, no es el de la existencia de un derecho a conocer los orígenes biológicos, que no está en cuestión, sino la colisión entre el derecho a la intimidad y la libertad de información cuando los orígenes se hacen públicos sin el consentimiento de los interesados.” (FJ 3)

“Según la literalidad de la norma aplicable (art. 235-49 CCCat) el ejercicio del derecho corresponde a las personas adoptadas. El derecho a la búsqueda lo es de la persona adoptada porque es una forma de dar sentido a la experiencia traumática vivida de esa separación, desde

deberá facilitar los datos de los que disponga acerca de la filiación biológica del menor, sin poder ampararse en otros motivos para denegar el acceso a la misma, dado que la Ley no ha previsto excepciones ante la solicitud de la persona adoptada<sup>746</sup>.

A su vez, es necesario mencionar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). De este texto legal se infiere la prioridad de que la persona menor se mantenga en contacto con su familia de origen como premisa necesaria para la preservación del principio de su interés superior<sup>747</sup>. Explícitamente, en

---

una madurez y preparación adecuadas. Se trata de una necesidad personal de investigación documental y/ o posible localización que no siempre implica establecer contacto. Es pues un proceso personal e íntimo del adoptado para tener un sentido de identidad más completo. Por esta razón es la parte adoptada quien decidirá cómo, cuándo y con quién buscar los orígenes de su propia historia personal. (...)” (FJ 3)

“Permiten fundar esta posibilidad de ampliación los arts. 16.1 y 30 del Convenio de la Haya de 1993 y el art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre sobre el derecho a preservar las relaciones familiares, el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la intimidad en el que entronca el derecho a conocer los orígenes biológicos y la historia de nuestros predecesores, una vez transcurrido un tiempo prudente que no afecte los derechos, la intimidad y las expectativas de terceros. De modo que conocido el hecho de la adopción, la intimidad pueda alcanzar a conocer y conservar estas fuentes, en determinados supuestos. Argumentos referidos al derecho a la salud, en su caso o a la dignidad (art. 10 CE) pueden reforzarlo, en su caso.” (FJ 3)

Se refiere aquí la Audiencia a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE-A-2007-22438, que, en su artículo 12, relativo al Derecho a conocer los orígenes biológicos, preceptúa que: “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública, los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin. Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del niño y de su familia. Los organismos acreditados que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor.”.

<sup>746</sup> En este sentido, GARRIGA GORINA, M. (2014) “Dret a la informació sobre el propi origen” en EGEA I FERNÀNDEZ, J./ FERRER I RIBA, J. (Dir.) (2014) *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, Atelier. La autora, aunque se centra en la legislación catalana, refiere a la ley española y a algunos informes y resoluciones emanados de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), así como de la Autoritat Catalana de Protecció de Dades (ACPD), pp. 768-769.

<sup>747</sup> En su artículo 11.2 letra b) proclama como principio rector de la acción administrativa en relación con las personas menores: “El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional”. BOE-A-1996-1069.

cuanto al derecho a conocer los orígenes, esta norma recoge tan sólo un supuesto muy concreto, en su artículo 21 bis, relativa al derecho del menor que se halla en situación de acogida, afirmando que, tendrá derecho a:

“Acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad.”

Al margen de esta apreciación, la referida norma no recoge ninguna otra mención al derecho a conocer los orígenes por parte de la persona menor. A pesar de que su artículo 3 se refiere al reconocimiento a la persona menor de los derechos que se recogen en la Constitución Española (CE) así como en los Tratados Internacionales, y a pesar de que en su artículo 2, relativo a su interés superior, trata de definirse este principio de *favor filii*, con mayor concreción tras las últimas reformas legislativas<sup>748</sup>; el derecho a conocer los propios orígenes no se halla recogido explícitamente más allá de la mención indicada.

En el ordenamiento civil catalán, existe una mayor materialización de este derecho a conocer los propios orígenes por parte de las personas adoptadas toda vez que, a diferencia del ordenamiento civil español, se impone legalmente a los adoptantes la obligación de informar a su hijo/a adoptado/a sobre la adopción. Así, en el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a persona y familia<sup>749</sup> ya se recoge el interés y preocupación del legislador por garantizar este derecho en el contexto de la adopción, y se hace ya constar que:

“(…) se reconoce explícitamente el derecho de los adoptados a conocer la información sobre su origen y, en línea con la legislación comparada más moderna, se impone a los adoptantes la obligación de informar al hijo adoptado sobre la adopción. Para hacerlo efectivo, se establece, asimismo, un procedimiento confidencial de mediación. También y excepcionalmente, se abren fórmulas para que, en interés del hijo adoptado, este pueda continuar manteniendo las relaciones personales con la familia de origen.”

Y, en consonancia con lo anterior, el artículo 235-49 CCCat recoge explícitamente el “derecho a la información sobre el propio origen”, y con este título en su artículo, proclama que:

---

<sup>748</sup> Reformas operadas por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, BOE-A-2015-8222, y por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, BOE-A-2021-9347.

<sup>749</sup> Vid, ya citada, Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a persona y familia, BOE-A-2010-13312.

- “1. El adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen.
2. El adoptado, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.
3. Las administraciones públicas deben facilitar al adoptado, si los pide, los datos que tengan sobre su filiación biológica. A tal fin, debe iniciarse un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto el adoptado como su padre y su madre biológicos deben ser informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte con relación al posible encuentro.
4. El adoptado puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogenéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado es menor de edad.
5. Los derechos reconocidos por los apartados 2 y 3 deben ejercerse sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones.”

En esta línea, el legislador establece en el siguiente artículo, el 235-50 del CCCat, la obligación de los adoptantes de comunicar al hijo o hija adoptada sobre la adopción. Este precepto, que de forma novedosa rompe con la tradicional tendencia a ocultar el origen de las personas menores, en consonancia con el derecho de los niños y niñas a ser escuchados, establece que:

“Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor.”

Es muy destacable y loable que el Código se ocupe de este derecho y que se tienda a su protección, aunque tan sólo se prevea en el caso de los hijos e hijas adoptadas<sup>750</sup>.

---

<sup>750</sup> En contra, op. cit. GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M. (2013), *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson. La autora entiende que la exigencia de comunicar a los hijos/as la circunstancia de la adopción constituye una “intromisión indebida” de la legislación catalana, puesto que la autora entiende que “la decisión de informar al hijo adoptado sobre su filiación corresponde a los padres. Únicamente éstos son las personas aptas para determinar el momento y la forma oportuna en que el hijo pueda conocer esa información”, no siendo necesario que la ley establezca esta obligación, ni menos aún, que establezca una edad límite. Añade la autora que, “sin embargo, sus efectos se ven mitigados, en el sentido que la legislación prevé la posibilidad de no revelar la información al adoptado si ello es contrario a su interés. Además, como no se establece ninguna sanción ante el incumplimiento de ese deber, puede inferirse que, aunque la norma haya sido redactada de manera imperativa, no deja de ser una simple sugerencia a los padres adoptivos.”, p. 240.



Sería deseable la introducción de un precepto similar en el Código civil español, puesto que, por ahora, sin este mandato legal en el marco estatal, parece que son los adoptantes los que pueden tomar la decisión de comunicar o no tal circunstancia, siendo tal decisión “puramente discrecional”<sup>751</sup>, lo que a todas luces contraría el derecho a conocer los orígenes de los hijos e hijas. También sería conveniente que el ordenamiento catalán y el estatal -este si en un futuro lo previera-, establecieran una sanción por la contravención del mandato contenido en dicho precepto, pues así regulado, carente de consecuencia o de sanción jurídica su inobservancia queda relegada a una mera recomendación o más bien a una declaración política de intenciones, siendo, por ahora, no coercible<sup>752</sup>.

---

En defensa de este precepto, en cambio, MARRE, D. (2009), “Los silencios de la adopción...”, op. cit., advierte que “esta parte de la propuesta de ley finalmente aprobada, produjo una singular oleada de cuestionamientos por parte de familias adoptivas y sus asociaciones que confirma la dificultad mencionada para “hablar” de las familias –madres– biológicas por considerarlo del ámbito personal y privado, aunque quizás se debería decir del ámbito personal y privado de los padres que son quienes deciden qué hacer”, p. 104. Sugiere y relaciona la autora que la dificultad para hablar de la adopción y de la familia biológica trae como causa, entre otras, “la probable incidencia de ciertas formas de violencia simbólica y eufemística, y por ello inadvertida, hacia las madres –adoptivas y biológicas– y hacia los y las menores adoptadas”, p. 105.

<sup>751</sup> Tal y como se planteaba BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2008) “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes...”, op. cit., al preguntarse si: “¿Cabe pensar que los padres adoptivos en el ejercicio de su función educativa pueden llevar a cabo un juicio de oportunidad y valorar si es conveniente o no transmitir esa información al adoptado?, ¿pueden decidir ellos discrecionalmente en el ámbito de su potestad paterna lo que es conveniente para el menor? En principio no parece conforme con la ratio de la ley (se refiere a la Ley de Adopción internacional), reconducir la información al menor sobre su condición jurídica de hijo adoptivo a una iniciativa puramente discrecional de los padres.”.

<sup>752</sup> Así lo apuntaba el COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016) *Informe...*(op. cit.) al indicar “el reconeixement legal d’una obligació dels pares d’informar el fill sobre els seus orígens, com a Catalunya succeeix en el context de l’adopció (articles 235-50 CCCat), és per naturalesa, incoercible. És a dir, no disposem de mecanismes per supervisar-ne l’aplicació ni per sancionar-ne l’incompliment.”, p. 7. El Comitè entiende que el derecho a conocer los orígenes, por su naturaleza, no es coercible, pero plantea otros mecanismos de acceso a esta información. Así, recoge como una de las conclusiones del informe que: “L’exercici del dret implica un procés, en tant que per poder exercir el dret prèviament cal saber la forma de concepció i, per tant, disposar de la informació que algú ha de donar. El legislador, per tant, ha de facilitar a la persona que vol conèixer l’exercici d’aquest dret: per exemple, regulant un deure d’informar els fills sobre l’origen biològic o la forma de concepció, per molt que el compliment sigui, per la seva naturalesa, incoercible (articles 235-50 CCCat); o bé permetent que aquesta dada consti en un document separat del Registre Civil (publicitat restringida) o, en el cas de TRA, en l’historial clínic del fill, sense que això suposi una intromissió en la intimitat personal ni pugui ser motiu de discriminació per la forma de naixement.”, p. 22.

En consonancia con lo anterior, el legislador catalán también reconoce explícitamente este derecho de las personas adoptadas, y lo hace de forma amplia, en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (LDOIA)<sup>753</sup>, que, en su artículo 30 hace constar, bajo el título “Derecho a la identidad, al nombre, a la nacionalidad y a conocer los orígenes”, que:

“1. Los niños y los adolescentes tienen derecho a su identidad personal y sexual, y a tener un nombre y una nacionalidad, desde su nacimiento.

2. Los niños y los adolescentes tienen derecho a conocer su origen genético, padres y madres biológicos y parientes biológicos.

3. Los niños y los adolescentes tienen derecho a solicitar a las administraciones públicas competentes la documentación que les permita acreditar su identidad.”

Del precepto se infiere que sumamente importantes como enclaves de la identidad se erigen el derecho a conocer los propios orígenes y la sexualidad sentida. Tal y como refiere el *Comité de Bioética de Cataluña*, el anterior precepto no sólo conduce a la determinación del vínculo genético y conocimiento de la identidad de los progenitores biológicos, sino que, trasciende también al conocimiento “de su propia historia personal, de la cual forman parte el entorno social y familiar y las circunstancias vividas durante la infancia”<sup>754</sup>.

Cabe también añadir, que parece que, a diferencia de la legislación española, el precepto no parte de la identidad de los progenitores, sino que, gravita entorno a la identidad de la persona adoptada, cuya noción subyace en su articulado. Ello nos conecta con el cambio paulatino de la percepción de la adopción en nuestra sociedad, que ha pasado de concebirse como un recurso para personas que no pueden procrear, a una visión desde la perspectiva de la integración de niños y niñas en otras familias que posibiliten su cuidado y protección<sup>755</sup> y un paso de la clandestinidad del hecho de la

---

<sup>753</sup> Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia (LDOIA). BOE-A-2010-10213.

<sup>754</sup> Vid. Informe de COMITÉ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016) *El dret a conèixer els orígens biològics i genètics de la persona*. Consultable en: [https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/\\_Sistema\\_de\\_salut/CBC/recursos/documents\\_tematica/dret\\_origens\\_biologics.pdf](https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_Sistema_de_salut/CBC/recursos/documents_tematica/dret_origens_biologics.pdf) (última consulta 17/07/2022)

<sup>755</sup> En este sentido, vid. op. cit. ROQUETA SUREDA, A. (2014) “Introducción” en FERNÁNDEZ GARCÍA, R.M. (Coord.) *et al. Neuropsicología del abandono y el maltrato infantil*, Hilo Rojo ediciones. p. 19. Así como también, vid. op. cit. DELPLACE, M. (2006) “Participation in adoption” en ANG, F. / BERGHMANS, E. et al., *Participation Rights of Children*; Intersentia, Oxford.

adopción a una apertura a la transparencia y al entendimiento y comprensión en el sí de la familia<sup>756</sup>.

A mayor abundamiento, cabe también referirse a la distinción que recoge el legislador en dicho precepto, entre identidad genética e identidad biológica. Aunque en numerosos textos se usen dichos términos como análogos, el legislador catalán ha optado por acogerlos como conceptos distintos, pues no son términos idénticos, al referirse a posibles realidades que difieren las unas de las otras<sup>757</sup>.

También cabe hacer mención a que, en esta misma Ley, de forma destacable<sup>758</sup>, no sólo se prevé el acceso a la información de los orígenes por parte de la persona adoptada, sino también por parte de la persona menor desamparada -que fue tutelada pero no adoptada-<sup>759</sup>.

---

<sup>756</sup> TERRIBAS, N. (2016) *Tenim dret a conèixer els nostres orígens biològics i genètics?* DIXIT Centre de Documentació de Serveis Socials, Càtedra de Bioètica Fundació Grífols, Universitat de Vic.

<sup>757</sup> En este sentido, FARNÓS AMORÓS, E. (2015) “Anonimat del donant o dret a conèixer els orígens?” *Butlletí del Comitè de Bioètica de Catalunya*. La autora apuntaba a esta distinción afirmando que: “en la gestació subrogada la genètica i la biologia poden estar dissociades, com succeeix en la gestació subrogada parcial, en què una dona porta a terme la gestació i una altra aporta l’òvul o òvuls que han de ser fecundats. Quelcom similar pot ocórrer en parelles heterosexuales que recorren a la fecundació heteròloga amb òvuls donats o en parelles de dues dones, en què a partir de la tècnica anomenada de recepció d’òvuls de la parella (ROPA), una de les dues gesta l’embrió o embrions creats a partir d’un òvul o dels òvuls de l’altra i esperma donat. En tots aquests casos, les dues dones que intervenen en el procés porten a terme un rol biològic però només una d’elles desenvolupa un rol genètic, en tant que aporta les gàmetes.”. Consultable en: [https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/Sistema\\_de\\_salut/CBC/recursos/articles\\_opinio/pdf/anonimat\\_donant.pdf](https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/Sistema_de_salut/CBC/recursos/articles_opinio/pdf/anonimat_donant.pdf) (última consulta 15/06/2022)

<sup>758</sup> Vid. op. cit. GARRIGA GORINA, M. (2014) “Dret a la informació sobre el propi origen” en EGEA i FERNÁNDEZ, J./ FERRER I RIBA, J. (Dir.) *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, Atelier. La autora considera que la norma es destacable atendiendo a que la mayoría de ordenamientos atienden al derecho de los adoptados a conocer los orígenes, pero nada indican de forma explícita respecto al acceso a estos datos por parte de las personas que fueron tuteladas, pero no adoptadas; p. 767.

<sup>759</sup> Tal y como se infiere del artículo 117 CC, BOE-A-1889-7463, relativo a la “información al niño o adolescente desamparado”, en el que se indica que:  
“1. El niño con suficiente conocimiento y el adolescente deben ser informados por el departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes sobre su situación personal, las medidas adoptadas y las actuaciones que hay que seguir, su duración y contenido, de cuáles son sus derechos y de los órganos e instituciones a los que pueden dirigirse para defender sus derechos. Esta información debe ser comprensible, adecuada a sus condiciones y continua durante todo el proceso de intervención. Sin embargo, el niño o el adolescente tiene

En Cataluña este procedimiento para facilitar a las personas adoptadas y a las personas tuteladas y extuteladas por la entidad pública de protección el conocimiento de sus orígenes y parientes biológicos se articula por medio del Decreto 169/2015, de 21 de julio, por el que se establece el procedimiento para facilitar el conocimiento de los orígenes biológicos<sup>760</sup>. En esta norma se define el mecanismo que debe permitir a los niños, niñas que cuenten con suficiente madurez, y, en cualquier caso, al adolescente (Art. 5); así como a las personas extuteladas y también a las personas adoptadas (Art.1), acceder a la información relativa a sus orígenes y familiares biológicos; a la vez que, paralelamente se establece la necesidad de contar con un sistema de soporte y asesoramiento que acompañe a las personas afectadas.

En la misma, se recoge expresamente la obligación de la administración pública de conservar los datos que sean necesarios para “garantizar el conocimiento de sus orígenes y parientes biológicos” (Art. 3.1), entre los que puede incluirse “la identidad de sus progenitores, tutores o guardadores en el momento del desamparo y los elementos esenciales de su historia personal y familiar y sus antecedentes culturales y sociales” (Art. 3.2). Se establecen en el propio Decreto fases del procedimiento, para el que se prevé una duración de máximo seis meses desde la solicitud efectuada por la persona que pretende dicho conocimiento (Art.2). En este procedimiento se prevé la posibilidad del recurso a la mediación (Art.18) así como especificidades en materia de adopción internacional (Arts. 22 - 26).

Por último, cabe destacar los supuestos de datos excluidos de la información a facilitar que la norma prevé, y que se preceptúan en su artículo 10:

---

derecho a participar en el proceso de estudio de su situación y en la elaboración de la propuesta de la medida, si las condiciones de edad o de madurez lo hacen posible.

2. El niño o el adolescente tiene derecho a conocer, en función de su edad y capacidad, su historia personal y familiar y, si ha sido separado de su familia de origen definitivamente, sus antecedentes culturales y sociales, que deben ser siempre respetados.

3. Alcanzada la mayoría de edad, la persona interesada tiene derecho a *acceder* a su expediente y a conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos. A tal fin, el órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes debe iniciar un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación de los posibles parientes biológicos, en cuyo marco, tanto la persona interesada como las personas afectadas deben ser informadas de las respectivas circunstancias familiares y sociales, y de la actitud manifestada por la otra parte en relación con el posible encuentro.”.

<sup>760</sup> *Decret 169/2015, de 21 de juliol, pel qual s'estableix el procediment per facilitar el coneixement dels orígens biològics*. DOGC nº 169/2015. Las traducciones del texto original (catalán) son propias.

“El derecho a obtener información sobre el propio origen no incluye los siguientes datos:

- a) Los datos de localización de las personas, salvo que lo autoricen expresamente.
- b) Los datos de carácter personal de los profesionales que intervinieron en los procesos de separación del núcleo familiar y tutela del niño o adolescente cuando los datos que contiene el expediente o la posición mostrada por el solicitante permiten prever razonablemente que la información se puede utilizar para finalidades distintas a las propias de este Decreto.
- c) Los datos de terceras personas no relacionadas con la historia personal de la persona titular del derecho a conocer sus orígenes, o que sean confidenciales o reservadas, o que estén protegidas conforme a la legislación vigente.
- d) Los datos relativos al ámbito privado de los acogedores familiares, no relacionadas con los orígenes biológicos o con la historia personal del o de la solicitante, salvo que estos manifiesten su acuerdo.”

En aras de dar cumplimiento a la obligatoriedad de las Administraciones de facilitar los datos que les consten, también en otras Comunidades Autónomas han ido proliferando instrumentos normativos cuyo objeto es la regulación de este acceso a los orígenes<sup>761</sup>.

Volviendo al marco estatal, en la cuestión que nos ocupa resulta sumamente importante la normativa relativa al Registro Civil que contempla la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil<sup>762</sup>(LRC), pues es en dicha normativa dónde, como hecho

---

<sup>761</sup> Puede accederse a la solicitud telemática de información a la Administración competente acerca de los orígenes en Cataluña a través de [https://web.gencat.cat/ca/tramits/tramits-temes/20314\\_Coneixement-dels-origenes-biologics](https://web.gencat.cat/ca/tramits/tramits-temes/20314_Coneixement-dels-origenes-biologics) (última consulta 5/11/2022).

También en las otras Comunidades Autónomas, en el marco de sus respectivas normas desarrolladas para establecer mecanismos para poder acceder a esta información.

Por ejemplo, en Castilla y León a través de:

<https://www.tramitacastillayleon.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionElectronica/es/Plantilla100DeTalleFeed/1251181050732/Tramite/1264142153693/Tramite> (última consulta 18/11/2022);

en la Comunitat Valenciana en:

[https://www.gva.es/es/inicio/procedimientos?id\\_proc=20544&version=amp](https://www.gva.es/es/inicio/procedimientos?id_proc=20544&version=amp) (última consulta 18/11/2022); en Asturias en <https://sede.asturias.es/-/dboid-6269000036884732407573>

, así como, entre otras, en Madrid en:

[https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/programa\\_busquedaorigenesjul2021\\_0.pdf](https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/programa_busquedaorigenesjul2021_0.pdf) (última consulta 18/11/2022).

<sup>762</sup> Vid. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC). BOE-A-2011-12628. En su artículo 4 se recogen los hechos y actos inscribibles, y, a cuyo tenor: Tienen acceso al Registro Civil los

inscribible, entre otros, figura la filiación de la persona, debiendo detenernos en la particular mención de la adopción en la filiación adoptiva, que, en esencia, se halla regulada en su artículo 44<sup>765</sup>. El precepto establece expresamente que “en los casos de

---

hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles:

“1.º El nacimiento.

2.º *La filiación.*

3.º El nombre y los apellidos y sus cambios.

4.º El sexo y el cambio de sexo.

5.º La nacionalidad y la vecindad civil.

6.º La emancipación y el beneficio de la mayor edad.

7.º El matrimonio. La separación, nulidad y divorcio.

8.º El régimen económico matrimonial legal o pactado.

9.º Las relaciones paterno-filiales y sus modificaciones.

10.º Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes.

11.º Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

13.º La tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado.

14.º Las declaraciones de concurso de las personas físicas y la intervención o suspensión de sus facultades.

15.º Las declaraciones de ausencia y fallecimiento.

16.º La defunción.”

<sup>765</sup> En virtud de este artículo 44 de la LRC. BOE-A-2011-12628:

“1. Son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Código Civil.

2. La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito.

3. La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación.

En defecto del parte facultativo, deberá aportarse la documentación acreditativa en los términos que reglamentariamente se determinen.

El Encargado del Registro Civil, una vez recibida y examinada la documentación, practicará inmediatamente la inscripción de nacimiento. Tal inscripción determinará la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal en los términos previstos en el artículo 6.

---

4. La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.

La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho.

b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

En los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código Civil se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata solo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna.

5. En los casos de filiación adoptiva se hará constar, conforme a la legislación aplicable, la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente ley.

6. El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable. Si se realizare mediante declaración del padre o madre no gestante ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor. Si se tratare de personas con discapacidad respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido o del documento notarial en el que se hayan previsto o acordado. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil.

Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1.<sup>a</sup> Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

2.<sup>a</sup> Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

3.<sup>a</sup> Respecto de la madre o persona trans gestante, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación solo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

filiación adoptiva se hará constar, conforme a la legislación aplicable, la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley”, lo que significa que “salvo el propio inscrito, solo se pueda acceder a ellos con la autorización”<sup>764</sup> legalmente exigida.

Como es de ver, aunque la filiación adoptiva es inscribible<sup>765</sup> está sometida a publicidad restringida<sup>766</sup>, lo que dificulta el acceso a la circunstancia de que se es adoptado por parte de la persona adoptada, hecho que se agrava con el contenido del

---

7. En los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal.

8. Una vez practicada la inscripción, el Encargado expedirá certificación literal electrónica de la inscripción de nacimiento y la pondrá a disposición del declarante o declarantes.”

<sup>764</sup> Regulan en la LRC (BOE-A-2011-12628) los datos sometidos a régimen de publicidad restringida o de protección especial los artículos 83 y 84.

<sup>765</sup> Con anterioridad, en virtud de la derogada (aún con alguna excepción) Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE-A-1957-7537) la filiación adoptiva era inscrita como nota marginal. De modo que en el certificado literal no aparecían datos acerca de la adopción, tan sólo una referencia a otra anotación. El actual sistema, aunque mejorable, parece más respetuoso con la persona y con su historia personal.

<sup>766</sup> Tal y como recoge el Ministerio de Justicia del Gobierno español, la inscripción de la adopción en el Registro Civil español se efectúa, hasta que no termine la implantación del nuevo modelo de Registro Civil, por medio de una inscripción marginal -desaparecida en la nueva LRC- en la inscripción de nacimiento de la persona adoptada. Cuando se haya culminado la implantación del nuevo modelo, se inscribirá en una inscripción complementaria en la inscripción principal de nacimiento del adoptado. También se indica que “en aquellos casos en los que la institución extranjera no se pueda calificar como de adopción, pero sí de prohijamiento o acogimiento familiar, la adopción se incorporará al Registro Civil mediante una anotación soporte.

También se indica que: “En los casos de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo, pueden solicitar directamente al Registro Civil de su domicilio que se extienda la inscripción principal de nacimiento (con los apellidos originales del menor y el lugar real de nacimiento) y la marginal de adopción, así como la extensión en el folio que entonces corresponda, de una nueva inscripción de nacimiento (con apellidos de padres adoptantes).”

Vid. [https://administracion.gob.es/pag\\_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/adopcion.html#-ae705fe29a56](https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/adopcion.html#-ae705fe29a56) (última consulta 10/03/2021).

Para mayor información en cuanto a los distintos tipos de inscripciones previstas en el Registro Civil, puede consultarse LASARTE, C. (2017) *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Derecho civil, Tomo I*, (23ª ed.), Marcial Pons, pp. 279-283; así como también BOSCH CAPDEVILA, E. (2020) “L’estat civil i el Registre Civil” en VAQUER ALOY, A. (Coord.) et al. *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Atelier, pp. 236-241.



artículo 77 del Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC), como se analizará a continuación.

Es necesario antes indicar que, en supuestos de hijos abandonados o madres que solicitaron permanecer en el anonimato -posible hasta el año 1999-, la pretendida búsqueda del origen no podrá hallarse en las inscripciones del Registro Civil<sup>767</sup> quedando el derecho a conocer los orígenes absolutamente conculcado.

Nótese también que el precepto ya referido, el artículo 44 LRC, no contempla supuestos relativos a la filiación biológica de personas concebidas con material genético no perteneciente a los progenitores y ello por cuanto el anonimato se impone en las técnicas de reproducción asistida. Tampoco la persona puede conocer si ha sido concebida por estas técnicas de reproducción asistida, lo que conculca el principio de igualdad y de no discriminación por razón de nacimiento habida cuenta de que, mientras, trata de posibilitar el acceso al conocimiento de los orígenes a las personas adoptadas, elude completamente esta cuestión en los supuestos de personas concebidas con técnicas de reproducción asistida en las que interviene un donante anónimo. Sobre este hecho se insistirá más adelante.

---

<sup>767</sup> En este sentido, en op. cit. GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Derecho a la identidad y filiación...* la autora apunta a que será necesaria la consulta de los archivos administrativos -con las dificultades que esto entraña- por parte de los interesados para tratar de conocer “las circunstancias de su abandono y su historia dentro del sistema de protección, que, aunque no son datos sobre sus padres biológicos, sí que pueden contribuir a que la persona abandonada pueda hacerse una idea más exacta de su propia historia y pueda construir su propia identidad”, p. 143. Alude la autora a la enorme dificultad a la hora de acceder a esta información solicitada a los organismos públicos, que, amparándose en el secreto, la confidencialidad y la intimidad eluden cualquier posibilidad de acceso, obviando que “se trata de datos que forman parte, también y sobre todo, de la intimidad de los propios hijos, y que su objeto principal es, o debería ser, proteger de las intromisiones de terceras personas y no de quienes están tan íntimamente relacionados con los mismos”, p.179, lo que es contrario al derecho a conocer los propios orígenes que tiene respaldo a nivel internacional y también en nuestro texto constitucional. Y, además, la autora apunta a que todavía más dificultades reviste este acceso por la confluencia de normativas autonómicas distintas, y más problemática aun entraña el acceso a la información que obra tan sólo en instituciones eclesíásticas. Afirma la autora que “esta situación resulta incoherente con la opción por la veracidad en la constancia de los datos realizada por el legislador español, que protege el derecho a la identidad de los hijos por encima del derecho a la intimidad de los padres, y ha eliminado los obstáculos más importantes al disfrute de este derecho prohibiendo el parto anónimo y asegurando la cobertura total en el registro de los recién nacidos”, p. 179.

Una vez más, el ordenamiento trata de garantizar a la persona una filiación legal pero no se preocupa tanto de la filiación biológica ni genética, en detrimento del derecho de la persona a conocer sus orígenes biológicos<sup>768</sup>.

---

<sup>768</sup> En otro orden de cosas, también en el artículo 44 LRC, se indica:

“6. El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable. Si se realizare mediante declaración del padre o madre no gestante ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor. Si se tratare de personas con discapacidad respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido o del documento notarial en el que se hayan previsto o acordado. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil.

Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.<sup>a</sup> Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.
- 2.<sup>a</sup> Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.
- 3.<sup>a</sup> Respecto de la madre o persona trans gestante, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación solo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

En el artículo 46 de esta LRC, se recoge la comunicación del nacimiento por parte de los centros sanitarios. Así,

“La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios comunicará en el plazo de setenta y dos horas a la Oficina del Registro Civil que corresponda cada uno de los nacimientos que hayan tenido lugar en el centro sanitario, excepto aquellos casos que exijan personarse ante el Encargado del Registro Civil. El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas que resulten necesarias para ello conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas. En todo caso se tomarán las dos huellas plantares del recién nacido junto a las huellas dactilares de la madre para que figuren en el mismo documento. En la inscripción que del nacimiento se practique en el Registro Civil se hará constar la realización de dichas pruebas y el centro sanitario que inicialmente conserve la información relacionada con las mismas, sin perjuicio del traslado de esta información a los archivos definitivos de la administración correspondiente cuando proceda. Cumplidos los requisitos, la comunicación se realizará mediante la remisión electrónica del formulario oficial de declaración debidamente cumplimentado por el centro sanitario y firmado por la persona o personas que tengan la obligación de comunicar el nacimiento, que comprenderá la identificación y nacionalidad de los declarantes, y sus declaraciones relativas al nombre elegido para el recién nacido, el orden de sus apellidos y su filiación paterna. A este formulario se incorporará el parte acreditativo del nacimiento firmado por el facultativo que hubiese asistido

Y, en este punto, es necesario cohonestar esta norma del Registro Civil con el Decreto de 14 de noviembre de 1958, todavía vigente, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC)<sup>769</sup>. De esta normativa, que todavía permanece en vigor, se infiere que la adopción da lugar a la cancelación registral del Libro de Familia<sup>770</sup> y los asientos registrales relativos a la filiación inicialmente inscrita, siguiendo con la tradición jurídica adoptada por nuestro ordenamiento de ruptura y extinción del vínculo con la que generalmente es la familia biológica. De la norma se infiere, que algunos preceptos que no se han visto modificados, promueven, como era propio de décadas anteriores, el “borrado” de la información biológica en favor de la filiación legal mermando el derecho al conocimiento de los propios orígenes. Así, entre otros, en el artículo 37 se establece:

“El Libro de Familia se entregará a sus titulares, o a personas autorizadas por éstos, inmediatamente después de la inscripción del matrimonio en el Registro

---

al parto. Dicha remisión será realizada por personal del centro sanitario, que usará para ello mecanismos seguros de identificación y firma electrónicos.

Simultáneamente a la presentación de los citados formularios oficiales, se remitirán al Instituto Nacional de Estadística los datos requeridos a efectos de las competencias asignadas por la Ley a dicho Instituto.

Los firmantes estarán obligados a acreditar su identidad ante el personal sanitario que hubiere asistido al nacimiento, bajo la responsabilidad del mismo, por los medios admitidos en Derecho.” Respecto a la discriminación aun existente respecto al orden de los apellidos y a elementos de la propia configuración de la filiación, vid. interesante artículo ya citado de ALGORA WESOLOWSKI, M.R. (2022) “¿Pequeñas discriminaciones sin importancia?...”.

<sup>769</sup> Vid. Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC). BOE-A-1958-18486. Este Reglamento que todavía está en vigor choca frontalmente con algunos preceptos de la LRC, además de, lo que aún es más grave, con algunos de los principios que la inspiran, lo que genera inseguridad jurídica.

Por ello, incluso el Defensor del Pueblo emitió en fecha 21/01/2022 una Recomendación, en la que, aunque no está relacionada con la adopción, solicita la actualización del texto del Reglamento del Registro Civil de 1958 en vigor, para que responda a los principios constitucionales y a la nueva regulación establecida por la ley del Registro civil 20/2011 como respuesta a un Informe presentado por un Encargado del Registro Civil. Puede consultarse en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/actualizacion-del-reglamento-del-registro-civil/> (última consulta 22/06/2022).

<sup>770</sup> En cuanto al Libro de Familia, en virtud de la referida LRC, BOE-A-2011-12628, a partir del 30/04/2021, se ha prescindido de su utilización. En su Preámbulo, punto VII, se señala que su utilización “pierde sentido dentro del modelo moderno que se ha configurado en la presente Ley— se ha previsto que en cada registro individual conste una hoja o extracto en la que figuren los datos personales de la vida del individuo. Consecuentemente con este diseño de la hoja individual, y en la búsqueda de una mayor simplicidad y eficiencia del sistema, la Ley distingue entre las inscripciones, las anotaciones registrales y, por último, el asiento de cancelación.

ordinario o, salvo que ya lo tuvieran, cuando se inscriba una filiación no matrimonial o una adopción.

Cuando la entrega del Libro tenga lugar por consecuencia de la inscripción de una adopción, habrá de cancelarse el asiento de nacimiento que figure en el anterior Libro de Familia expedido, en su caso, al progenitor a progenitores por naturaleza. Si en este Libro anterior consta únicamente ese asiento de nacimiento, dicho Libro será anulado.”

Del examen de sus disposiciones se desprende que existen discordancias en la normativa, pues estos, aún vigentes, no se adaptan a las modificaciones introducidas por la LRC en vigor. Siguiendo con su clausulado, es necesario ya en este punto referir el mencionado artículo 77, en el que se indica:

“ (...) En caso de adopción, si los solicitantes del traslado así lo piden, en la nueva inscripción de nacimiento constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y, en su caso, la oportuna referencia al matrimonio de estos. (...)”

Si cohonestamos el contenido del anterior precepto con el del artículo 44.6 de la LRC, relativo a la publicidad restringida, se dificulta enormemente el conocimiento por parte de la persona adoptada del hecho de la adopción, y por ende, la posibilidad de conocer sus orígenes, toda vez que la persona adoptada puede no detectar el hecho de la adopción ni en el Libro de Familia que pudiere tener ni tampoco fácilmente en el certificado literal de nacimiento que eventualmente pudiera solicitar, a no ser que solicitara el certificado de la inscripción originaria<sup>771</sup>. Todo ello conduce a restringir el conocimiento del “origen de su filiación, de un lado, porque los adoptantes pueden haber mantenido oculto este hecho, y del otro, porque la ley protege del conocimiento público el origen adoptivo de su filiación”<sup>772</sup>.

---

<sup>771</sup> En este sentido, GARRIGA GORINA, M. (2014) “Dret a la informació sobre el propi origen”, en EGEA i FERNÁNDEZ, J./ FERRER I RIBA, J. (Dir.) *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, p. 780-781, lo afirma categóricamente, cuando aún la inscripción se realizaba por medio de anotación marginal.

<sup>772</sup> ARTIGOT I GOLOBARDES, M. (2014) en EGEA I FERNÁNDEZ, J. y FERRER I RIBA, J. (Dir.) / FARNÓS I AMORÓS, E. (Coord.) et al. *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya, Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*. Atelier. La autora indica que “la legislació del Registro Civil facilita a los adoptantes la ocultación de la adopción en aras de evitar una publicidad indeseada” (por ellos, claro), “pero esta protección puede acabar por impedir al hijo saber que fue adoptado”, p.780.

Ahora bien, a pesar de ello, aunque la adopción, de forma discutible, se incluya en un supuesto de publicidad restringida, se prevé que el adoptado, alcanzada la mayoría de edad, pueda solicitar información acerca de si su filiación es adoptiva. En este sentido, el artículo 21 del RRC establece que “no se dará publicidad sin autorización especial de la filiación adoptiva o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter y del cambio del apellido Expósito u otros análogos o inconvenientes. (...)”, indicando su artículo 22 que: “No obstante, no requieren autorización especial para obtener certificación (...) el adoptante o el adoptado mayor de edad”

Algunos autores han afirmado que la posibilidad contenida en el artículo 21 del RRC por parte de la persona adoptada de acceder a la certificación de la filiación adoptiva que conste en documentos archivados implica un reconocimiento tácito de su derecho al conocimiento de sus orígenes<sup>773</sup>. Ahora bien, tal y como ellos también apuntan, es absolutamente erróneo que este acceso esté condicionado a la mayoría de edad de la persona adoptada<sup>774</sup>. Además de erróneo, debe señalarse que es contrario a otras disposiciones y que conculca el principio del interés superior de la persona menor. La limitación de alcanzar una determinada edad sin una valoración de la situación concreta blinda a la persona que quizá cuenta ya con suficiente madurez de “algo que le es propio y fundamental, su pasado, su procedencia y su historia”<sup>775</sup> y que debe

---

<sup>773</sup> En este sentido, vid. op. cit. GARCÍA VILLALUENGA, L. et. al. (2006), *El derecho del adoptado...* pp. 96-98.

<sup>774</sup> Op. cit. DELPLACE, M. (2006) “Participation on adoption...” al afirmar la autora que: “(...) having information on one’s own background is necessary to gain a sense of identity. Childhood and adolescence are very important stages in the forming of character and a personality. These are the moments where the basis for an emotionally balanced and secure adulthood is laid. Research conducted in Scotland on the psychological effects of “genealogical bewilderment”, that is ignorance of one’s own background, has shown that the earlier knowledge on one’s origins comes, the less chance there is for a feeling of “rejection” by the child. (...) It has even been stated that the state of confusion and uncertainty following the denial of knowledge on one’s origins fundamentally undermines a child’s sense of security, thus affecting his or her mental health.”, p. 179.

<sup>775</sup> Op. cit. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. / GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2017) *Esta es tu historia....* Las autoras postulan que la privación al hijo/a del conocimiento de su adopción y de la información que la rodea por parte de los progenitores “sería robarle algo que es suyo, aprovechándose de la situación de privilegio y fuerza que otorga la autoridad parental. Será tarea de los padres custodiar esa información y asegurarse de devolvérsela al niño de acuerdo con sus capacidades y evolución, pero esa custodia nunca puede suponer apropiarse de la información y, aun menos, utilizarla en beneficio propio o como herramienta de poder en la relación”, así como que “aceptar los orígenes del niño y asumir su derecho a conocerlos es entenderlo, a él y su bienestar como un fin en sí mismo, frente a pretenderlo como medio para satisfacer los propios planes de vida adultos”, p. 18.

prevalecer a los intereses de los progenitores biológicos y de los adoptivos, pues aunque los intereses de aquéllos son protegidos por el derecho a la intimidad, el interés superior de los hijos e hijas debe prevalecer sobre este, toda vez que los hijos e hijas “dependen de esa historia para construirse, para desarrollarse y para poder crecer armónicamente”<sup>776</sup>, no pudiéndose “mutilar”<sup>777</sup> su historia de vida.

Podríamos preguntarnos cuál es el fundamento de la restricción de la publicidad de la filiación adoptiva. Parece que la razón estriba en que tradicionalmente en nuestra sociedad se ha considerado como un elemento peyorativo o un agravio el que la persona fuera adoptada, por no haber podido ser cuidada en la familia de origen e históricamente para los adoptantes por no poder concebir o por no tener con el adoptado vínculo consanguíneo; además de haber configurado la figura desde el adultocentrismo<sup>778</sup>.

Esta tendencia a borrar o a invisibilizar la circunstancia de la adopción es un elemento omnipresente en la normativa registral, y ello se ha venido explicando en base a la protección de la intimidad personal y familiar. Nótese, que el propio artículo 21.1 del RRC hace mención tanto a la filiación adoptiva como a la desconocida, tratándose de evitar que esta circunstancia pueda ser advertida. Lejos de esta normativa y del sistema instaurado queda todavía la posibilidad de tratar la adopción comprendiéndola desde la perspectiva de la participación de todas las personas que la posibilitan encaminada al beneficio de la persona adoptada. Desde esta perspectiva podría hablarse del “triángulo”, o de la “tríada” que se establece entre la persona adoptada, la madre o/y padre biológico/s, y la madre/ padre/ madres/ padres/ adoptantes<sup>779</sup> y que sería deseable que sustituyera al paradigma de la ocultación o de la clandestinidad de la adopción.

---

<sup>776</sup> Ibidem, p.19.

<sup>777</sup> En palabras de las mismas autoras, ibidem, p. 19.

<sup>778</sup> CASTILLO AGUIRRE, D. “¿Quién soy? Reflexiones sobre el derecho humano a la identidad de los niños y niñas adoptados” en HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, E. / LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRA, M.T. / PÉREZ ADROHER, A. (2021) *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, Dykinson, p.1351.

<sup>779</sup> Acogiendo la denominación de SOROSKY, A.D./ BARAN, A./ PANNOR, R (1984) *Adoption Triangle: Sealed or Opened Records: How They Affect Adoptees, Birth Parents, and Adoptive Parents*, Discover Books, op. cit.; también secundada, entre múltiples autores, por MARRE, D. (2009) “Los silencios de la adopción en España”. *Revista de Antropología Social*, Vol. 18, op. cit.

Este borrado de la historia personal aun es más acuciante en el plano de la adopción internacional<sup>780</sup> al poder ser los datos del origen de la persona inexistentes o prácticamente irrastreables<sup>781</sup>. Por este motivo, en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional<sup>782</sup>, tras las modificaciones operadas por la ya mencionada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; se reconoce a las personas adoptadas en otros Estados el derecho a conocer sus orígenes, recogiénose en la Exposición de Motivos de la misma, que:

“se impone a los adoptantes una serie de obligaciones postadoptivas y se reconoce el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes biológicos. Consciente el legislador de la trascendencia de esta cuestión desde la perspectiva del libre desarrollo de la personalidad de las personas adoptadas, se ha conjugado

---

<sup>780</sup> Para un estudio de derecho comparado desde la perspectiva del derecho internacional privado, puede consultarse, entre otras, MARCHAL ESCALONA, N. (2019) *La adopción internacional y otras formas de protección del menor*, Aranzadi.

<sup>781</sup> Dependiendo del estado de origen de la persona menor, de si es más o menos proclive a reconocer este derecho, la persona adoptada tendrá más o menos probabilidades de éxito en la búsqueda de sus orígenes. En este sentido, vid. op. cit. LEDESMA DEL BUSTO, J. / LOUSE, H. et al. (2019) *Manual de recomendaciones para la búsqueda de orígenes...* Los autores advierten de la mayor complejidad de la búsqueda de orígenes en el extranjero y detectan algunos elementos de riesgo, como los logísticos -idioma, distancia...- tabúes culturales -desconocimiento sobre las circunstancias que provocaron el abandono...-, inexistencia de procedimientos regulados para facilitar la búsqueda en el país de origen, o bien, intermediarios inexpertos, p. 37. También, op. cit. JEANNIN, C. / ROULEZ, J. (2019) *Acceso a los orígenes: Panorama de los aspectos jurídicos y prácticos*. Ginebra, Suiza: Servicio Social Internacional (SSI), pp. 15-20; 22-26.

En cuanto a las actuaciones de intermediación el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social publicó una Guía. Vid. ARAGÓN SÁNCHEZ, G. / BAGLIETTO, C. / JEANNIN, C. et al. (2019), *Guía para la valoración de las actividades de los organismos acreditados en los países de origen*, Servicio Social Internacional (SSI), Dirección General de Servicios para las Familias y la Infancia. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social de España. Consultable en: [https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Adopcioninternacional/PublicacionesAI/Guia\\_Valoracion\\_OAA.pdf](https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Adopcioninternacional/PublicacionesAI/Guia_Valoracion_OAA.pdf) (última consulta 10/10/2022)

<sup>782</sup> Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, BOE-A-2007-22438.

Cabe añadir que la Convención sobre los Derechos del Niño se pronunció en su Observación final de 3/11/2010 acerca de la misma, afirmando en general veía satisfactoria la ley, pero añadía: “El Comité recomienda al Estado parte que prosiga sus esfuerzos por garantizar el respeto de los derechos del niño en las distintas fases del proceso de adopción internacional, tanto en el Estado parte como en el país de origen del niño. Un primer paso en ese sentido sería evitar que se adopten niños de países que no hayan ratificado el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 1993 (...)” Vid. en este sentido Observación Final CRC/C/ESP/CO/3-4, apartado 45.

Consultable en: <https://digitallibrary.un.org/record/694168?ln=es> (última consulta 18/02/2021)

el ejercicio de este derecho con las necesarias cautelas para proteger la intimidad de las personas afectadas. De esta forma se establecen dos limitaciones fundamentales: por una parte, la legitimación restringida a la persona del adoptado una vez alcanzada la mayoría de edad o bien con anterioridad si está representada por sus padres y, por otra parte, el asesoramiento e intervención necesaria de las Entidades Públicas competentes para facilitar el acceso a los datos requeridos”.

Debe reiterarse que esta fue la primera norma en el ordenamiento civil español que reconoció expresamente al derecho a conocer los orígenes de las personas adoptadas, así como la obligatoriedad de la Administración de custodiar y facilitar los datos de que disponga.

Es destacable el contenido del artículo 5, relativo a la intervención de las Entidades Públicas. En este se reconoce que “en materia de adopción internacional corresponde a las Entidades Públicas:

“i) Establecer recursos cualificados de apoyo postadoptivo y de mediación para la búsqueda de orígenes, para la adecuada atención de adoptados y adoptantes, que podrán encomendarse a organismos acreditados o a entidades autorizadas”

Asimismo, es necesario recordar el contenido del artículo 12 de esta Ley, en el que se recoge explícitamente el derecho de las personas adoptadas en el seno de una adopción internacional a acceder a los datos que sobre sus orígenes puedan constar en las Entidades Públicas, preceptuándose que:

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

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

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



De nuevo, resulta cuanto menos discutible el límite del alcance de la mayoría de edad<sup>783</sup> o la necesidad de contar con el apoyo de los progenitores, hecho que quizá no en todos los casos pueda concurrir, pues puede ser vivido como un desafío por parte la familia adoptiva.

Asimismo, cabe destacar que el legislador catalán, también se ha planteado la cuestión que nos ocupa en el seno de las adopciones internacionales y, concretamente, en relación a la tramitación de la adopción por la entidad pública. Establece el artículo 235-45.2 b) del CCCat que una de las funciones de las entidades públicas en materia de adopción “para garantizar el pleno respeto a los derechos de los menores, en el caso de adopciones internacionales” es la de “reunir y conservar la información relativa a los adoptados y a sus orígenes y garantizar su acceso si la ley lo permite.”

Siguiendo con la adopción internacional, pero volviendo al plano registral, es necesario volver a invocar el contenido del artículo 16.3 del ya aludido Reglamento del Registro Civil (RRC), que, anclado en la tendencia proclive al borrado de datos, preceptúa que:

“3. En los casos de adopción internacional, el adoptante o los adoptantes de común acuerdo, pueden solicitar directamente en el Registro Civil de su domicilio que se extienda la inscripción principal de nacimiento y la *marginal* de adopción, así como la extensión en el folio que entonces corresponda, de una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos, la oportuna referencia al matrimonio de éstos y la constancia de su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado.”

---

<sup>783</sup> Esta exigencia de alcanzar una edad como criterio objetivo suele ser común también en el derecho comparado, aunque la edad diste en función del ordenamiento. Así, en Alemania la edad fijada es de 16 años, o 14 años en Quebec, mientras que otros Estados exigen la asunción de una edad aún mayor, como es el caso de Italia, que exige 25 años. Otros Estados no acuden a este criterio objetivo e imponen, acertadamente, una valoración caso por caso en función de la edad y madurez de las personas que pretenden acceder a esta información. En este sentido, vid. op. cit. JEANNIN, C. / ROULEZ, J. (2019) *Acceso a los orígenes: Panorama de los aspectos jurídicos y prácticos*. Ginebra, Suiza: Servicio Social Internacional, pp.16-20.

El Servicio Social internacional (SSI) se define a sí mismo como “una organización no gubernamental profesional fundada en Ginebra en 1924 que cuenta con una red que funciona en 100 países. A través de entidades nacionales, dicha red asiste a niños, niñas y familias con problemas transfronterizos. El SSI tiene un papel activo en la promoción y redacción de textos internacionales sobre los derechos del niño en modalidades de cuidado alternativas, adopción y gestación subrogada.” Fuente: SSI (2018) *Adopción internacional y búsqueda de los orígenes. Guía para adoptados*; op. cit.

Por último, cabe también referir a que esta propensión al borrado de datos, se ha venido coligiendo, también, de las Instrucciones y Resoluciones que ha ido adoptando respecto a la inscripción de la filiación adoptiva la anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). Así, mediante la ya derogada Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción<sup>784</sup> se establecieron medidas para que no figuraran datos de los que pudiera deducirse que la persona fue adoptada, entendiendo que la superposición de filiaciones que podía inferirse de la certificación registral en la que constaba la filiación anterior que ya carecía de relevancia jurídica era lesiva para la intimidad de la persona adoptada. Posteriormente, la ya derogada también, Instrucción de 1 de julio de 2004 vino a modificar la anterior Instrucción, limitando la publicidad sobre el lugar de nacimiento, pudiéndose modificar en la inscripción por el del domicilio del o los adoptantes, en aras de evitar la publicidad de cualquier dato que pudiera revelar la circunstancia de la adopción ante el aumento de las adopciones internacionales<sup>785</sup>. Estas Instrucciones iban encaminadas a lo referido, a evitar la publicidad de cualquier dato que pudiera indicar que la persona era adoptada, y ello en base a la supuesta protección de la intimidad -de los adoptantes, claro-. Cabe apuntar aquí que opera con mayor relevancia la necesidad de proteger, o más bien, de ocultar, la existencia de la adopción por parte de los adoptantes, de forma prevalente a la legítima y necesaria protección del derecho a conocer los orígenes por parte de la persona adoptada. Lo que se deduce de estas Instrucciones es que en la idea de la adopción subyace un sentimiento negativo y una necesidad de secreto hacia la figura, como si de algo ofensivo para la persona se tratara y una injustificada prevalencia por los planes de procreación de adultos que amparados en la autonomía de la voluntad afectan a derechos fundamentales y personalísimos del hijo/a, sobre los que no deberían poder disponer.

---

<sup>784</sup> BOE n.º 52 de 02/03/1999. BOE-A-1999-4967. Por medio de esta Instrucción, cabe señalar la siguiente directriz:

“Una vez extendidas en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, si el matrimonio adoptante lo solicita durante la minoría de edad del adoptado, podrá extenderse en el folio que entonces corresponda, una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos”. Es necesario recordar el contexto en el que fue publicada esta Instrucción, en el que, en virtud del artículo 46 de la ya derogada LRC 1957, la adopción debía inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento de la persona adoptada.

<sup>785</sup> BOE n.º 161 de 05/07/2004. BOE-A-2004-12542. En virtud de esta Instrucción, se añadió a la anterior Instrucción (15/02/1999) el siguiente párrafo: “En los casos de adopción internacional, el adoptante o los adoptantes de común acuerdo, pueden solicitar que en la nueva inscripción, conste su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado.”

Las referidas Instrucciones fueron derogadas por la Resolución-circular de 31 de octubre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en materia de adopciones internacionales<sup>786</sup> al entender que ya el legislador había abordado y regulado la cuestión acogiendo sus criterios con las modificaciones legislativas introducidas en la LRC<sup>787</sup>.

Ahora bien, todo lo anterior no impide que los datos biológicos sean mantenidos y no cancelados, aunque se hallen sujetos el sistema de publicidad restringida, conforme al artículo 22 del ya citado Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008<sup>788</sup>, y, en consonancia con el anterior, la redacción actual del artículo 180.5 del CC, previendo ambos que la información relativa a la adopción debe hallarse registrada, cuanto menos, por un plazo de cincuenta años<sup>789</sup>.

Se colige de todo lo anterior que, en la adopción, el ordenamiento y la práctica registral facilitan el borrado de información biológica. Aunque deben conservarse preceptivamente los datos relativos a los progenitores biológicos, estos datos aún son invisibilizados en la práctica registral, en la que además de estipularse la publicidad restringida, se da lugar a una nueva certificación con los datos de los adoptantes, e incluso puede cambiarse el lugar de nacimiento de la persona adoptada en el marco de la adopción internacional. Todo ello, a mi juicio, de forma injustificada y en perjuicio de la persona adoptada, haciendo prevalecer indebidamente los intereses de los

---

<sup>786</sup> BOE-A-2005-21250.

<sup>787</sup> La Resolución-circular se refiere al artículo 20.1 de la LRC. En palabras del texto, “La reforma ha consistido en añadir un nuevo párrafo al número 1.º del artículo 20, relativo al traslado de las inscripciones principales de nacimiento al Registro del domicilio del nacido o sus representantes legales, adición del siguiente tenor literal: “En caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. A las inscripciones así practicadas les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16»”. En este artículo 16 LRC se prevé que, “el domicilio de los padres será considerado como lugar de nacimiento del adoptado a todos los efectos legales, evitando que este dato quede en situación de indeterminación jurídica”.

<sup>788</sup> BOE-A-2011-12066.

<sup>789</sup> No obstante, en op. cit. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A./ GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Esta es tu historia...* las autoras esgrimen que, en la práctica de la adopción internacional, en numerosas ocasiones la información relativa a los progenitores de origen no se hace constar, y se indican directamente los datos de los progenitores adoptantes. Refieren las autoras que, “esta práctica tiene lugar en algunos casos porque en el país de origen, una vez que se ha constituido la adopción desaparece la constancia registral del origen biológico del adoptado”, p. 51.

adoptantes, y, de forma inexplicable, sustentado en el pretendido interés superior de la persona adoptada. Esto no obedece a su interés sino a la pervivencia de la connotación negativa de la adopción en nuestra realidad social y contribuye a la perpetuación de esta idea. Este borrado aún es más acusado en los supuestos de adopción internacional.

### **3.2.2. Orígenes y adopción: los pronunciamientos del TEDH**

Es necesario en este punto detenernos en algunos de los pronunciamientos emanados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En primer lugar, debe aludirse a una resolución que, aunque no se circunscribe concretamente a un caso de adopción, resulta relevante al tratarse el acceso a los datos de origen de una persona tutelada por el Estado y poder extrapolar algunas de sus consideraciones a la materia objeto de análisis.

Se trata de la Sentencia del TEDH *Gaskin* contra Reino Unido<sup>790</sup>; en este caso, el Sr. *Gaskin*, tras la defunción de su madre había sido desde sus primeros años de vida acogido en instituciones de guarda y desconocía por completo la información sobre su origen. Una vez extinguida la tutela, al haber alcanzado la mayoría de edad, el solicitante afirmaba que había sufrido maltratos por los guardadores y decidió solicitar información a fin de “averiguar dónde, con quién y en qué condiciones ha vivido para poder superar sus miedos y conocer su pasado”, así como “aclarar las condiciones de su salud” con la pretensión de reclamar contra la autoridad administrativa por negligencia.

El Sr. *Gaskin* pudo acceder a partes fragmentadas de su expediente atendido el carácter secreto y reservado de numerosos informes que lo integraban. Las instituciones inglesas consideraron que los datos a los que pretendía tener acceso el demandante eran de naturaleza especialmente reservada y que su posible revelación comprometía el “interés público en que se desempeñara debidamente la guarda de los niños”. Aun así, el Estado inició un trámite para consultar a las personas que figuraban en el expediente administrativo como declarantes bajo secreto sobre la posibilidad de revelar sus manifestaciones. La mayoría de declarantes no respondieron o lo hicieron negándose a la revelación de la información, pero Reino Unido no sometió esta decisión u omisión a la valoración de un órgano independiente. Por esta razón, el TEDH declaró que el artículo 8 del Convenio sí fue vulnerado, arguyendo que:

---

<sup>790</sup> Sentencia TEDH (Gran Sala), Asunto *Gaskin* contra Reino Unido de 7 de julio de 1989. ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001045483

“Para el Tribunal, 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 y sus años de formación. Sin embargo, hay que tener también en cuenta que el carácter reservado de los expedientes administrativos es muy importante si se quiere disponer de informaciones objetivas y merecedoras de crédito; y que, además, puede ser necesario para proteger a terceras personas. Desde este punto de vista, un sistema como el británico que subordina el acceso a los expedientes al consentimiento de los informantes puede considerarse en principio compatible con el artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con el informante o éste niega abusivamente su conformidad, el sistema debe proteger los intereses de cualquiera que pretenda consultar los datos sobre su vida privada y familiar; y sólo estará de acuerdo con el principio de proporcionalidad si dispone de un órgano independiente que, en el supuesto de que un informante no conteste o no dé su consentimiento, pueda tomar la resolución” (apartado 49)

En esta misma resolución, se recoge la opinión previa de la por aquél entonces existente Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>791</sup>, que afirmó que “el respeto a la vida privada exige que todos puedan demostrar los detalles de su identidad como seres humanos y que, en principio, las autoridades no les impidan conseguir estas informaciones fundamentales sin un motivo justificado” (apartado 39). Según la Comisión “el expediente sustituía a los recuerdos y a la experiencia de los padres de un niño que no dependiera de la asistencia pública”, entendiéndolo el TEDH, que el expediente “contenía indudablemente informaciones sobre aspectos muy personales de la infancia, del desarrollo y de los antecedentes del demandante, y así podía ser su principal fuente de información sobre su pasado y sus años de formación. (...)” (apartado 36).

Más allá de las consideraciones anteriores, otros supuestos trascendentales estrechamente ligados al derecho a conocer los propios orígenes se producen ante los supuestos de desconocimiento de la madre y adopción posterior de la persona. En este sentido, resultan especialmente relevantes los pronunciamientos del TEDH en relación al desconocimiento de la madre en el momento del parto y a la posibilidad o no de acceder a algún dato de su origen por parte del hijo o hija. En este punto, es necesario

---

<sup>791</sup> Sustituida en virtud del Protocolo 11 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio. Vid. Instrumento de ratificación, BOE nº152, de 26/06/1998. BOE-A-1998-15127

traer a colación el contenido de la Sentencia del caso *Odièvre contra Francia*, así como el caso *Godelli* contra Italia.

En la Sentencia *Odièvre* contra Francia<sup>792</sup> el Tribunal se pronunció ante la reclamación de la Sra. Odièvre, que consideraba que se había visto vulnerado el artículo 8 del Convenio ante el continuo rechazo en su Estado de cualquier intento por conocer la identidad de sus padres biológicos y la de sus hermanos. La demandante fue abandonada por su madre biológica en el momento del parto. Con tal propósito la madre biológica solicitó el “secreto de nacimiento” conforme a las previsiones del Estado francés. A los cuatro años la Sra. Odièvre fue adoptada y más adelante tuvo conocimiento de que tenía hermanos. El TEDH examinó si “la imposibilidad de acceder a sus orígenes y a los datos identificativos de éstos en los que la demandante basa, en nombre de la verdad biológica, su reivindicación de conocer su historia personal” (apartado 28) conculcó su derecho a la vida privada.

En esta resolución resultan sumamente interesantes las consideraciones previas que recogió el Tribunal en cuanto a la aceptación por parte de los Estados del parto anónimo y que le condujeron a sostener que no hubo violación por parte del Estado francés. El Tribunal, de nuevo, recordaba en la resolución que a la abstención que se exige a los Estados de cualquier injerencia arbitraria contra la vida privada deben añadirse obligaciones positivas encaminadas a garantizar su respeto y a que en este caso era necesario hallar un equilibrio justo entre intereses contrapuestos, contando el Estado con cierto “margen de apreciación” (apartado 40). El TEDH recogía que:

“(…) las personas tienen un interés primordial protegido por el Convenio en recibir informaciones que necesitan conocer, para comprender su infancia y sus años de formación” (apartado 42)

En cuanto a los intereses contrapuestos a valorar, añadía el Tribunal, que:

“La expresión «toda persona» del artículo 8 del Convenio se aplica tanto al niño como a la madre. Por un lado, está el *derecho al conocimiento de sus orígenes*, que encuentra su fundamento en la interpretación amplia del campo de aplicación de la noción de *vida privada*. El interés vital del niño en su desarrollo es también ampliamente reconocido en el esquema general del Convenio (...) Por otro lado, no se puede negar el *interés de una mujer en conservar el anonimato para proteger su salud dando a luz en condiciones médicas adecuadas*. (...). El Tribunal se encuentra en este caso en presencia de dos intereses privados difícilmente

---

<sup>792</sup> Sentencia TEDH (Gran Sala), Asunto *Odièvre* contra Francia de 13 de febrero de 2003. ECLI:CE:ECHR:2003:0213JUD004232698, ya citada.

conciliables, que afectan, por otro lado, no a un adulto y a un niño, sino a dos adultos que gozan cada uno de la autonomía de su voluntad. Además de este conflicto de intereses, no se puede plantear la problemática del parto anónimo sin hacer lo mismo con la cuestión de la protección de terceras personas, esencialmente los padres adoptivos y el padre o el resto de la familia biológica. El Tribunal señala, a este respecto, que el levantamiento no consensuado del secreto de su nacimiento podría acarrear riesgos nada desdeñables, no solamente para su propia madre, sino también para la familia adoptiva que la crio, para su padre y sus hermanos biológicos, quienes tienen todos igualmente derecho al respeto de su vida privada y familiar.” (apartado 44)

Llaman la atención las anteriores consideraciones, puesto que parecen ciertamente discutibles y contradictorias con otros pronunciamientos del mismo Tribunal<sup>793</sup>. El Tribunal también hizo alusión a la existencia en el Estado francés de una normativa ulterior al inicio del proceso encaminada a la posibilidad de la reversibilidad del anonimato del parto, a la que entendió que la demandante podría acogerse e hizo especial hincapié a los antecedentes históricos y la realidad social del Estado francés entorno a la cuestión<sup>794</sup>.

---

<sup>793</sup> Aunque el propio Tribunal se esfuerce por alejar el supuesto de la sentencia de la del caso Gaskin analizado y de la del Asunto *Mikulic*, que será abordado más adelante -Sentencia TEDH (Sección 1ª), Asunto *Mikulic* contra Croacia de 7 de febrero de 2002.

ECLI:CE:ECHR:2002:0207JUD005317699.

En este sentido, expresamente recoge: “El Tribunal señala que las situaciones del señor *Gaskin* y de la señorita *Mikulic* eran distintas de la de la demandante. En efecto, la cuestión del acceso a sus orígenes y del conocimiento de la identidad de sus padres biológicos no es de igual naturaleza que la del acceso al expediente personal sobre un niño acogido o que la de la búsqueda de pruebas de una paternidad solicitada. El Tribunal se encuentra en este caso ante una persona dotada de una filiación adoptiva que busca a otra persona, su madre biológica, que la abandonó al nacer y que solicitó expresamente el secreto de dicho nacimiento.” (apartado 43)

<sup>794</sup> Así, en la resolución (especialmente en su apartado 15 y 19) el TEDH puso de relieve la concreta realidad histórica y jurídica de Francia entorno al anonimato de la madre, afirmando que “la norma *mater semper certa est* nunca fue aceptada por el derecho francés. Existe en Francia una tradición antigua de abandono organizado de neonatos. La práctica se remonta a la época de San Vicente Paul que introdujo el uso del torno, especie de torniquete situado en el muro de un hospicio. La madre depositaba allí al niño y tocaba después una campana. (...)”. Más adelante, “se instauró el sistema de la oficina abierta (abierta día y noche para permitir a la mujer la posibilidad de depositar en secreto un niño sin dar a conocer su identidad, indicándole las consecuencias del abandono y ofreciéndole ayuda”. Además de esta posibilidad, el Tribunal recogió que en el derecho francés los hijos e hijas menores de un año podían ser entregados por los progenitores a los servicios de asistencia social y para dichos progenitores era posible solicitar el secreto de su identidad (apartado 15).

El TEDH aludía también, como se ha referido, a que, en el sistema francés, con posterioridad, se fueron desarrollando estudios y recabando informes en orden a matizar este secreto o anonimato rotundo e irreversible tanto en los supuestos de parto anónimo como en los de abandono en secreto. El TEDH concluyó que la norma francesa “no vuelve a cuestionar el principio del parto anónimo, pero permite organizar la reversibilidad del secreto de la identidad con la condición del acuerdo expreso de la madre y del hijo” (apartado 17). Este procedimiento creado para la posible reversibilidad del anonimato fue entendido por el TEDH como una actuación por parte de Francia para “tratar así de lograr un equilibrio y una proporcionalidad suficiente entre los intereses en cuestión. (...) los Estados deben poder escoger los medios que consideren más adaptados al fin de la conciliación así buscada”, dentro de su margen de apreciación y por ello resolvió, no de forma unánime, que “Francia no ha excedido el margen de apreciación que le debe ser reconocido debido al carácter complejo y delicado de la cuestión que plantea el secreto de los orígenes en virtud del derecho de cada uno a su historia, de la elección de los padres biológicos, del vínculo familia existente y de los padres adoptivos.” (apartado 49)

Los argumentos esgrimidos en la Sentencia y la dificultad por hallar un equilibrio entre los intereses contrapuestos denotan la complejidad que reviste abordar la cuestión, máxime cuando la disparidad entre las regulaciones de cada ordenamiento es totalmente manifiesta. Las conclusiones que alcanza el TEDH relegan el derecho de la demandante a la identidad genética, y le obligan a “conformarse con dejar transcurrir su existencia sin conocer quién es su madre biológica, quienes son sus hermanos, y todo ello en aras de unos pretendidos derechos a la vida privada y familiar de los progenitores y de los hijos de éstos, hermanos de la demandante”<sup>795</sup>.

Por último, cabe también señalar los pronunciamientos del TEDH en el caso *Godelli contra Italia*<sup>796</sup>. La Sra. *Godelli* tuvo constancia a los diez años de que no era hija biológica de la familia que la cuidaba y a pesar de sus peticiones para conocer sus

---

<sup>795</sup> Op. cit. ROMERO COLOMA, A.M. (2009) *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, Bosch editor. La autora muestra su rechazo a los argumentos acogidos por el TEDH y sostiene que debió prevalecer el derecho a la identidad genética de la demandante, toda vez que este es “uno de los más esenciales de la persona humana, porque entronca, directa e inmediatamente, con las raíces primigenias de la persona. Si este derecho queda anulado, o infravalorado, mal podrá hablarse de otros derechos, porque éste es, precisamente, el que constituye el núcleo esencial del que surgimos los seres humanos racionales.”, p.19.

<sup>796</sup> Sentencia TEDH (Sección 2ª), Asunto *Godelli contra Italia* de 25 de septiembre de 2012. ECLI:CE:ECHR:2012:0925JUD003378309.



orígenes no obtuvo respuesta. La Sra. *Godelli* reclamó ante los tribunales italianos su derecho a conocer los datos de su madre, que la abandonó al nacer. En el derecho interno italiano, por aquel entonces de forma muy contundente, se imponía el secreto y el anonimato de la madre en los casos en los que esta última hubiera solicitado que no constaran sus datos identificativos, sin prácticamente posibilidad de revisión. La demandante alegaba frente al Tribunal la vulneración del artículo 8 del Convenio toda vez que no existía manera en el ordenamiento italiano, a la luz de la normativa vigente en aquel momento, de acceder a información relativa a su madre biológica, no teniendo “posibilidad de conocer su historia personal” (apartado 41) lo que para ella suponía que Italia sobrepasaba su margen de apreciación conculcando el derecho a conocer los propios orígenes, subordinándolo a la autonomía de la voluntad de la madre y al interés público de evitar abandonos de menores y garantizar partos en condiciones adecuadas.

El TEDH ante este caso recordó que el derecho al anonimato de la madre en el parto era minoritario en los Estados miembros del Consejo de Europa, pero no excepcional -así, indicaba que estaba previsto en Francia, Italia, Austria, Luxemburgo, Rusia o Eslovaquia, todos ellos con sus matices-. El TEDH volvió a recalcar que acerca de esta cuestión, en la que dos intereses como la voluntad de mantenerse en el anonimato de la madre y el derecho a conocer los propios orígenes del hijo o hija se hallan contrapuestos, no existe consenso europeo. En este sentido, el TEDH afirmaba que:

“(...) los Estados deben poder elegir los medios que consideren más adecuados para garantizar equitativamente la conciliación entre la protección de la madre y la demanda legítima del interesado a tener acceso a sus orígenes en el respeto del interés general” (apartado 67)

El Tribunal, que vuelve a situar el supuesto de imposibilidad de acceso a los datos de la ascendencia en la posible conculcación de la “vida privada” de la demandante, concluye, atendiendo al particular supuesto, que al hallarse la demandante ante una “negativa absoluta y definitiva” de poder tener acceso a dato alguno de sus orígenes personales, se le había vulnerado su derecho a la vida privada, contenido en el artículo 8 del Convenio y entendió que “la legislación italiana no trata de alcanzar un equilibrio entre los derechos y los intereses enfrentados en el caso. En ausencia de cualquier mecanismo destinado a equilibrar el derecho a la demandante a conocer sus orígenes con los derechos e intereses de la madre a mantener su anonimato, se da, inevitablemente, una preferencia ciega a esta última” (apartado 70), a diferencia del caso de Francia, en el que se prevé la “reversibilidad del secreto de la identidad de la madre” si esta última lo aprueba.

Así, afirmó que:

“(...) el artículo 8 protege un derecho a la identidad y al desarrollo personal y a establecer y desarrollar vínculos con sus semejantes y con el mundo exterior. A este desarrollo contribuyen el establecimiento de detalles de su identidad como ser humano y el interés vital, protegido por el Convenio, a obtener las informaciones necesarias para descubrir la verdad en relación a un aspecto importante de su identidad personal, por ejemplo la identidad de sus progenitores (...). El nacimiento, y especialmente sus circunstancias, pertenecen a la vida privada del niño, después del adulto, garantizado por el artículo 8 del Convenio (...)” (apartado 46)

Además, reiteró que:

“Si bien es cierto que la demandante, que en la actualidad tiene sesenta y nueve años, pudo construir su personalidad incluso en ausencia de información sobre la identidad de su madre biológica, debe admitirse que el interés que pueda tener una persona en saber sobre sus orígenes no desaparece con la edad, al contrario. La demandante también ha mostrado un genuino interés en conocer la identidad de su madre puesto que intentó obtener una certeza a este respecto. Tal comportamiento supone sufrimiento moral y psíquico, incluso si no está médicamente reconocido (...)”<sup>797</sup> (apartado 69)

Y concluyó que:

“En este caso, el Tribunal observa que, si la madre biológica ha decidido permanecer en el anonimato, la legislación italiana no ofrece al niño adoptado y no reconocido en su nacimiento, ninguna posibilidad de solicitar, sea el acceso a información no identificable sobre sus orígenes, sea la reversibilidad del secreto. En estas circunstancias, el Tribunal considera que Italia no ha buscado conseguir el equilibrio y la proporcionalidad entre los intereses de las partes confrontadas y por tanto, ha excedido el margen de apreciación del que goza.” (apartado 71)

Cabe, en última instancia, realizar una apreciación en el marco español, en cuanto a la legitimación activa para acceder a la información relativa a los orígenes. Conviene destacar que, en la jurisprudencia analizada se halla el supuesto de descendientes que pretenden conocer el origen biológico de sus progenitores, que habían sido adoptados. Salvo en supuestos excepcionales, los tribunales entienden que

---

<sup>797</sup> En el mismo sentido, vid. la ya citada Sentencia TEDH (Sección 3ª), Asunto *Jäggi* contra Suiza de 13 de julio de 2006, apartado 40. ECLI:CE:ECHR:2006:0713JUD005875700.

los descendientes de las personas adoptadas no se hallan legitimados para tener acceso a dicha información, al tener el derecho a conocer los orígenes carácter personalísimo<sup>798</sup>.

---

<sup>798</sup> En este sentido, en el ya referido Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), nº388/2021, de 9 de diciembre. ECLI:ES:APB:2021:13063. En esta resolución el tribunal debe pronunciarse sobre la legitimación de la recurrente para acceder a los datos biológicos de su madre, que había sido adoptada. La solicitud de averiguación de los datos biológicos no había sido interesada por la madre y en el momento que la recurrente la solicita esta última ya había fallecido. La recurrente funda su pretensión en el derecho a conocer sus orígenes biológicos. El juzgado desestima su pretensión alegando que la madre en vida, de haber tenido algún interés, podía haber instado a la Administración datos sobre su origen biológico, hecho que no ocurrió, y que la ahora solicitud de la hija parece obedecer una cuestión de satisfacer su curiosidad. Para la Audiencia en este supuesto “los derechos en lid son, básicamente, el de la madre a mantener oculta su identidad y el del hijo a conocer su identidad biológica, derecho a la personalidad que integra ese conocimiento, como derecho constitucional. (FJ 3).

La Audiencia desestima la pretensión de la recurrente, en base a que, el derecho a conocer los orígenes es personalísimo de la persona adoptada, habiéndose solo admitido la extensión de la legitimación en supuestos en los que era necesario por razones médicas (vid. al respecto Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) nº122/2007, de 13 de abril. ECLI:ES:APB:2007:1714, valorándose el caso en concreto y ponderándose dicho derecho con el de intimidad, o bien en supuestos en los que la acción para conocer los orígenes ya se hubiera entablado y se produce una sucesión procesal. Alude la Audiencia a que:

“En cuanto a su ejercicio, conforme a la literalidad del precepto y con fundamento en el art. 39.1 CE, el derecho a conocer los datos de filiación biológica corresponde exclusivamente al adoptado y no se puede ejercer en su nombre o representación, sino que sólo es posible la asistencia de los padres adoptivos al adoptado menor que quiera hacerlo efectivo (en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño) y es un derecho que no tienen los padres biológicos. (...) El problema que se enfrenta aquí, no es el de la existencia de un derecho a conocer los orígenes biológicos, que no está en cuestión, sino la colisión entre el derecho a la intimidad y la libertad de información cuando los orígenes se hacen públicos sin el consentimiento de los interesados.” (FJ 3)

“Según la literalidad de la norma aplicable (art. 235-49 CCCat) el ejercicio del derecho corresponde a las personas adoptadas. El derecho a la búsqueda lo es de la persona adoptada porque es una forma de dar sentido a la experiencia traumática vivida de esa separación, desde una madurez y preparación adecuadas. Se trata de una necesidad personal de investigación documental y/ o posible localización que no siempre implica establecer contacto. Es pues un proceso personal e íntimo del adoptado para tener un sentido de identidad más completo. Por esta razón es la parte adoptada quien decidirá cómo, cuándo y con quién buscar los orígenes de su propia historia personal. (...)” (FJ 3)

“Permiten fundar esta posibilidad de ampliación los arts. 16.1 y 30 del Convenio de la Haya de 1993 y el art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre (se refiere a la ya invocada Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE-A-2007-22438) sobre el derecho a preservar las relaciones familiares, el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la intimidad en el que entronca el derecho a conocer los orígenes biológicos y la historia de nuestros predecesores, una vez transcurrido un tiempo prudente que no afecte los derechos, la intimidad y las expectativas de terceros. De modo que conocido el hecho de la adopción, la intimidad pueda

### 3.3. ACCESO AL ORIGEN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD. TUTELA DEL CONOCIMIENTO

De todo lo anterior se infiere que nos hallamos en una fase de replanteamiento de la concepción de la adopción, desde la perspectiva de entenderla como una institución de protección de la persona adoptada y del deber de respetar y entender como preeminentes a los derechos de la persona adoptada. Los intereses de los adoptantes no prevalecen en este esquema y es por ello por lo que el derecho a la intimidad debe ceder de forma inexorable ante el derecho de la persona adoptada de conocer su origen. Y esto último supone la posibilidad de comprender su pasado, su existencia y, en definitiva, lo que, en esencia, redundará en la conformación de su propia identidad.

La tendencia a la ocultación de la adopción, profundamente arraigada en la sociedad española<sup>799</sup>, enarbolada, en parte, por el argumento de la protección de la seguridad jurídica<sup>800</sup> y de la intimidad, parece estar revertiendo, afortunadamente, al existir una mayor concienciación hacia el respeto al pasado de las personas adoptadas, parte de su historia que también forma parte de ellas mismas.

Como conclusión de este apartado, pueden hacerse las siguientes apreciaciones:

En primer lugar, aunque el legislador ha venido adaptando los instrumentos normativos para dar cabida al derecho a conocer los orígenes de las personas adoptadas a la luz de los instrumentos internacionales, se detectan algunos extremos que deben ser abordados:

- Es urgente la promulgación de un nuevo Reglamento del Registro Civil (RRC) toda vez que de los preceptos relativos a la adopción que contiene el RRC todavía vigente se infiere la tendencia a la ocultación de la adopción y la preeminencia del derecho a la intimidad de los adoptantes, lo que contraviene el derecho a conocer los propios orígenes y, en definitiva, secunda y hace que perdure el

---

alcanzar a conocer y conservar estas fuentes, en determinados supuestos. Argumentos referidos al derecho a la salud, en su caso o a la dignidad (art. 10 CE) pueden reforzarlo, en su caso.” (FJ 3)

En el mismo sentido, también se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) nº390/2021, de 10 de diciembre, (FJ 3). ECLI:ES:APB:2021:12404.

<sup>799</sup> Vid. al respecto Capítulo III § 1.4.

<sup>800</sup> ALES URÍA ACEVEDO, M. M. (2012) *El Derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch.

silencio en la adopción, y en este subyace la idea de la adopción como figura peyorativa. La adopción debe enfocarse desde el prisma de la protección de la persona adoptada no así desde los intereses de los adoptantes.

- Debería replantearse la necesidad de que la publicidad de la adopción siga teniendo el carácter de restringida. Esta restricción sigue equiparando la adopción a una deshonra y es contraria al cambio de modelo que se pretende. Debe cohonestarse la forma de publicidad de la inscripción con la necesidad de promover que la persona adoptada pueda tener constancia de que fue adoptada y evitar servir a la ocultación. El mantenimiento de la publicidad restringida de la adopción parece responder a la finalidad de preservar la intimidad de los progenitores y posibilita el mantenimiento del secreto dejando demasiado margen a la autonomía de la voluntad de los adoptantes en la cuestión de los orígenes, en perjuicio de los derechos de la persona menor adoptada.
- El acceso al conocimiento al propio origen no debe estar limitado por razón de la edad, ya que ello impide la realización del derecho por parte de personas que puedan estar preparadas para iniciar la búsqueda y acceder a esa información. El impedimento a este acceso basándonos en un criterio puramente objetivo puede perjudicar al desarrollo de la personalidad de la persona menor adoptada. En aras de establecer cautelas y proteger a la persona adoptada de los riesgos de la búsqueda y para abordar el descubrimiento de la forma más adecuada posible a nivel psicológico, cada situación debería ser valorada en concreto, y, además, debería contar con el apoyo de profesionales especializados en la cuestión.
- A las personas adoptadas menores que se hallen en condiciones de iniciar la búsqueda, una vez se les facilite el apoyo profesional necesario, no puede exigírseles el contar con la representación de sus progenitores para instar el proceso de solicitud de información. Deben poder acceder por ellos mismos y no hacer depender este acceso de la voluntad de las personas adoptantes, que pueden no comprender sus razones, y ello podría situar al menor en el eje del conflicto.
- El ordenamiento civil español debería imponer a las personas adoptantes la obligatoriedad de comunicar el hecho de la adopción a su hijo o hija. Las personas adoptadas deben poder ser resarcidas en caso de ocultación de la circunstancia de que es adoptada o en caso de que los adoptantes obstaculicen este proceso de conocimiento de su historia vital.

En otro orden de cosas, aunque se trate de imponer este cambio de modelo, el recurso a la adopción aún se revela como algo susceptible de ocultación y algo con connotaciones negativas. Esta forma de entender la adopción en nuestra sociedad choca con el nuevo modelo, no habiéndose producido todavía un cambio suficientemente sustancial, por lo que todavía los protagonistas de la adopción siguen siendo los adoptantes e incluso también las agencias que hayan podido intervenir en el proceso - estas últimas con un mayor protagonismo en las adopciones internacionales-.

Y esta necesidad de acceder y conocer, si es voluntad de la persona, sus orígenes, esto es, a las circunstancias que conciernen a su pasado y que le permiten integrar, comprender e interpretar<sup>801</sup> su historia vital y le permiten construirse su identidad, no es exclusiva de las personas adoptadas, no son “patrimonio del adoptado”<sup>802</sup>, puesto que las personas necesitan contar con este conocimiento para construir su identidad<sup>803</sup>. Existen otras realidades, además de la adopción, en las que la ocultación es todavía más acusada y que posibilitan que la persona viva toda su vida privada del conocimiento de una parte de esta historia, con los perjuicios que todo ello irroga en el desarrollo de su personalidad y en la proyección al mundo como persona única y distinta, existiendo un vacío en su pasado, en la explicación de su historia, que no debería existir y que sucede y se explica, en gran parte, por la facilitación del desconocimiento y la imposición del

---

<sup>801</sup> Op. cit. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. / GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Esta es tu historia...* p.21. Las autoras en esta interesante obra proponen tres ejes fundamentales de actuación para la construcción de la identidad en las personas adoptadas: la construcción de una “identidad integrada”, la construcción de una “identidad positiva”, así como “el desarrollo de un sentimiento de pertenencia con la familia adoptiva y el entorno social”, pp. 19-34.

<sup>802</sup> Ibidem, op. cit. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. / GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007). Las autoras afirman que se afecta a la construcción de la identidad de las “personas que han sido concebidas por medio de técnicas de reproducción asistida, especialmente cuando hay intervención de donantes, o para los hijos de madre soltera que no revela la identidad del padre, o para los niños que viven rupturas matrimoniales traumáticas entre los padres que nadie les ha explicado...o para tantos niños que crecen con el silencio y los secretos familiares impactando en el desarrollo de su identidad”, p. 143. En el mismo sentido, op. cit. GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Derecho a la identidad y filiación...*, p. 33.

<sup>803</sup> Sobre los efectos de la ocultación de este conocimiento e integración de este fragmento de historia vital pasada en la adolescencia, puede consultarse, entre otros autores, a GROTEVANT, H.D. (1997) “Coming to terms with adoption: the construction of identity from adolescence into adulthood”. *Adoption Quarterly*, 1 (1), p. 11; COOPER, C.R. (1994), “Cultural perspectives on continuity and change in adolescents relationships” in MONTEMAYOR, R. / ADAMS, G.R. / GULLOTTA, T.P. (Eds.) *Advances in adolescent development: Personal relationships during adolescence*, Thousand Oaks, pp- 78-101.

anonimato. En este sentido, a continuación, será abordada la procreación mediante el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida.

#### **4. ORÍGENES Y PROCREACIÓN MEDIANTE EL RECURSO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA).**

##### **4.1. LA FECUNDACIÓN ASISTIDA EN EL SISTEMA DE FILIACIÓN.**

Como se ha apuntado en los capítulos anteriores<sup>804</sup>, las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) conforman otro supuesto en que realidad genética y realidad jurídica se disocian<sup>805</sup>. La posibilidad del recurso a estas técnicas<sup>806</sup> para procrear prima la autonomía de la voluntad de las personas que pretenden ser progenitoras<sup>807</sup> en la procreación y en las relaciones jurídicas de filiación, por lo que, de entrada, se reitera que debería la regulación de este recurso velar por los intereses y derechos de todas las

---

<sup>804</sup> Vid., en concreto, Capítulo III § 1.4 de la presente investigación.

<sup>805</sup> TAMAYO HAYA, S. (2015) “Reproducción asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación” en op. cit. TAMAYO HAYA, S. (Dir.) *La maternidad y la paternidad ...*, p.59-107.

<sup>806</sup> La primera inseminación con donante de esperma que se halla médicamente registrada data de 1884 en Filadelfia. La primera donación de ovocitos tuvo lugar en Australia en 1983. TROUNSON.A / MOHR, L. (1983) “Human pregnancy following cryopreservation, thawing and transfer of an eight-cell embryo”. *Revista Nature, oct., nº305 (5936)*, pp. 20-26.

<sup>807</sup> Para un análisis desde las distintas corrientes del feminismo acerca del uso y recurso a las TRHA, vid. FARNÓS AMORÓS, E. (2012) “Reproducción asistida, género y derecho: de la maternidad subrogada a los conflictos sobre embriones” en CASADO, M. / ROYES, A. (Coords.) *Sobre Bioética y Género*, Observatori de Bioètica i Dret UB, Civitas Thomson Reuters, pp. 195-198. La autora afirma que “La aplicación de las TRA sobre la mujer, en calidad de receptora de las mismas, explica por qué sus implicaciones de género siempre han despertado el interés de los movimientos feministas. (...) los posicionamientos pueden dividirse entre los que conciben las TRA como un instrumento que otorga más poder a las mujeres, y los que las consideran una nueva forma de control sobre las mismas”, p.195-196. Vid. también, PUIGPELAT MARTÍ, F. (2004) “Feminismo y las técnicas de reproducción asistida”. *Revista Aldaba*, UNED Melilla, nº32, pp. 63-80.

partes implicadas<sup>808</sup> y no sólo servir a los intereses de los progenitores y al interés económico de las clínicas de reproducción<sup>809</sup>.

---

<sup>808</sup> En este sentido, BARBER CÁRCAMO, R. (2010) “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *REDUR N°8*, pp. 25-37. La autora alude a que la regulación de las TRHA “ha desatendido sistemáticamente los derechos del hijo nacido a través de estas técnicas. El legislador ha considerado los intereses de quienes desean ser padres, los de las clínicas que prestan estos servicios, los de quienes procuran material genético que los haga posibles, pero no ha contemplado en absoluto al hijo como sujeto, como persona digna y merecedora de protección, sino sólo como objeto de deseo.”, p. 34.

<sup>809</sup> Si bien es cierto que, en España, el Sistema de Nacional de Salud ofrece con cobertura pública la realización de la reproducción asistida, deben concurrir una serie de requisitos y profesionales desde hace años alertan de los graves obstáculos que existen a la hora de acceder a este recurso. La alternativa consiste en acudir a las clínicas privadas.

En el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE-A-2006-16212), tras la reforma operada por la Orden SND/1215/2021, de 5 de noviembre, por la que se modifica el anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, y los anexos I y II del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios (BOE-A-2021-18287), se introduce la posibilidad de recurrir a estas técnicas a través del sistema público de salud a las mujeres sin pareja, a las parejas lesbianas y a las personas transexuales que conserven la capacidad para gestar. Así, establece que: “5.3.8 Los tratamientos de reproducción humana asistida (RHA) se realizarán con el fin de ayudar a conseguir la gestación en las situaciones recogidas en el apartado 5.3.8.1.a) o con un fin preventivo y en determinadas situaciones especiales.

5.3.8.1 Los tratamientos de reproducción humana asistida tendrán la finalidad de ayudar a lograr la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o tras el fracaso de los mismos. También se podrá recurrir a estos procedimientos a fin de evitar enfermedades o trastornos genéticos graves en la descendencia y cuando se precise de un embrión con características inmunológicas idénticas a las de un hermano afecto de un proceso patológico grave, que no sea susceptible de otro recurso terapéutico. Para su realización en el ámbito del Sistema Nacional de Salud deberán cumplir los criterios generales de acceso a los tratamientos de RHA que se recogen en el apartado 5.3.8.2 y en su caso, los criterios específicos de cada técnica.

a) Tratamientos de RHA con el fin de ayudar a conseguir la gestación a:

1.º Las personas que se hayan sometido a un estudio de esterilidad y que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

i) Existencia de un trastorno documentado de la capacidad reproductiva, constatada tras el correspondiente protocolo diagnóstico y no susceptible de tratamiento médico o tras la evidente ineficacia del mismo.

ii) Ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo de 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos.

2.º Mujeres sin pareja, personas transexuales que conservan la capacidad de gestar y mujeres lesbianas.

b) Tratamientos de RHA con fin preventivo: Irán destinados a prevenir la transmisión de enfermedades o trastornos de base genética graves, o la transmisión o generación de



---

enfermedades de otro origen graves, de aparición precoz, no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, y que sean evitables mediante la aplicación de estas técnicas.

c) Tratamientos de RHA en situaciones especiales: Se realizarán con los siguientes fines:

1.º Selección embrionaria, con destino a tratamiento de terceros.

2.º Preservación de gametos para uso autólogo diferido por indicación médica para preservar la fertilidad en situaciones asociadas a procesos especiales, de acuerdo a lo recogido en el apartado 5.3.8.3.d).

5.3.8.2 Criterios generales de acceso a tratamientos de RHA: Son aplicables a todas las técnicas de RHA que se realicen en el Sistema Nacional de Salud, salvo aquellos aspectos que se contemplan en los criterios específicos de cada una de ellas que prevalecerán sobre los generales.

a) Los tratamientos de reproducción humana asistida se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a las personas que cumplan los siguientes criterios o situaciones de inclusión:

1.º Las mujeres serán mayores de 18 años y menores de 40 años y los hombres mayores de 18 años y menores de 55 años en el momento del inicio del estudio del paciente.

2.º Personas sin ningún hijo, previo y sano. En caso de parejas, sin ningún hijo común, previo y sano.

3.º La mujer no presentará ningún tipo de patología en la que el embarazo pueda entrañarle un grave e incontrolable riesgo, tanto para su salud como para la de su posible descendencia.

b) Los tratamientos de reproducción humana asistida no se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a las personas que presenten alguno de los siguientes criterios o situaciones de exclusión:

1.º Esterilización voluntaria previa.

2.º Existencia de contraindicación médica documentada para el tratamiento de la esterilidad.

3.º Existencia de contraindicación médica documentada para la gestación.

4.º Existencia de situación médica documentada que interfiera de forma grave sobre el desarrollo de la descendencia.

5.º Imposibilidad para cumplir el tratamiento por motivos relacionados con la salud u otros motivos familiares o relacionados con el entorno social.

6.º Existencia de situación documentada referida a cualquier otra circunstancia que pueda interferir de forma grave sobre el desarrollo de la descendencia sometida a consideración de un comité de ética asistencial u órgano similar.

c) En los casos en que se empleen gametos o preembriones donados, el donante deberá estar inscrito en el Registro nacional de donantes, debiendo consignarse la información correspondiente a que se refiere el artículo 21 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (...)”

Sobre los obstáculos de acceso a las TRHA en la sanidad pública vid. en prensa “Barreras de la reproducción asistida en la sanidad pública”, El Mundo, 07/11/2022

<https://www.elmundo.es/espana/2022/11/07/6367a7befdddf733a8b4574.html> (última consulta 20/11/2022); o en Onda Cero “Radiografía de la reproducción asistida en España: los límites de acceso en la sanidad pública y la situación por comunidad”, 24/01/2022 en:

[https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/radiografia-reproduccion-asistida-espana-limites-acceso-sanidad-publica-situacion-comunidad\\_2022012461eea5999890160001c4a1a3.html](https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/radiografia-reproduccion-asistida-espana-limites-acceso-sanidad-publica-situacion-comunidad_2022012461eea5999890160001c4a1a3.html)

(última consulta 20/11/2022), en la que se señala que: “La edad, los hijos previos o las largas listas de espera son algunas de las barreras para acceder a los tratamientos de reproducción asistida a través de la Seguridad Social. Muchas mujeres o parejas que no cumplen con los requisitos ven truncado su sueño de tener un hijo”.

Conviene también indicar que los avances científicos posibilitan nuevos escenarios que rompen con el esquema de familia tradicional y, posiblemente, no baste con ser abordados solamente desde la perspectiva del derecho, teniendo un papel clave también otras disciplinas, como la bioética<sup>810</sup>.

Desde la antropología se ha señalado que en la procreación por medio de la reproducción asistida son múltiples las personas intervinientes, desde los que aportan material genético -cuando este procede de donante- hasta la mujer gestante, el progenitor o progenitora intencional -en su caso-, y los profesionales médicos que intervienen, entre otros<sup>811</sup>. Este capítulo se centra en la procreación con material de donante, pues en los supuestos en los que no interviene donante anónimo no se produce

---

Vid. también, TAMAYO HAYA, S. (2019) “Derecho a procrear, reproducción asistida y cambios sociales” en op. cit. GARCÍA RUBIO, M.P. (Coord.) *Mujer, maternidad y derecho...*, pp. 327-355.

<sup>810</sup> Así lo afirma LAMM, E. (2012) “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida” en *Revista de Bioética y Derecho*, nº 24, pp. 76-91, op. cit.

Respecto al término “Bioética”, este fue utilizado a partir de que POTTER, V.R. (1971) publicara *Bioethics: Bridge to the Future*, Prentice Hall. El autor une con este término a los valores humanos y el conocimiento biológico. El autor ya había acuñado este término en su anterior artículo POTTER, V.R. (1970) “Bioethics: the Science of Survival”. *Perspectives in Biology and Medicine* 14 (1), p.127-153. Para el autor, la humanidad necesita una nueva disciplina que le proporcione el conocimiento de cómo usar el conocimiento para su supervivencia y una mejor calidad de vida. En cuanto a la caracterización general de la disciplina, vid. DE LORA, P. / GASCON, M. (2008) *BioÉtica. Principios, desafíos, debates*, Alianza Editorial, pp. 15-59. Vid. también, BUCHANAN, A. / BROCK, D.W./ DANIELS, N. / WIKLER, D. (2000) *From Chance to Choice. Genetics & Justice*. Cambridge University Press.

<sup>811</sup> GINSBURG, F. y RAPP, R. (1995) *Conceiving the New World Order. The Global Politics of Reproduction*. University of California. Las autoras afirmaban, ya por aquel entonces, que: “The creation and birth of a baby may involve as many as five adults contributing everything from genetic material to gestational nurturance to the social life of a family, not to mention a cast of thousand as in medical laboratories, legal offices, and insurances agencies (...)”, p. 11.

Tal y como recoge el registro estadístico de TRHA con el que por ahora contamos, Registro Nacional de Actividad 2019- Registro SEF, 37.094 bebés nacieron en 2018 fruto de las TRHA, “lo que sitúa la tasa de niños y niñas nacidos por RA por encima del 9% del total de nacimientos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE)”, tal y como consta en nota de prensa publicada en fecha 01/10/2020 por el Gobierno, “Los tratamientos de reproducción asistida en España aumentan un 28% en los últimos 5 años”. Consultable en:

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Paginas/2020/011020-repro-asistida.aspx>

(última consulta 16/05/2022)

colisión con el derecho de los hijos e hijas a conocer sus orígenes, toda vez que los progenitores jurídicos, en un principio, coincidirán con los biológicos.<sup>812</sup>

La posibilidad de estas técnicas debido a los avances científicos y su regulación por el ordenamiento, de entrada, ya provocó reticencias al incidir en los cimientos de la moral, la sexualidad y el concepto de familia<sup>813</sup>. Inicialmente, el uso de estas técnicas para la procreación se concentraba en las parejas heterosexuales que tenían problemas de fertilidad, pues esta fue de inicio la causa principal que explica el recurso a las mismas. Sin embargo, a lo largo de las últimas décadas es frecuente el recurso a estas técnicas también por parte de mujeres solteras<sup>814</sup> o de parejas de mujeres con la voluntad de tener un hijo/a en común<sup>815</sup>. Las relaciones humanas han cambiado, así como las exigencias del mercado laboral, todo ello cambios sociales que también han hecho atrasar la edad media de tener hijos, lo que supone inevitablemente una mayor infertilidad<sup>816</sup>. Resulta, cuanto menos, paradójico que las TRHA nacieran para satisfacer

---

<sup>812</sup> También se debe apuntar aquí al uso de estas técnicas para combatir la transmisión de enfermedades congénitas, aunque la cuestión excede de la presente investigación. Acerca de estas técnicas puede consultarse, entre otras, la obra de LECUONA RAMÍREZ, I.D./ LAMM, E. (2019) *Derecho y bioética: cuestiones jurídicas y éticas de la biomedicina y la biotecnología*, editorial UOC.

<sup>813</sup> Para un estudio de los retos planteados por el uso de estas TRHA desde la filosofía, vid. ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003) *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*. Thomson Aranzadi, pp.69-82. La autora esgrime los diferentes postulados del pensamiento filosófico ante estas técnicas.

<sup>814</sup> En relación a las mujeres solteras que quieren ser madres independientemente de si cuentan o no con pareja, “planteándose una maternidad al margen del sistema normativo biparental, heterosexual y conyugal” impuesto por el patriarcado, puede verse FRASQUET AIRA, R.M. (2018) “Elecciones reproductivas, anonimato y parentesco: discursos, estrategias e implicaciones para las «madres solteras por elección»”. *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2018/2, papel 196, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), UPV/EHU Press.  
Consultable en: <https://ojs.ehu.eus/index.php/papelesCEIC/article/view/18887> (última consulta 02/12/2022)

<sup>815</sup> Es usual en este supuesto, el recurso al método ROPA, ya referido en el capítulo III § 1.4, consistente en la implantación en el útero de una de las mujeres, que será la gestante, el ovocito de su pareja.

Por otro lado, el ordenamiento posibilita y prevé la fecundación in vitro de mujer con material genético del marido fallecido (ex. art. 9 LRHA), cuestión que sólo debe ser apuntada, pero en la que no se ahonda en la presente investigación.

<sup>816</sup> Vid. entre otras obras, op. cit. VILAR GONZÁLEZ, P. (2018) *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*. Wolters Kluwer, p. 18. Vid. también IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2012) *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado. Análisis socio-jurídico de la*

el deseo de procrear de parejas con problemas de fertilidad que pretendían un proyecto procreacional basado en el matrimonio y en la verdad biológica y ello haya posibilitado la creación de familias muy distanciadas de este modelo<sup>817</sup>.

Se reitera, pues, que el recurso a estas técnicas desde inicio ha trastocado la reproducción “natural” y ha puesto en vilo al régimen de filiación y de relaciones de parentesco que, aun ahora, aunque no se ajuste a la realidad práctica, se sigue manteniendo<sup>818</sup>. Tan sólo es necesario atender a la escisión entre reproducción y sexualidad y a que, incluso en algunos supuestos, decae el principio de *mater semper certa est*, cuando la madre que gesta lo hace con material genético perteneciente a otra

---

*legislación sobre maternidad y paternidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial académica española.

<sup>817</sup> PUIGPELAT MARTÍ, F. (2012) “El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista” en CASADO, M. / ROYES, A. (Coords.) *Sobre Bioética y Género*. Observatori de Bioètica i Dret UB, Civitas Thomson Reuters, p. 189.

En relación a esta afirmación cabe señalar el contenido del art. 16.2 de la ya referida Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en cuya virtud: “Sin perjuicio del proceso de actualización de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, cuando las prestaciones de la misma sean las técnicas de reproducción humana asistida, se garantizará el acceso a estas técnicas a mujeres lesbianas, mujeres bisexuales y mujeres sin pareja en condiciones de igualdad con el resto de mujeres, y asimismo a las personas trans con capacidad de gestar, sin discriminación por motivos de identidad sexual.” BOE-A-2023-5366.

<sup>818</sup> En este sentido, COSTA-LASCOUX, J. (2003) “Mujer, procreación y bioética” en DUBY, G. / PERROT, M., *Historia de las mujeres, vol. 5 El siglo XX*, Taurus, pp. 644-666. La autora afirma que: “La procreación con asistencia médica trastrueca los valores, las creencias y las representaciones que algunos habían tenido por inamovibles. Disocia entre sexualidad y reproducción, entre concepción y filiación, entre filiación biológica y lazos afectivos y educativos (...)”, p. 644. La autora en este capítulo de la obra también alude al que denomina “comercio de la reproducción humana” y hace alusión a la “obsesión por la esterilidad” y sus implicaciones en las primeras décadas del uso de estas técnicas. Vid. también, op. cit LAMM, E. (2012) “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. *Revista de Bioética y Derecho*, nº 24, pp. 76-91. La autora afirma que “Hoy, como consecuencia de la aparición de las TRA, lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico. En otras palabras, hoy el aporte puede ser exclusivamente genético.”, p. 80. Vid. también, FARNÓS AMORÓS, E. (2015) “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”. *Anuario Derecho Civil (ADC)*, tomo LXVIII. Fasc. I. Consultable en:

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2015-10000500061](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2015-10000500061) (última consulta 12/05/2022)

mujer. En este caso, la madre que pare será la madre biológica, pero no puede decirse que sea la genética.

También se plantea si el recurso a estas técnicas puede resultar viable en casos de parejas de hombres, en mujeres de edades avanzadas<sup>819</sup>, incluso en úteros artificiales -en un futuro-<sup>820</sup>; o, en otras situaciones que ya se esbozan, como otros modelos de familia en los que se instaura la pluriparentalidad<sup>821</sup>. Sin lugar a dudas el desarrollo y la evolución en el uso de estas técnicas conlleva efectos significativos que “afectan a la definición del núcleo de la persona y de la familia”<sup>822</sup> y que no encajan en el sistema de filiación que se halla anclado y asentado en el principio de verdad biológica, que contempla nuestro ordenamiento, un principio basado en una idea totalmente obsoleta<sup>823</sup> donde operan las presunciones y donde el consentimiento de los

---

<sup>819</sup> Puede consultarse al respecto, TAMAYO HAYA, S. (2019) “Derecho a procrear, reproducción asistida y cambios sociales” en op. cit. GARCÍA RUBIO, M.P. (Coord.) *Mujer, maternidad y derecho...*, pp. 356-369.

<sup>820</sup> En este sentido, vid. NAVARRO MICHEL, M. “Reproducción asistida, modelos de familia y derechos reproductivos” en op. cit. CASADO, M. / ROYES, A. (Coords.) (2012) *Sobre Bioética y Género*. Observatori de Bioètica i Dret UB, Civitas Thomson Reuters, pp. 155-213.

<sup>821</sup> Y en esta pluriparentalidad, se “desafía una de las principales presunciones sociales y culturales grabadas en la ley: la exclusividad de la relación paterno-filial, por la que un hijo/a solo puede tener una madre y un padre a efectos jurídicos (o una/dos madres o uno/dos padres, en el caso de familias monoparentales y homoparentales) y la exclusión del reconocimiento de padre y madre a otras personas cuya contribución ha hecho posible la coproducción de una criatura. Es esta visión excluyente y exclusiva la que convierte las relaciones familiares en un campo de batalla entre actores con intereses supuestamente enfrentados: “padres biológicos” “padres genéticos”, “padres sociales” y “padres de intención”. Incluso los términos de parentesco convencionales son insuficientes e inapropiados para identificar este entramado social, en el que la disociación de los elementos genéticos, biológicos, legales y sociales ha generado incertidumbre, ambivalencia y ambigüedad en el uso de términos (...)”, p.76, en palabras de JOCILES RUBIO, M.I. / RIVAS RIVAS, A.M. (2016) “Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida”. *Ankulegi* n°20, pp. 63-78, op. cit.

<sup>822</sup> Ibidem, vid. NAVARRO MICHEL, M. “Reproducción asistida, modelos de familia y derechos reproductivos” en op. cit. CASADO, M. / ROYES, A. (Coords.) (2012) *Sobre Bioética y Género...*, pp. 155.

<sup>823</sup>De acuerdo con op. cit. DE LORA, P. / GASCON, M. (2008) *BioÉtica. Principios...*, pp. 82-83. Para los autores, “Los principios de verdad biológica e indisponibilidad de estado son la expresión de una concepción más profunda sobre la institución familiar. (...) Se considera que la familia tiene en la naturaleza un espejo en el que mirarse (aunque sea de soslayo).”

progenitores tiene un poder, muchas veces excesivo, que permite “bordear al sistema”<sup>824</sup> y desproteger otros derechos como el de conocer los propios orígenes biológicos por parte del hijo o hija; tal y como ya ha sido apuntado en anteriores apartados.

La opción del legislador español por la imposición del anonimato -en el sentido de acceso a datos identificativos de los donantes-, ha sido la acogida desde el inicio de la regulación del recurso a estas técnicas, en la anterior Ley de técnicas de reproducción asistida de 1988, habiéndose mantenido hasta la actualidad. Este anonimato se planteó e impuso en un contexto muy distinto al actual, en el que el uso de estas técnicas respondía, como se ha referido, a la necesidad de posibilitar la procreación en el seno de matrimonios con problemas de fertilidad<sup>825</sup>.

De forma cuestionable, en un contexto totalmente distinto, en el que el estado de la ciencia ha permitido escenarios que no podían ni plantearse por aquél entonces y en los que existen múltiples y cambiantes modelos de familia, se sigue manteniendo el anonimato, erigiéndose, de nuevo, como dogma<sup>826</sup>. Este se recoge claramente en el

---

<sup>824</sup> Vid. op. cit. PANIZA FULLANA, A. (2017) *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación...* La autora afirma que “en la actualidad no hay un tratamiento coherente de determinadas cuestiones sobre la filiación – precisamente las derivadas de las nuevas formas de familia y los avances de la Medicina-. Lejos de la coherencia y seguridad jurídica que deberían presidir estas cuestiones, lo que ocurre es la consecución de determinados objetivos de forma indirecta. Se consigue aquello que el ordenamiento jurídico no había previsto o no lo había previsto con aquellas consecuencias, “bordeando” las normas aplicables. (...)”, recogiendo, como ejemplo, entre otros, la acción de reclamación de maternidad de la madre no gestante por posesión de estado del CC, si no se ha conseguido la atribución de la filiación materna también a favor de la otra madre por medio del consentimiento exigido en la Ley de TRHA o bien por no estar las madres casadas. Vid. también, op. cit. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O. (2015) “Maternidades y paternidades escindidas: una nueva cultura de la reproducción” en TAMAYO HAYA (Dir.) *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares, p. 118.

Sobre estas posibles acciones de filiación, la importancia del elemento consentimiento, y, por ende, de la autonomía de la voluntad, vid. entre otras, estas obras para mayor detalle, así como las mencionadas en el Capítulo IV § 2.5.; puesto que se trata de cuestiones que exceden del objeto de la presente investigación, sólo pudiendo apuntar algunas ideas por conexas con el fondo de la presente investigación.

<sup>825</sup> A este respecto, vid. op. cit. FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) “La progresiva y necesaria evolución...”.

<sup>826</sup> BARBER CÁRCAMO, R. (2010) “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *REDUR* Nº8, pp. 25-37. La autora afirma que “para determinar la filiación, la LTRHA se remite a la aplicación directa del Código civil, cuyo sistema está basado desde 1981 en la verdad biológica, a salvo las especificaciones que aquélla contempla. El punto de partida no puede ser más sorprendente, dado que la LTRHA española admite la fecundación con semen de donante anónimo, la donación igualmente anónima de óvulos e incluso de preembriones, y dicho

artículo 5.5 de la antedicha Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en la que el anonimato queda prácticamente blindado<sup>827</sup>:

---

anonimato se eleva en la Ley a la categoría de dogma (art. 5.5), de modo que la revelación de la identidad de los donantes de gametos es excepcional (...)", p. 28.

<sup>827</sup> Muy acertadamente, el Comité de Bioética de España (2019) en op. cit. *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*, se pregunta acerca de este régimen de anonimato, parcial en algunos casos pero que blinda prácticamente el conocimiento de la identidad de los progenitores al menor, cuestionándose: "¿Qué significa acceder a información del donante, pero no a su identidad? ¿A qué datos se refiere la Ley cuando no se incluye la identidad del donante? ¿Puede afirmarse que se respeta el derecho a la identidad del menor, aunque sea limitadamente, cuando se le impide acceder, con carácter general, a la propia identidad del donante, de quien aquél procede genéticamente? ¿Cabe admitir que el derecho a la identidad del hijo alcanza tan solo a conocer qué es su progenitor, cuáles son sus rasgos característicos, y no quién es?", pp.30-31. El Comité concluye que este artículo 5 de la LTRHA acoge dos conflictos distintos. Por un lado, en su primer párrafo se refiere al conflicto entre derecho a la intimidad de la persona donante y el derecho a la identidad del hijo o hija -donde debe prevalecer el derecho a la identidad no pudiéndose justificar el mandato contenido en este párrafo por aplicación del principio del interés superior del menor-, y en el segundo y tercer párrafo se está refiriendo a un conflicto entre el derecho a la vida o a la integridad del hijo o hija y el derecho a la intimidad del donante -por ello se recoge que le serán revelados a la persona concebida por estas técnicas datos relativos a su salud en preservación de su derecho a la vida o a su integridad física-, p.32, y en este defecto en la ley estriba parte de la problemática, pues "Las excepciones recogidas en los párrafos segundo y tercero no son expresiones de una reducción proporcional de ambos derechos como vía de resolución del conflicto, sino menciones o soluciones a un conflicto distinto (...)", p.35. Continúa el Comité afirmando que "el levantamiento del anonimato no derivaría de que nos inclinemos por uno de los valores o derechos en conflicto, una vez analizados detenidamente ambos, sino de que el donante no puede exigir que su donación sea anónima puesto que se trata de una acción que va a impactar directamente sobre la vida de terceros de tal modo que no cabe recabar para esa acción la garantía de intimidad. Distinto sería, a título meramente ilustrativo, el que se done material genético para la investigación. En este caso la intimidad del donante debe ser protegida, porque no afecta directamente a los valores o derechos de un tercero.", p.36.

El aludido en el artículo Registro de Donantes, todavía se halla en fase de consultas e implementación. Actualmente el pretendido registro se halla en fase de "pilotaje", pero sin una normativa clara de base. En el año 2022 se preveía que pudiera ser finalmente regulada la organización y funcionamiento de los registros que se prevén en materia de reproducción asistida: Registro nacional de donantes y Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida. Puede consultarse el *Proyecto de Real Decreto por el que se regula la organización y funcionamiento de los registros nacionales en materia de reproducción humana asistida* en:

[https://www.sanidad.gob.es/en/normativa/audiencia/docs/PRD\\_registros\\_nacionales\\_en\\_materia\\_de\\_reproduccion\\_humana\\_asistida.pdf](https://www.sanidad.gob.es/en/normativa/audiencia/docs/PRD_registros_nacionales_en_materia_de_reproduccion_humana_asistida.pdf) (última consulta 20/09/2022)

Vid. también en este punto, GARCÍA RUIZ, Y. (2015) "Sin registro de donantes de gametos: cerca de treinta años esperando su creación", *IUS ET SCIENTIA*, Vol. 1, No. 1, pp. 41-52. Consultable en: <https://idus.us.es/handle/11441/58668> (última consulta 29/05/2022)

“5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

---

Vid. también, Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, BOE-A-2014-7065; en cuyo ANEXO IV relativo a la “Selección y evaluación del donante de células reproductoras”, recoge que, respecto a las donaciones fuera de la pareja: “El uso de células reproductoras de donantes diferentes a la pareja habitual deberá cumplir los siguientes criterios: a) Los donantes se seleccionarán sobre la base de su historia clínica, que debe hacer el facultativo responsable. Esta evaluación incluirá cualquier factor que pueda resultar relevante en la identificación y selección de aquellas personas cuya donación pueda representar un riesgo para la salud de terceros, como la posibilidad de transmitir una enfermedad, o para sí mismos (i.e. inducción y/o estimulación de la ovulación, sedación, riesgos asociados a la extracción de óvulos o consecuencias de índole psicológica). b) Los donantes deben tener marcadores serológicos negativos para HIV 1 y 2, HVC y HVB y sífilis. Los donantes de esperma deben tener, además, marcadores negativos para chlamidia en una muestra de orina y por determinación mediante PCR. c) Se realizarán tests de determinación de anticuerpos anti HTLV I y II en aquellos donantes que viven o provienen de zonas con elevada prevalencia de enfermedad o cuyas parejas sexuales o progenitores viven o provienen de áreas con elevada prevalencia de enfermedad. d) En algunas circunstancias se requerirán tests adicionales dependiendo de la historia clínica del donante o de las características de las células o tejidos (i.e. malaria -CMV/Tripanosoma cruzi, RhD). e) En el caso de donaciones autólogas se aplicará lo establecido en el anexo II punto f) Se llevará a cabo una evaluación de la carga genética en relación a la existencia de genes autosómicos recesivos de acuerdo al conocimiento científico y a la prevalencia conocida en la etnia del donante. g) Se llevará a cabo una evaluación del riesgo de transmisión de enfermedades hereditarias conocidas y presentes en la familia. Se informará a los implicados de los resultados obtenidos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Esta información deberá ser lo más completa posible en relación a los riesgos asociados y a las medidas adoptadas o que se puedan adoptar, y debe ser transmitida y explicada claramente al receptor.”

Cabe referirse de nuevo a la existencia de bancos de material genético internacionales que operan en otros Estados, y que, al amparo de su regulación, sí posibilitan acceder a una (¿supuesta?) identidad del donante y a amplios datos de su perfil. Vid. en este sentido, entre otros, CRYOS INTERNATIONAL:

<https://www.cryosinternational.com/es-es/dk-shop/particulares/como/aspectos-legales-de-la-donacion-de-esperma/> (última consulta 27/01/2023)



Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.”

Así, la información que pudiere obtenerse, a no ser que se acredite un peligro para la vida de la persona nacida o bien un peligro para su salud<sup>828</sup>, si es solicitada por los progenitores, la persona adoptada o sus representantes legales, nunca englobaría la identidad de las personas donantes, y se refiere a la obtener información general de los mismos, así como la historia clínica<sup>829</sup> en la que no aparecerá rastro alguno de la

---

<sup>828</sup> La anterior Ley (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida) no previó el supuesto de peligro para la salud y tan sólo permitía la revelación de datos identificativos de la persona donante en supuestos de riesgo para la vida de la persona adoptada. En este sentido, vid. op. cit. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (2021) *Reproducción humana asistida y anonimato...*, que, entiende que esto se traduce en un “paso adelante para lograr una regulación más exhaustiva”, p. 61. Vid. también, op. cit. PANTALEÓN, F. (1993) “Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº15, pp-129-160, que, sostenía ya que “El apartado 5 del artículo 5.º LTRA y concordantes (...) que, como regla casi absoluta, garantizan el anonimato de los donantes de gametos y de preembriones frente a los hijos generados mediante técnicas de reproducción asistida, son inconstitucionales por violación de los artículos 10.1 y 39.2, o subsidiariamente, 15 y 39.3 CE”, p.159. En cuanto al tratamiento de los preembriones/ embriones vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (2021) “Las situaciones no reguladas. Vacíos de regulación” en op. cit. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / SOLÉ RESINA, J. *Actualización del derecho de filiación...*, pp.132-152.

<sup>829</sup> Vid. op. cit. RIAÑO-GALÁN, I. / MARTINEZ GONZÁLEZ, C. / GALLEGO RUESTRA, S. (2021) “Cuestiones éticas y legales del anonimato...”. Los profesionales de la medicina distinguen entre derecho a la intimidad y confidencialidad del sometimiento a TRHA y el anonimato de los donantes en sentido estricto. Los autores, tal y como ya se ha apuntado anteriormente, afirman que: “El principal obstáculo para no dar a conocer la existencia de TRA a los hijos es el hecho de que la Ley 41/2002 de autonomía del paciente (LAP) establece el derecho a conocer toda la información disponible sobre la propia salud, ante lo cual no parece admisible que el origen genético pueda ser objeto de ocultación.”p.3; y constatan que “Al margen de la voluntad de los padres, el uso de TRA queda recogido en tres tipos de HC (historias clínicas) diferentes cuyo contenido y accesos se encuentran regulados legalmente, lo que garantiza al nacido la posibilidad de obtener información sobre sus orígenes”, siendo estas: la HC de los centros de técnicas de reproducción asistida, la HC de las mujeres receptoras de gametos en los centros sanitarios asistenciales, y la HC de los nacidos por técnicas de reproducción asistida en los centros sanitarios asistenciales. Así, el anonimato no es absoluto y la persona nacida por estas técnicas puede acceder a datos relativos a su concepción y en la mayor parte de supuestos de patologías medicas podría advertirse al concebido sin necesidad de revelar los datos del donante. Otra cosa es, el debate desde el punto de vista del derecho del hijo o hija a tener acceso a datos identificativos de sus progenitores biológicos.

identidad de la persona donante. En este sentido, en el artículo 18.3 de la LTRHA, se indica que:

“3. Los equipos médicos recogerán en una historia clínica, custodiada con la debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas.

Los datos de las historias clínicas, excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales cuando llegue a su mayoría de edad, si así lo solicitan.”

Esta especial preocupación, ya tradicional y de gran calado en nuestro ordenamiento, por el anonimato del donante y la casi absoluta restricción de la ley respecto a la revelación de su identidad -como identificación- se inserta en el modelo tradicional de familia e imbrica con la concepción de familia tradicional y con el solapamiento entre progenitores biológicos y filiatorios, y, también se ampara en conseguir el mayor número de donantes<sup>830</sup>.

---

<sup>830</sup> En este sentido, vid. MUÑOZ, M. /ABELLÁN-GARCÍA, F./ CUEVAS, I. et. al., (2019) *Documento sobre posicionamiento de la Sociedad Española de Fertilidad respecto de la regla del anonimato en las donaciones de gametos*. Madrid. Consultable en:

<https://www.sefertilidad.net/docs/posicionamientoAnonimato.pdf>

(última consulta 18/07/2022). En este informe los autores aluden a que: “La repercusión en estos países ha sido la fuga de pacientes a otros países con donación anónima, dado que muchos receptores optan por no contar a sus descendientes su origen genético y la falta de donantes que no quieren asumir futuras paternidades derivadas del proceso de donación. (...)”, p. 8.

Relacionado con los argumentos utilitaristas hallamos los postulados de PARFIT, D. (1987) *Reasons and Persons...*, op. cit. que aluden a que si una intervención afecta a la posibilidad de existir -en este sentido, podríamos entender la eliminación del anonimato directamente relacionado con la posible pérdida de donantes- no puede sostenerse tal intervención porque comportaría que la vida no podría ser vivida, no existiendo alternativa mejor, y siendo ello contrario al mayor beneficio de la posible persona menor.

A favor de los argumentos de caída drástica de los donantes, vid. también, CLARK, B. (2012) “A Balancing Act? The Rights of Donor-Conceived Children to Know Their Biological Origins”. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, V. 40, n°3, p.660.

Existen estudios que apuntan a lo contrario, a que, si bien se produce una caída del número de donantes, posteriormente vuelve a recuperarse el volumen de donaciones, y los donantes tienen un perfil caracterizado por una mayor conciencia de la trascendencia del acto y una mayor reflexión desde una mayor madurez.

En contra de este argumento utilitarista, el COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, vid. op. cit. *Informe...*(2020), pp. 38-40; entre otros a los que, de forma acertada, les parece del todo

Cabe referir que, a pesar de las diferencias en torno a la regulación del acceso y uso de las TRHA en los distintos Estados, debe resaltarse que en los últimos tiempos existe una tendencia proclive a la revelación de la identidad del donante<sup>831</sup>, pues parece más coherente con la proliferación de nuevas realidades familiares el reconocer el derecho a conocer el origen biológico de la propia persona que ha nacido con la práctica de estas técnicas<sup>832</sup>. Sin embargo, en nuestro ordenamiento el anonimato en cuanto a la posible identificación de la persona donante impera casi sin excepción. Y ello, aunque, cabe recordar, que en ningún caso ser donante tendrá ningún efecto jurídico filiatorio. Tan sólo se trata de que la persona concebida pueda conocer, si lo desea, quién es su progenitor biológico -y genético-, información de la que no debería ser privada y cuya ocultación auspiciada por el ordenamiento jurídico implica la conculcación del derecho a conocer los propios orígenes.

Por último, y en consonancia con lo anterior, es necesario añadir que España encabeza el listado de países con mayor aplicación de estas técnicas<sup>833</sup>, con una

---

incomprensible invocar este argumento para dar prevalencia al anonimato por encima del derecho de la persona a conocer su propio origen. En el mismo sentido, ya se había postulado también el COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016) vid. op. cit. *Dret a conèixer els orígens...*, al afirmar que: “(...) esta objeción olvida que los argumentos utilitaristas no deberían conllevar un freno al ejercicio de un derecho y que el cambio en el perfil del donante no necesariamente ha de ser negativo, en tanto que podemos pasar a un donante de más edad pero con más responsabilidad respecto del acto que efectúa. A este respecto, se afirma que la transparencia en la donación de gametos y, en general, en la manera como se ha realizado la concepción conllevará fomentar más responsabilidad en los donantes, en la medida que forma parte de la corrección ética de un acto el hecho de poder rendir cuentas públicamente.”, p. 15.

<sup>831</sup> Así lo recoge, ALKORTA IDIAKEZ, I. (2015) “La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo” en BENAVENTE MOREDA, P. / FARNÓS AMORÓS, E. (Coords.) *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*. Monográfico del Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, nº2179, p. 67. Consultable en: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/9267> (última consulta 29/07/2022)

<sup>832</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. / FARNÓS AMORÓS, E. (2017) “Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio”. *Oñati Socio-legal Series*, v.7, nº1, pp. 148-178

<sup>833</sup> Vid. Registro Nacional de Actividad 2019 – Registro Sociedad Española de Fertilidad, consultable en: [https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/pdf/Informe\\_estadistico-SEF\\_2019.pdf](https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/pdf/Informe_estadistico-SEF_2019.pdf) (última consulta 10/11/2022). Vid. también Nota de Prensa de La Moncloa, en la que se indica que “Los tratamientos de reproducción asistida en España aumentan un 28% en los últimos 5 años”, 5/10/2022, Consultable en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Paginas/2020/011020-repro-asistida.aspx> (última consulta 10/11/2022)

regulación proclive al anonimato, siendo una opción de las predilectas para el denominado turismo reproductivo<sup>854</sup>.

#### **4.2. AL DETALLE: MARCO NORMATIVO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES**

No existe, ni probablemente debe existir, distinción por lo que a los efectos de la filiación se refiere entre si los hijos e hijas han sido procreados con material genético de terceros o bien con material genético de terceros; lo que ocurre es que cuando se emplea en la concepción material genético donado, esta circunstancia es borrada o invisibilizada para la persona concebida al imponerse el anonimato del donante<sup>855</sup>.

Ello es así porque, como se verá, de un lado, no existirá siquiera mención alguna en la inscripción de nacimiento obrante en el Registro Civil acerca de que la persona ha sido concebida con material genético de donante, por lo que dependerá de la voluntad del progenitor o de los progenitores el querer o no revelar este dato al hijo o hija; y, de otro lado, porque el ordenamiento no impone la obligación ni de comunicar dicha circunstancia de recurso a las TRHA para la procreación, ni, es más, tampoco, salvo escasas excepciones, otorga la posibilidad de acceder a datos identificativos del donante, imponiendo legalmente de forma explícita el anonimato.

---

<sup>854</sup> Así lo recoge DE LAS HERAS GARCÍA, M.A. (2021) “Comercialización de gametos y autoinseminación en el marco de la filiación no adoptiva” en BUSTOS MORENO, Y. / MÚRTULA LA FUENTE, V. (Coords.) *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, pp.109-110.

<sup>855</sup> En este sentido, afirma en este sentido el Comité de Bioética de Cataluña en su *Informe sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos*, de fecha 24/02/2016, que las leyes que han regulado la reproducción asistida en España no razonan en su Exposición de Motivos la opción por la imposición del anonimato, desvinculándose de la pionera ley de TRHA de Suecia que eliminaba el anonimato. Vid. op. cit. COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016) *Dret a conèixer els orígens biològics i genètics de la persona...*. El Comité afirma: “Si en el ordenamiento jurídico español las razones de mantener el anonimato de las donaciones de gametos no han sido jamás claramente explicadas, hoy día, con la existencia de una legislación que ampara el derecho a conocer los orígenes de las personas adoptadas, en razón del principio de igualdad, resultaría necesario cuestionar el mantenimiento de este anonimato y cambiar, si es preciso, la LTRHA actual.”, p. 7.

Lejos queda también la posibilidad de averiguar datos de posibles parientes biológicos<sup>836</sup>.

Debe plantearse si el hecho de dejar en manos de los progenitores el revelar que la persona concebida lo ha sido con material genético distinto -que se integra en sus cimientos como persona y que conforma parte de su identidad- por parte del legislador, es contrario a la dignidad y al desarrollo de la personalidad de la persona nacida, además de a su integridad psíquica<sup>837</sup>, por no decir contrario al derecho a conocer los propios orígenes; máxime en una sociedad en la que el secreto y la ocultación a favor de la perpetuación del modelo familiar tradicional ha sido históricamente una constante<sup>838</sup>.

El anonimato ligado al secreto profesional desde la concepción médica se relaciona con otras técnicas como el trasplante de órganos, y, aunque no pueden recibir igual tratamiento, desde la óptica médica parece no plantear dudas. Sin embargo, jurídicamente, el legislador debió considerar las implicaciones que comporta el anonimato al impedir la conexión con la persona donante<sup>839</sup>.

En nuestro ordenamiento<sup>840</sup> la procreación por medio de estas técnicas, tal y como ya se ha recogido con anterioridad, se aborda en la Ley 14/2006, de 26 de mayo,

---

<sup>836</sup> Piénsese en los hermanos biológicos. En España los gametos de un mismo donante pueden ser utilizados, legalmente, para la procreación de un máximo de seis hijos, en virtud del artículo 7 de la ya referida Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida BOE-A-2006-9292, aunque esto es difícilmente controlado en un contexto como el actual en el que el Registro previsto en la ley no se ha implementado todavía. Además, resulta todavía más complejo imponer y controlar este límite a nivel internacional.

Vid. también, FREEMAN, T. / JADVA, V. / KRAMER, W./ GOLOMBOK, S. (2009) "Gamete donation: parents' experiences of searching for their child's donor siblings and donor". *Human Reproduction*, V. 24, nº3, pp. 505-516. Las autoras elaboran una investigación acerca de las razones que motivan la búsqueda de relaciones con donantes. La muestra estuvo formada por donantes inscritos en el registro mundial con sede en EUA, *Donor Sibling Registry*. Entre las razones más invocadas, en este caso por las madres o los padres que trataban de contactar con los donantes, estaban: "el dotar al hijo de un sentido de identidad más seguro; que el hijo tenga una mayor comprensión de quién es el/ella; para una mayor comprensión de la historia ancestral del hijo y de sus antecedentes.

<sup>837</sup> Así lo afirma, ROMERO COLOMA, A.M. (2009) "La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos". *Actualidad jurídica Aranzadi nº789/2009* (BIB 2009\1874)

<sup>838</sup> Vid. capítulo III §1.4.

<sup>839</sup> Op. cit. ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003) *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson Aranzadi., pp. 261-262.

<sup>840</sup> Para un estudio de su origen y regulación legal desde la perspectiva del derecho comparado, vid. entre otras, op. cit. ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003) *Regulación Jurídica ...*; vid. también, VIDAL

sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>841</sup>, en cuyo anexo figuran como técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial, la fecundación *in Vitro* e inyección

---

MARTINEZ, J. (2019) “Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10 bis, pp. 478-513.

Consultable en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6978813> (última consulta 02/12/2022)

Vid. también, op. cit. ALKORTA IDIAKEZ, I. / FARNÓS AMORÓS, E. (2017) “Anonimato del donante...”, pp. 148-178; también el análisis de la legislación comparada europea y de EEUU en ALES URÍA ACEVEDO, M. M. (2012) *El Derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch, pp.169-193. Vid. también el análisis del estado de la regulación de la donación en el derecho comparado realizado por CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (2021) *Reproducción humana asistida y anonimato...*, op. cit., pp.108-208. También, FEMENÍA LÓPEZ, P.J. (2021) “El derecho a conocer el origen biológico por parte de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida: alcance, contenido y límites” en MÚRTULA LAFUENTE, V. / DE LAS HERAS GARCÍA, J.A. et al. *El derecho civil ante los nuevos retos ...*, pp.197-241.

<sup>841</sup> BOE nº126, de 27/05/2006. BOE-A-2006-9292. Con anterioridad, la cuestión había sido ya regulada, aunque con mayores deficiencias e inseguridades en la ya derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre (BOE-A-1988-27108), modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre (BOE-A-2003-21341). Contra numerosos preceptos de esta última ley fue planteado un recurso de inconstitucionalidad, sobre el que recayó la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 116/1999, de 17 de junio, BOE-T-1999-15024, ECLI:ES:TC:1999:116. Entre los preceptos que fueron impugnados por el Grupo Parlamentario Popular se planteó la inconstitucionalidad del anonimato -la regulación era prácticamente idéntica a la que contiene la Ley 14/2006 vigente. Al respecto el TC, de forma cuestionable, esgrimió que:

“sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art. 39.2 C.E., en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad. No es éste el caso de la previsión contenida en el art. 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución.

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

---

al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos.

Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas —debe nuevamente recordarse— a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones —desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación— puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo.” (FJ 15).

Muy críticos con los argumentos del TC se muestran BARBER CÁRCAMO, R. (2010) “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *REDUR N°8*, pp. 25-37, op. cit; así como RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2004) “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico”. *Revista Jurídica de Catalunya*, v.13, n°1, 2004, op. cit.; entre otros autores.

No puede eludirse el Informe base que sirvió al desarrollo de la pionera Ley de reproducción asistida de 1988, el denominado “Informe Palacios”, de fecha 10/04/1986, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria n° 280, que puede consultarse en:

[https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L2/CONG/DS/PL/PL\\_280.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/DS/PL/PL_280.PDF)

(última consulta 10/09/2022). En el Informe, que se conoce por el apellido del ministro socialista que lo presidía, se trató de recabar información experta para esbozar el marco legal del recurso a estas técnicas en España. Del informe se infiere que se acoge el anonimato partiendo de la base que cualquier interés en la búsqueda biológica se establecía para la determinación legal de la filiación, no planteándose siquiera por aquel entonces la posibilidad de búsqueda por conocer los orígenes y, posiblemente, forjar la identidad personal. Consta en el Informe, en este sentido, que “(...) cuando de inseminación natural se trate, la Ley permite investigar la paternidad que realmente compete al progenitor biológico. Ahora bien, en la inseminación artificial heteróloga, la permisibilidad no puede ser la misma. La razón deberá buscarse en la necesidad de mantener el anonimato en la identidad del donante. Por tanto, en estos casos deberá prevalecer siempre la imposibilidad de la investigación de la paternidad, y en aras de la conveniencia de los propios padres formales y del propio hijo, el mantenimiento de la verdad formal, es decir, la determinación legal de la filiación que conste en el registro, por encima de la constatación biológica de la paternidad real que compete genéticamente al hijo. La Constitución, en el artículo 39, establece que la ley posibilitará la investigación de la paternidad, pero ello debe entenderse en estos casos en el sentido de reconocer al hijo así habido el derecho a conocer los datos objetivos correspondientes al padre genético (grupo étnico, sanguíneo, genotipo, etcétera), pero no su identidad concreta, es decir, el derecho a conocer sus orígenes. Pero en las recomendaciones del informe debiera quedar claro que el interés prevalente es el mantenimiento de la relación jurídica familiar en la que se integra el hijo, y, a nuestro entender, en esas recomendaciones no queda claro este criterio. Dicho de otra forma: que la verdad biológica debe ceder ante la realidad social y afectiva, que debe constituir un valor preeminente, y ser protegida por la futura legislación (...)”, p. 12565. En relación a este Informe, op.cit. FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) “La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos”. Aranzadi Instituciones (BIB 2020\11697) afirma que en los postulados del mismo se otorga “una suprema prevalencia de protección a la verdad social frente a la biológica”.

intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y la transferencia intratubárica de gametos<sup>842</sup>.

En cuanto a la posibilidad de donar material genético, la ley establece la obligatoriedad de que la donación tenga carácter altruista y gratuita<sup>843</sup> (artículo 5), que

---

<sup>842</sup> Cada Estado que permite el recurso a las TRHA regula las técnicas que están o no permitidas. Por ejemplo, en Italia, Alemania, Austria, y Suiza, entre otros Estados, está prohibida la donación de óvulos.

Tal y como consta en *Canal Salut de la Generalitat de Catalunya, La inseminación artificial consiste en la introducción en el momento de la ovulación de semen en la cavidad uterina con la finalidad de conseguir el embarazo. La fecundación in vitro consiste en la unión de óvulos y espermatozoides fuera en un medio de cultivo para que fecunden para, una vez fecundados los óvulos y obtenidos los embriones, pueden implantarse en el útero de la mujer. Los embriones no transferidos se pueden criopreservar -congelar o vitrificar- para ciclos posteriores, para ser donados para otras mujeres o para fines de investigación, o bien ser desechados. Específicamente, como variante de esta última hallamos la microinyección espermática, que consiste en que la fecundación se produce por medio de la introducción de un solo espermatozoide dentro de cada óvulo, siendo el resto del proceso idéntico al anterior. Consultable en: [https://canalsalut.gencat.cat/ca/detalls/article/Reproduccio\\_assistida#bloc2](https://canalsalut.gencat.cat/ca/detalls/article/Reproduccio_assistida#bloc2) (última consulta 01/05/2022)*

En cuanto a la transferencia intratubárica de gametos, la técnica consiste en la introducción de un cultivo de gametos (espermatozoides y óvulo) directamente en las trompas de Falopio de la mujer. Esta técnica ha caído en desuso en la mayoría de clínicas, tal y como informa Reproducción Asistida ORG, en <https://www.reproduccionasistida.org/transferencia-intratubarica-de-gametos/> (última consulta 01/05/2022)

Cabe también recordar, como ya se ha referido, que, en el supuesto concreto de los óvulos, puede darse en la práctica que los óvulos de una donante anónima pueden ser fecundados con el semen de la pareja de la paciente o bien de otro donante y, los embriones que se obtienen son transferidos al útero de la mujer. En parejas de mujeres también suele ser frecuente que una de ellas aporte el óvulo para que sea fecundado por espermatozoides de donante y una vez se genere el embrión, este será implantado a la otra mujer para su gestación -método ROPA (recepción de óvulo de pareja)-.

<sup>843</sup> Lo que contrasta con los anuncios que normalmente se publican en tablones de las facultades para captar a jóvenes con escasos ingresos, ofreciéndoles una “compensación” por las molestias que pueda ocasionarles la “donación”. En este sentido, vid. COHEN, G. / FARNÓS AMORÓS, E. (2014) *Derecho y tecnologías reproductivas*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, p.137. También, PUIGPELAT MARTÍ, F. (2012) “El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista” en op. cit. CASADO, M. / ROYES, A. (Coords.) *Sobre Bioética y Género...*La autora denuncia que se parte de una base errónea al equiparar la donación de espermatozoides con la donación de óvulos, pues, aunque el tratamiento que reciben estas donaciones es indistinto, no es para nada equiparable, afirmando, muy acertadamente, que: “Como las donaciones de semen fueron las primeras, éstas se constituyeron en el modelo de referencia. Y desde él se visualizaron las donaciones femeninas. Pero no son iguales. A diferencia de los espermatozoides, el número de óvulos, aunque amplio, es limitado y su extracción puede causar daños a la salud de la mujer, ya que debe someterse a estimulaciones hormonales y a una intervención quirúrgica, actividades que no son siempre inocuas a corto y largo plazo (...)”, p. 188. Vid. también, IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2016) “La



no pueda elegirse a la persona donante (artículo 6.5) y que la aplicación de estas técnicas sea llevada a cabo “en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria correspondiente” (artículo 4) y prevé, asimismo, que “todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos”.

Para sortear la intervención de estas clínicas, evitar su coste y/o poder tener alguna capacidad de decisión en la selección y elección de donante puede recurrirse en la práctica a otros métodos, como la obtención de material genético (semen) por compraventa o bien por donación de amigo o conocido, tal y como se referirá más adelante.

En virtud de la norma, la determinación de la filiación de los hijos e hijas concebidas por estas técnicas se equipara a la filiación por naturaleza<sup>844</sup>, a pesar de que,

---

donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”. *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, nº38, pp. 71-86.

Aunque se evita que conste la información concreta en las páginas web, hallamos <https://www.evafertilityclinics.es/donacion-de-ovulos/compensacion-donacion-ovulos/> (última consulta 29/10/2022) ; <https://sitio.nu/portfolio/donacion-de-ovulos/> (última consulta 29/10/2022). La autora recoge el discurso de empoderamiento, de solidaridad y de ser “especial” que ofrecen las clínicas para captar a mujeres jóvenes con necesidades económicas y la información que se les oculta relativa a su salud.

Vid. en este sentido también, el reportaje en prensa de un hecho muy común, publicada en el Diario El Español (20/02/2018) “A la caza del óvulo universitario malagueño: FIV Marbella empapela el campus por mil euros la donación”, en:

[https://www.elespanol.com/reportajes/20180220/universitario-malagueño-fiv-marbella-empapela-campus-donacion/286222380\\_0.html](https://www.elespanol.com/reportajes/20180220/universitario-malagueño-fiv-marbella-empapela-campus-donacion/286222380_0.html) (última consulta 29/10/2022).

También hallamos una noticia acerca del aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad económica del público objetivo de esta industria y de los riesgos para la salud de las donantes en prensa, CORONADO SOPEÑA, N. (2021) “La compraventa de óvulos: el negocio a costa de la salud y de la precariedad de las mujeres” <https://www.publico.es/sociedad/ovodonacion-compraventa-ovulos-negocio-costa-salud-precariedad-economica-mujeres.html>, *Público*, 11/01/2021.

En España la donación de óvulos se “compensa” con 800-1000 € y la donación de esperma entre 40-60 €, según <https://www.reproduccionasistida.org/compensacion-de-la-donacion-de-ovulos/> (última consulta 29/10/2022)

<sup>844</sup> Autores abogan por concebir incluso una tercera forma de filiación que otorgue un mayor encaje y en la que pueda subsumirse la procreación voluntaria con recurso a las TRHA heterólogas. Así, entre otros, FARNÓS AMORÓS, E. (2016) “Gènere i dret de família: una lectura de la filiació a partir del Llibre segon del Codi civil de Catalunya”. *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16, pp. 81-99. La autora afirma que “(...) la proximitat de la filiació que pot resultar de l'accés

en puridad, no lo sea cuando media material genético de tercera persona<sup>845</sup>. A su vez, el anonimato de los donantes se impone de forma categórica<sup>846</sup>, como elemento ineludible casi sin excepción, lo que es absolutamente contrario a la preservación del derecho de la persona a conocer sus orígenes biológicos<sup>847</sup>.

---

a TRA i la filiació adoptiva porta a configurar la primera com una categoria intermèdia o, fins i tot, com una tercera forma de filiació”, p. 84 (nota al pie nº11). Vid. también, PARDIAL ALBÁS, A. (2019) “¿Es el consentimiento, como medio de determinación de la filiación, la causa fundamental del ocaso del principio de veracidad biológica? Especial referencia al Código Civil de Cataluña” en GARCÍA RUBIO, M.P. (Coord.) *Mujer, maternidad y derecho...*, pp.523-540, al hablar del “ocaso del principio de veracidad biológica en la determinación extrajudicial de la filiación en las técnicas de reproducción asistida, pp.530-532.

<sup>845</sup> En este sentido, vid., entre otras, BENAVENTE MOREDA, P. (2017) “Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación) en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, *Oñati Socio-Legal Series, Oñati International Institute for the Sociology of Law*. La autora afirma que “La filiación derivada del uso de TRHA cuyo origen se encuentre en la «voluntad procreacional» no es una filiación por naturaleza”, p. 6. Se aplica erróneamente a los hijos concebidos por TRHA el mismo sistema de determinación del CC, en el que rige la verdad biológica, lo que no ocurre en el recurso a estas técnicas cuando la fecundación es heteróloga. También, BARBER CÁRCAMO, R. (2014) “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”, *Derecho Privado y Constitución*, nº28, enero-diciembre 2014, pp. 93-136. Vid. también, op. cit. FARNÓS AMORÓS, E. (2015) “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *Anuario de Derecho Civil, tomo LXVIII*, fasc. 1, p.5. La autora afirma que “Las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la verdad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual la procreación no tiene origen en la reproducción sexual y la filiación se determina por la voluntad, como es el derivado del recurso a las TRA. Si bien es cierto que esta clase de filiación puede tener una base biológica, extremo que en principio justificaría el recurso al esquema de la filiación por naturaleza, esta base no siempre tiene que existir respecto de ambos progenitores: piénsese, por ejemplo, en el recurso por pareja heterosexual a una técnica con material genético de donante masculino; o en el recurso a las TRA por una pareja de dos mujeres”, p.8. También, op. cit. FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2017) “La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos”, *Revista de Derecho UNED*, nº21.

<sup>846</sup> Entendiendo anonimato sobre la posible identificación y, si el hijo/a lo quiere, posible contacto con la persona donante.

<sup>847</sup> Tal y como ya se recogía en el Capítulo III, § 1.4., en otros Estados, sin embargo, se ha suprimido ya el anonimato en el uso de estas técnicas. Cuestión sobre la que se volverá más adelante. Autores ponen de manifiesto también el cambio de tendencia en la sociedad a la hora de entender que deben informar del recurso a la TRHA para la procreación, advirtiendo que el modelo está cambiando hacia una mayor transparencia. Así, entre otros, op. cit. RIAÑO-GALÁN, I. / MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C. / GALLEGO RUESTRA, S. (2021) “Cuestiones éticas y legales del anonimato...”, p. 4; vid. también, op. cit. JOCILES RUBIO, M.I. (ed.), (2016) *Revelaciones, filiaciones y biotecnologías. Una etnografía sobre la comunicación de los orígenes a los hijos e hijas concebidos mediante donación reproductiva*, edicions Bellaterra.

Se preocupa el legislador en esta Ley<sup>848</sup> de dotar a la persona menor de filiación jurídica, pero desatiende la necesidad de garantizar a la persona concebida a través de estas técnicas, en particular en el caso de que concurra material genético donado<sup>849</sup>, el

---

<sup>848</sup> El error estriba según algunos autores como ROMERO COLOMA, M.A. (2009) “La identidad genética...”, op. cit., en “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 cuestiones de gran calado”; p. 8.

En sintonía con estos argumentos se sitúa el Voto Particular del Magistrado del Tribunal Constitucional (TC) en la ya citada Sentencia TC (Pleno) nº116/1999, de 17 de junio de 1999, en el que recoge que, a su parecer, la Ley TRHA (1988) debió declararse nula puesto que al afectarse de forma “directa y esencialmente a la dignidad de la persona, valor jurídico fundamental” debió legislarse la materia por la vía de la ley orgánica, “Cuando la dignidad de la persona se configura, por expresa declaración constitucional, con derechos inviolables inherentes a ella, no resulta aceptable, en mi opinión, que la Ley Orgánica sea necesaria para desarrollar los derechos fundamentales y no para desarrollar lo que, materialmente, es el tronco del gran árbol. Dar un tratamiento constitucional distinto al tronco y a las ramas no es propio de la visión no exclusivamente formal de la reserva que este Tribunal ha consagrado. La STC 53/1985 caracterizó la dignidad de la persona como «germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes (...) Tronco del árbol de derechos inviolables, germen o núcleo de ellos, la dignidad de la persona es un valor constitucional que exige la máxima protección de los poderes públicos en un Estado de Derecho. (...) Uno de esos casos excepcionales es, a mi entender, lo relativo a la reproducción humana asistida, en torno a la cual se generan divisiones profundas, no políticas, sino morales y culturales: Inseminación artificial, fecundación *in vitro*, con transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos. La democracia de consenso, a que alude esa misma STC 5/1981, era la oportuna y convenientemente reclamada.”, BOE-T-1999-15024, p. 79-80.

<sup>849</sup> Que, más bien, parecen situarse en concepciones pasadas en las que primaba la procreación dentro de la familia tradicional aun a pesar de que concurrieran problemas de fertilidad. En este sentido, desde el ámbito médico, en un contexto alejado de los avances en genética, GLEZERMAN, M.D. (1981) “Two Hundred and Seventy Cases of Artificial Donor Insemination: Management and Results”, *Fertility and Sterility*, Vol. 35, Nº2, The American Fertility Society, en el que afirmó que: “The myth of “blood and flesh” has to be uprooted and a state of consciousness has to be achieved in which the donor, from the psychologic point of view, does not exist. Donor semen should be then regarded as “material” from an anonymous testis, the donor being actually a “nonperson.”, P.185.

acceso al conocimiento de sus orígenes biológicos<sup>850</sup>, que no se ciñe tan sólo a la “información general, genotípica y fenotípica”<sup>851</sup> de la persona donante.

La norma preserva e incluso parece promover la ocultación relativa al recurso a la TRHA por parte de los progenitores, pues, tal y como ya se ha referido, no existe obligación alguna de informar al hijo/hija de esta circunstancia<sup>852</sup>.

---

<sup>850</sup> En este sentido, vid. entre otros autores, op. cit. ROMERO PAREJA, A. (2020) “El principio de veracidad biológica...”. El autor afirma, que: “En cualquier caso, el alcance que la LRHA atribuye a la acción de “investigación” de la paternidad es restringido, ya que dicha Ley considera la reproducción asistida como un simple medio para determinar la relación paterno-filial, ignorando la extraordinaria importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de una persona puede tener en orden a la determinación de su identidad como ser humano individual (fenotipos, predisposición a enfermedades, rasgos biológicos, etc.); pues estamos empezando a descubrir hasta qué punto nuestra dotación genética, procedente de nuestros progenitores, fundamenta cromosomática y biológicamente al nuevo ser, haciendo a cada individuo único e irrepetible.”, p. 32. En el mismo sentido, a favor del acceso al conocimiento de los orígenes, entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2004) “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico”, *Revista Jurídica de Catalunya*, v.13, n°1; DE LORENZI, M. (2016) “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español ¿una materia pendiente?”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n°1, pp.101-122, op. cit.

<sup>851</sup> Vid. FÉRNANDEZ-ARROJO, M. (2020) “El impacto de las técnicas de reproducción asistida en el derecho de filiación en España. Desafíos y contradicciones ante el interés superior del menor”, *Rivista di Scienze Giuridiche*, 3/2020, pp. 98-136. La autora sostiene que “La referencia a los ascendientes implica no sólo tener sobre ellos una información general, genotípica y fenotípica, sino también poder llegar a conocer la identidad de aquel cuyos genes se portan, como exigencia del libre desarrollo de la personalidad. La decisión del donante fue libre, no así la del fruto de sus gametos, cuyo interés superior como menor, inclinaría la balanza a su favor. No hay que olvidar que la propia ley de protección jurídica del menor, tras la reforma de 2015, dispone que cuando no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. (...)”, p. 120.

<sup>852</sup> Se hallan incluso anuncios de clínicas que prometen implantar a las mujeres óvulos de donantes que se parezcan lo máximo a las receptoras. Así, en la publicidad de una clínica se indica “Un selfie y una app para encontrar la donante que más se parezca a ti”. “Mediante un ‘selfie’, Ovomatch® escanea la cara de la paciente y su algoritmo matemático de reconocimiento facial se encarga del resto, comparando su rostro con los de las donantes compatibles fenotípicamente para afinar la búsqueda al máximo y seleccionar sólo aquellas con mayor parecido físico entre un número muy reducido de donantes.”, vid. <https://ovoclinic.net/un-selfie-y-una-app-para-encontrar-la-donante-que-mas-se-parezca-a-ti/> (última consulta 29/11/2022) lo que casa con el secreto y la preservación del anonimato y, además, plantea serias dudas acerca de si se está cumpliendo con la prohibición legal de elección de la persona donante. Puede consultarse también el Documental de Televisió de Catalunya, “Gens anònims”, 05/03/2023, consultable en: <https://www.ccma.cat/tv3/alacarta/30-minuts/gens-anonims/video/6207094/> en el que claramente se constata que en la idea del recurso a las TRHA en España se “camufla”,

De nuevo, el secreto y la necesidad de la ocultación de las circunstancias del engendramiento perdura en nuestra sociedad, de forma mayoritaria en las familias heteroparentales que, aun en muchas ocasiones, tratan de preservar el modelo de familia tradicional imperante, concibiendo a los donantes como “simples intermediarios que han contribuido con una célula y que quedan excluidos de la familia”<sup>853</sup> como concepción social más que genética, planteándose una colisión

---

“despersonaliza” o “deshumaniza” al donante y que en la proliferación y práctica de la técnica no se ha atendido al derecho de los hijos a conocer sus orígenes.

<sup>853</sup> RIVAS, A.M./ JOCILES, M.I./ ÁLVAREZ, C. (2016) “Posicionamientos y actitudes ante la comunicación de los orígenes en las familias formadas mediante TRA-D” en op. cit. JOCILES RUBIO, M.I. (ed.) *Revelaciones, filiaciones y biotecnologías*. .... Las autoras, tras su investigación, alcanzan la misma conclusión que estudios internacionales, y expresan que existe una mayor resistencia de las familias heteroparentales a la comunicación a los hijos e hijas de este modo de concepción (TRHA con material de donante), en comparación con las familias homoparentales (en caso de hombres, por maternidad subrogada) y las familias monoparentales por elección. Las autoras indican que todas ellas, sin embargo, “conscientes de que sus opciones familiares transgreden la norma ideológica que reconoce la superioridad de las conexiones biogenéticas como fundamento del parentesco, adoptan algunas prácticas más acordes con las representaciones occidentales basadas en la pareja conyugal, la unión sexual y la filiación bilateral”, p. 62. Ejemplo de ello, para las autoras, es el procurar que, para el caso de más de un hijo, todos ellos hayan sido procreado con el material genético del mismo donante, en aras de que sean “hermanos de verdad”, “reproduciéndose la visión cognaticia de la familia y la exclusividad de la filiación (...) que parecen resistir a la idea y a la práctica de la pluriparentalidad y del pluriparentesco”, pp. 62-63, concluyendo las autoras, que: “Las paradojas, ambigüedades, ambivalencias, presentes en los discursos y en la experiencia de las familias estudiadas ante el tema de revelar o no su concepción a los hijos/as, no dejan de ser una expresión de la falta de reconocimiento y legitimidad que estas mismas familias encuentran todavía en nuestras sociedades. Al elegir otra vía de entrada a la paternidad/ maternidad que no sea la conexión biogenética y el modelo genealógico de doble filiación, optan por modelos familiares que exigen replantearse el principio de la exclusividad de la filiación e invitan a pensar en términos de pluriparentalidad y pluriparentesco.”, p. 63.

En el mismo sentido, op. cit. THÉRY, I. (2009) “Anonymat des dons d’engendrement, filiation et identité narrative des enfants au temps du démarriage” , traducido en *Revista de Antropología Social*, nº18, pp. 21-42.

perpetua pero inútil entre lo biológico y lo social<sup>854</sup> que, en parte, explica que se mantenga el anonimato<sup>855</sup>.

Cabe recordar que, si en un inicio el recurso a las TRHA se dirigía precisamente a satisfacer el deseo de las personas que querían concebir pero que, en general, por problemas de esterilidad, no podían procrear<sup>856</sup>, desde hace décadas ha sido precisamente este recurso el que ha posibilitado la creación y ampliación de nuevos modelos de familia en el que se superponen diversos roles.

A pesar de haberse producido cambios en la ciencia y en la sociedad, la regla del anonimato se mantiene también en las TRHA. De la imposición del anonimato se infiere que el elemento determinante de la filiación es la voluntad de las personas que quieren ser progenitoras y que el derecho de los hijos e hijas concebidos a identificar y conectar con sus antecedentes biológicos queda relegado, y, añadido, totalmente obstaculizado, excepto, como se ha referido, en contados casos de carácter excepcional<sup>857</sup>.

---

<sup>854</sup> Debería replantearse el papel de cada uno de estos roles y no confrontarlos para sostener un modelo de familia que pese a alejarse del tradicional, sigue siendo familia, debiendo ser aceptadas y redefinidas las nuevas concepciones de la misma, que, en ningún caso debería edificarse sobre la ocultación o el secreto. En este sentido, ibidem, THÉRY, I. (2009); así como DE LORENZI, M. (2016) “El reconocimiento del derecho...”, op. cit., cuando defiende que debe abandonarse “(...) de una vez por todas y para todos los casos, un discurso competitivo entre lo biológico y lo social como si se tratasen de aspirantes a un único puesto: el del «verdadero» padre o madre. Ello será factible cuando definitivamente se comprenda que descubrir el propio sustrato biológico es una circunstancia autónoma y disociable de la filiación;(...)”, p. 105.

<sup>855</sup> Tal y como manifiestan JOCILES RUBIO, M.I. / RIVAS RIVAS, A.M. (2016) “Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida”, *Ankulegi nº20*, pp. 63-78; op. cit. Las autoras afirman que es el temor que causa este “entramado social”, en el que coexisten “elementos genéticos, biológicos, legales y sociales” el que “evoca desorden y caos en nuestros esquemas culturales y para el que nos faltan incluso términos para nombrarlo, es lo que puede explicar el anonimato de los y las donantes, garantizado todavía en la mayoría de las legislaciones sobre reproducción asistida, y la resistencia de las familias, principalmente heterobiparentales, a revelar sus orígenes a los hijos nacidos por donación de gameto”, p. 76.

<sup>856</sup> En la propia Exposición de Motivos de la Ley se recoge como uno de los motivos principales de necesidad de regulación de la materia, además de las posibilidades diagnóstico genético preimplantacional e investigación en este sentido, la “solución a los problemas de esterilidad”, reconociendo el gran peso que tiene la aplicación de estas prácticas en el ámbito privado, a través de las clínicas especializadas y que deben estar registradas conforme a la Ley.

<sup>857</sup> Vid. RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. (2021) “Orígenes biológicos y filiación subrogada” en LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir.) / JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (Coord.) *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Dykinson. La autora afirma que esta excepcionalidad es contraria al artículo 10 de la Constitución Española, afirmando que. “No creo que por la posibilidad de revelar

A vueltas con el criterio de la edad, tal y como también se ha apuntado en materia de adopción, tampoco parece adecuado que el acceso a la información básica sobre el recurso a las TRHA se halle restringido hasta el alcance de la mayoría de edad. Si en este aspecto deben imperar los intereses de la persona menor y que cuente con una madurez o capacidad natural suficiente, debe jurídicamente plantearse, del mismo modo que en la adopción, si es o no necesario mantener tal límite. En otros Estados, en los que se ha eliminado el anonimato de los donantes en el uso de TRHA el criterio de determinación de la edad es dispar y aunque en la mayoría de ordenamientos aún se mantenga esta limitación en los 18 años, en otros, se promueve que la comunicación se produzca en edades más tempranas<sup>858</sup>. Lo que a toda costa debería evitarse es la ocultación y

---

la identidad del donante en casos excepcionales (grave peligro para la vida o la salud del hijo) pueda considerarse que se respeta el derecho los orígenes biológicos del hijo. Con ello se pretendería salvar su derecho a la salud, a la vida o a la integridad.”, pp.153-154.

<sup>858</sup> Así lo plasma el COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016), op.cit. “En la práctica, la edad a partir de la cual la persona concebida mediante gametos de donante puede hacer efectivo su derecho sin necesidad de representación legal oscila desde los 14 años, que fija la legislación austriaca, a los 18 años, que fija la mayoría de las legislaciones, con algún caso excepcional como el de Suecia, que remiten la fijación de esta edad al momento en que las autoridades nacionales consideran que el menor posee la “madurez suficiente”, p. 19; También se ocupan de esta cuestión, op. cit. RIAÑO-GALÁN, I. / MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C. / GALLEGO RIESTRA, S. (2021) “Cuestiones éticas y legales del anonimato...”, al afirmar que: “Numerosos estudios analizan la conveniencia de que los padres informen a sus hijos sobre su concepción mediante gametos donados. Esta información, que asumen bien a edades tempranas (hacia los 3-4 años), durante la adolescencia o la edad adulta suele ser traumática, difícil; muchos hijos expresan que querrían haber sido informados por sus padres cuando eran niños, tener información sobre el donante e incluso encontrarse con él y sus posibles hermanos, planteándose otro aspecto importante: la posibilidad de identificar al progenitor donante de gametos”, p.3. Así lo apuntaba también el *Nuffield Council on Bioethics* (2013) *Donor conception; ethical aspects of information sharing*, op. cit., afirmando que: “Children who learn that they are donor-conceived when they are very young appear to assimilate this information without difficulty. However, some adults who found out later in life, or inadvertently through disclosure from a third party, that they were conceived through sperm donation have reacted negatively. It is unknown how often inadvertent or unplanned disclosure occurs.”, p. 18. También, en el mismo sentido, op. cit. FREEMAN, T. / JADVA, V. / KRAMER, W./ GOLOMBOK, S. (2009) “Gamete donation: parents’ experiences of searching for their child’s donor siblings and donor” *Human Reproduction*, V. 24, n°3, pp. 505-516. Vid. también, el estudio llevado a cabo por ILIOI, E. / BLAKE, L. / JADVA, V. / ROMAN, G. / GOLOMBOK, S. (2017) “The role of age of disclosure of biological origins in the psychological wellbeing of adolescents conceived by reproductive donation: a longitudinal study from age 1 to age 14”. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 58:3, pp. 315-324. Consultable en: <https://acamh.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/jcpp.12667> (última consulta 26/04/2022)

Vid. también FEMENÍA LÓPEZ, P.J. (2021) “El derecho a conocer el origen biológico por parte de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida: alcance, contenido y límites” en op. cit. MÚRTULA LAFUENTE, V. / DE LAS HERAS GARCÍA, J.A. et al., *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, pp.197-241. El autor

revelación accidental por terceras personas o por descubrimiento casual del propio hijo/a, con todos los perjuicios que la ocultación en una cuestión tan arraigada a su identidad le pudiere irrogar<sup>859</sup>.

También cabe recordar en este momento lo ya apuntado al inicio de este apartado acerca de que en el Registro Civil no queda rastro del recurso a estas técnicas para procrear, aunque haya sido utilizado material genético de donante, tal y como se explicita en el artículo 7.2 de la citada Ley:

“En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.”

Parece discutible que quede vedada la mención al recurso a la técnica de reproducción asistida en el Registro Civil, que se halla expresamente prohibida por el artículo 7.2 de la LTRHA. Esta no constancia, ni siquiera mediante publicidad restringida, choca con la información que debe constar cuando la persona es adoptada<sup>860</sup> y lo que provoca es facilitar que el acceso a esta información “quede al albur de las conductas de los adultos”<sup>861</sup>, con el elevado riesgo de ocultación que esto entraña.

---

recoge los dos criterios predominantes en materia de psicología, aludiendo a que “(...) se apuntan dos líneas de opinión desde la psicología, relativas a la edad idónea para el ejercicio de este derecho: la de quienes consideran que el niño lo ha de saber lo antes posible (seed-planting), en la medida que es positivo para el desarrollo del menor la revelación de la verdad sobre su origen; y la de quienes consideran que hay un momento adecuado para comunicarlo (right-time), que normalmente se identifica con el de la consecución de la “madurez suficiente”, como exigen algunas legislaciones.”, pp. 235-236.

<sup>859</sup> Vid. op. cit. FARNÓS AMORÓS, E. (2015) “Anonimat del donant o dret a conèixer els orígens?”. *Butlletí del Comitè de Bioètica de Catalunya*, febrer 2015.

<sup>860</sup> En este sentido, vid. op. cit. SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades y paternidades” en en GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J., *Actualización del derecho de filiación...*, p. 97; al afirmar que: “no parece que existan argumentos válidos que justifiquen la diferencia de trato entre los hijos adoptivos y los que han nacido gracias a la donación de gametos en orden a su derecho a la identidad (...)”. La autora aboga por hacer constar en el Registro Civil el recurso a la técnica de reproducción humana asistida “del mismo modo que en los casos de adopción consta el carácter adoptivo de la filiación. E igualmente la filiación de origen se podría someter a un sistema de publicidad restringida”, p.96.

<sup>861</sup> Vid. op. cit. COHEN, G. / FARNÓS AMORÓS, E. (2014) *Derecho y tecnologías reproductivas*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid. La autora FARNÓS AMORÓS destaca esta entre otras “paradojas de la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida”. La autora razona que, a pesar de la existencia de registros obligatorios, tal y como plantea la Ley, “sólo podrán acceder los nacidos que hayan sido informados previamente de que fueron concebidos mediante espermatozoides de donante, por lo que la virtualidad del presunto derecho queda, en realidad, al albur de las conductas de los adultos”, p. 117.



Más allá del posible acceso a la información genética básica (como el color de cabello, o la complexión física, contenidas en las historias clínicas) las severas restricciones para conocer datos identificativos de los donantes, tan sólo posibles por razones de salud y en supuestos muy graves, no son respetuosas con el derecho a conocer los propios orígenes<sup>862</sup>.

Parece que no se considera relevante la protección de este derecho en relación con la identidad de la persona, aunque la búsqueda de sus orígenes pueda estar motivada por múltiples razones, de las que, dicho sea de paso, la norma prescinde absolutamente<sup>863</sup>. A lo que se le aúna que dado el carácter imperativo de la norma no es tampoco relevante si el donante está a favor o no de mantener el anonimato<sup>864</sup>.

A su vez, lo anterior coadyuva con el artículo 8.1 y el 8.3 de la norma, que expresamente recogen que:

“1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”

---

<sup>862</sup> Estudios sugieren que los avances de la genética hacen necesario que la persona donante tenga un papel visible y presente en la familia. En este sentido, GRACE, V.M. / DANIELS, K.R. / GILLET, W. (2008) “The donor, the father, and the imaginary constitution of the family: Parents’ constructions in the case of donor insemination”- *Social Science & Medicine*, 66, pp. 301-314. Los autores, en un estudio universitario llevado a cabo en Nueva Zelanda, sostienen que: “A tension is created within the parents’ talk whereby donors are negated and yet simultaneously appear as persons”, p.301; “This negation is supported by an instrumental and depersonalizing discourse evident in relation to the donor. Regardless of efforts to erase the donor, he keeps appearing; he transpires. These competing constructions create numerous ambiguities with respect to a separation of the bio-genetic from the socio-environmental. Through an exploration of the discursive construction of these ambiguities, we suggest that an entirely new framework for thinking about donated gametes and the role of the donor is influencing parents’ narrations and understandings of family.”, p. 302; “As the policy changes promoting increased openness play a role in reconstituting how donor insemination conceptions affect the process of forming and building families, it seems inevitable that donors will take on a presence as unknown, yet potentially knowable, persons in family narratives (...)”, p. 312.

<sup>863</sup> También, en este mismo sentido, op. cit. BARTOLOMÉ TUTOR, A. (2016) en MARTÍNEZ GARCÍA, C (Coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia...*, p. 732.

<sup>864</sup> MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. (2018) “El anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida”. *Revista de Derecho Privado*, nº4, p. 131.

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

De lo anterior se desprende, tal y como ya se avanzaba en anteriores capítulos, que el anonimato del donante impera en el ordenamiento español, tanto que parece consustancial a la propia configuración del recurso a estas técnicas con intervención de material genético donado. Y todo ello a pesar de que debe recordarse que, como es obvio, a tenor del anterior precepto invocado, en ningún caso la eliminación del anonimato tendría efecto alguno en cuanto a la determinación de la filiación<sup>865</sup>.

---

<sup>865</sup> Según THÉRY, I (2009) “Anonymat des dons d’engendrement...”, op. cit. Esta carencia de efectos filiatorios denota el desmembramiento, una “nítida distinción” entre dos estatus que se integran en un nuevo sistema de parentesco, el de padre/madre por filiación (beneficiarios de la donación de engendramiento) y el de “donante de engendramiento” que realiza un acto de donación para ayudar a procrear que “no implica ni derecho ni deber en relación con el hijo que nacerá, (y que) puede, sin embargo, ser investido de un gran valor moral y social.”, p. 28. Afirma la autora que “(...) En vez de considerarlos implícitamente dos rivales por un solo puesto, donantes y padres se asumen como individuos que desempeñan roles diferentes y ocupan lugares complementarios que se refuerzan mutuamente. El conjunto de este enfoque sólo cobra su sentido si el donante de engendramiento, dejando de estar en la sombra y anulado y cosificado por el anonimato, es por el contrario reconocido a la vez como *persona*, un ser capaz de actuar y sentir de modo humano –y, en consecuencia, susceptible de tener, como es el caso en general de las personas, un rostro, un nombre, una identidad–, y como *persona jurídica* autora de un acto considerado socialmente muy honorable, y, en este sentido, titular de derechos –evitando ser reducido por los receptores o los intermediarios al estado de instrumento– y de responsabilidades –no retractarse del compromiso adquirido al principio del proceso–.”, p. 28. Continúa la autora afirmando que “el donante deja de ser considerado socialmente –y reforzado en esta imagen por la anonimización misma– un espectro amenazante y una fuerza fantasmal, para volverse una persona corriente, autor de un acto que, pese a ser relativamente nuevo respecto a nuestros hábitos sociales, no por ello deja de ser planteado como un acto humano pensable y decible.”, p. 29. En este mismo sentido, THÉRY, I. (2012) “Du don de gamètes au don d’engendrement”, *Revue du MAUSS*, 39, pp. 155-162. En palabras de la autora : “Cette approche redéfinit les frontières de l’objet dans le cas particulier de l’engendrement avec don, en incitant à parcourir du regard un périmètre plus large et à étudier comment est institué le tissu relationnel complexe qui y est impliqué”, p. 155 ; “Cela implique de porter attention à la dimension du *genre* car l’asymétrie masculin/féminin est constitutive d’un engendrement humain, ce que masque systématiquement l’approche prétendument neutre, mais implicitement centrée sur le seul paradigme du don masculin de sperme, qui est aujourd’hui dominante en France. Dans une perspective sociologique maussienne, l’alternative consistant à opposer le « biologique » et le « social » comme deux voies rivales pour définir un « vrai parent » n’est rien de plus (et rien de moins non plus) qu’un puissant discours idéologique (...)” , p. 158.

Vid. en este sentido, entre otras, ROCA TRÍAS, E. (1988) “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional” en *II Congreso Mundial Vasco, Vitoria, 1987, sobre Filiación a finales del siglo XX. Problemática*

Cabe también precisar que, la mujer usuaria de estas técnicas puede acudir a ellas de forma unilateral y será ella determinada como única progenitora a efectos de filiación por naturaleza. Ahora bien, si estuviere casada con un hombre y este quisiera que también se determinara a su favor la filiación matrimonial, se precisaría el consentimiento previo de su cónyuge – excepto si están separados legalmente o de hecho-. Así, ambos quedarán determinados como progenitores de la persona concebida, siendo la filiación por naturaleza (artículo 6.3). En cambio, se prevé que si la mujer está casada con otra mujer – y, del mismo modo, correlativamente al anterior precepto, no separada legalmente o de hecho- la cónyuge, si pretende que le sea atribuida la filiación matrimonial, deberá manifestar su consentimiento ante el Registro Civil a efectos de que se determine su filiación por naturaleza también respecto a la persona nacida (artículo 7.3)<sup>866</sup>, lo que algunos autores relacionan con el reconocimiento de

---

*planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988, p.43.

Vid. también, FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) “Nuevos factores jurídicos para la reforma del anonimato del donante de gametos en el Siglo XXI”. *Diario La Ley*, nº9548, Sección Doctrina (LA LEY 14636/2019)

<sup>866</sup> Para FARNÓS AMORÓS, E. (2011) *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, este precepto “da un paso adelante en la consolidación del carácter de ficción jurídica inherente a la filiación derivada de fecundación asistida heteróloga (...). El precepto consolida la voluntad, exteriorizada a través de los consentimientos que requiere la ley, como criterio básico para determinar la filiación (...)”, p.108. La autora ya aludía en op. cit. a cuestiones relativas a la crioconservación de embriones, presentando distintas teorías, pp. 145-154 y 176-198.

Para mayor detalle en cuanto a la retirada del consentimiento para la implantación de embriones crioconservados tras la ruptura de la pareja, vid. Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 10/04/2007, Caso *Evans* contra Reino Unido, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905; así como comentario de esta resolución por FARNÓS AMORÓS, E. (2007) “¿De quién son los embriones? Crisis de pareja revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec, 4ª, de 7.3.2006”. *Indret Revista para el análisis del Derecho*, 1.07. Consultable en: <https://indret.com/de-quien-son-los-embriones-crisis-de-pareja-y-revocacion-del-consentimiento-a-la-reproduccion-asistida/> (última consulta 22/03/2022); y, tras la confirmación de la Sentencia por la Gran Sala, FARNÓS AMORÓS, E. (2007) “*Evans v. The U.K.* (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja”. *Indret Revista para el análisis del Derecho*, 2.07. Consultable en: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/432\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/432_es.pdf) (última consulta 22/03/2022).

Se siguen planteando incógnitas en cuanto a múltiples supuestos que pueden darse en la práctica. Por ejemplo, si nos situamos en el escenario en que los preembriones han sido preservados cuando la mujer no gestante prestó su consentimiento al inicio del tratamiento, y con posterioridad, la pareja se separa: ¿Cuál es el destino de estos preembriones? Conforme a la ley, la madre que inició el tratamiento y que quiere gestar con los preembriones crioconservados

complacencia<sup>867</sup> e instaura a la voluntad como origen de la doble maternidad<sup>868</sup>. Respecto a los supuestos de parejas de hecho nada manifestaba la norma estatal hasta

---

no podrá acceder a este método sin el consentimiento de su ex mujer o ex pareja, pero si le otorga esta última el consentimiento en la clínica podría eludir la atribución de la filiación si nada manifiesta ante el Registro Civil aunque prestara su consentimiento en dicho centro médico?

Para mayor detalle, acerca de los posibles acuerdos previos sobre disposición de embriones, vid. FARNÓS AMORÓS, E. (2012) “Reproducción asistida, género y derecho: de la maternidad subrogada a los conflictos sobre embriones” en op. cit. CASADO, M. / ROYES, A. (Coords.) *Sobre Bioética y Género*. Observatori de Bioètica i Dret UB, Civitas Thomson Reuters, pp. 195-213.

<sup>867</sup> En este sentido, apunta a la semejanza existente PANIZA FULLANA, A. (2017), *Realidad biológica versus realidad jurídica...*, op. cit.

<sup>868</sup> Op. cit. FARNÓS AMORÓS, E. (2011), *Consentimiento a la reproducción asistida...*p. 109. La autora afirma que la posibilidad conferida por el ordenamiento de determinar la filiación a favor de dos personas en las que biológicamente no puede concurrir vínculo genético con la persona nacida “convierte la voluntad en el origen” de esta doble maternidad.

Para mayor detalle sobre la doble maternidad legal, puede consultarse, entre otras obras, a BARBER CÁRCAMO, R. (2014) “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”. *Derecho Privado y Constitución*, nº28, pp. 93-136; op. cit.

Vid. también, CADENAS OSUNA, D. (2022) “La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática” que plantea en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXXV, fasc. I, pp. 69-114. Consultable en:

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2022-10006900114](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2022-10006900114) (última consulta 2/12/2022)

Vid. también, QUICIOS MOLINA, M.S. (2022) “Doble maternidad y acciones de filiación: conceptos de voluntad de ser madre, posesión de estado e interés superior del menor. Comentario a la STS, de 27 de enero de 2022”. Aranzadi Instituciones (BIB 2022\3358). Puede consultarse también, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2015) “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad”, en BENAVENTE MOREDA, P. / FARNÓS AMORÓS, E. (Coords.) *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Monográfico del Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, nº2179, p. 89-90; 124-164. Consultable en:

<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/9268> (última consulta 29/07/2022).

También, CADENAS OSUNA, D. (2020) “Determinación de la segunda maternidad por naturaleza en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida” en GALLARDO RODRÍGUEZ, A. / ESTANCONA PÉREZ, A.A. / BERTI DE MARINIS, G. (Coords.) *Los Nuevos retos del derecho de familia*, Tirant lo blanch.; vid. también, GÓMEZ PERALS, M. “Doble maternidad legal en parejas homosexuales femeninas” en GARCÍA RUBIO, M.P. (Coord.) (2019) *Mujer, maternidad y derecho: V Congreso sobre la feminización del derecho*. Carmona V. Santiago de Compostela, 21 y 22 de septiembre 2017. Tirant lo Blanch, pp. 161-171. Vid. también, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2021) “Reproducción asistida y acciones judiciales de filiación: una controvertida relación. Especial consideración de la doble maternidad, con o sin intervención de centros sanitarios autorizados” en MÚRTULA LAFUENTE, V. / DE LAS HERAS GARCÍA, J.A. et al. *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, pp. 157-196. También en la misma obra, QUICIOS MOLINA, M.S. (2021) “Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado...e interés

la promulgación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI<sup>869</sup>, en las que se asimila la situación de la pareja a la del cónyuge, pudiendo reconocer ante el Registro Civil la filiación no matrimonial.

En el ordenamiento catalán, el Código civil de Cataluña ya recogía en su artículo 235-8.1, relativo a la fecundación asistida de la mujer casada, que “Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento”. Asimismo, en su artículo 235-13.1 CCCat, en cuanto a la fecundación asistida de la mujer (no matrimonial), dispone que: “1. Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público”. Nótese en este último precepto que se refiere a la pareja no casada y que integra también el supuesto de doble maternidad, siendo “la fuente de la determinación de la filiación el consentimiento a la fecundación asistida”<sup>870</sup>.

Volviendo a la legislación estatal, cabe por último destacar el contenido del Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción

---

superior del menor” en MÚRTULA LAFUENTE, V. / DE LAS HERAS GARCÍA, J.A. et al., *ibidem*, pp.277-317.

Vid. también GETE-ALONSO, M.C. (2021) “La determinación de la filiación” en *op.cit.* GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. *Actualización del derecho de filiación...* La autora apunta a que, en los supuestos de doble maternidad, si el padre es conocido, “de *lege ferenda* habría de plantearse la oportunidad de que pudiera constar la filiación paterna (...) al menos al efecto de que la persona conozca sus orígenes; cuestión sería la de la eficacia de esta constancia registral de la paternidad”, p.36.

<sup>869</sup> BOE-A-2023-5366.

<sup>870</sup> GARCÍA VICENTE, R. (2014) en *op. cit.* EGEA I FERNÀNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.) *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, Atelier, p. 597. El autor observa que la filiación se regula de forma prácticamente idéntica en el artículo 235-8 y en el artículo 235-13 CCCat, siendo la única diferencia que la filiación sea o no matrimonial y que en ambos supuestos la “font de la determinació de la filiació és el consentiment a la fecundació assistida” y precisa que “el fet que els gàmetes siguin o no de procedència del cònjuge o parella estable (l’òvul pot procedir de l’esposa o parella de la mare gestant) afecta al règim de la impugnació (...) i de reclamació de la filiació, que sí que seria possible en cas de fecundació amb gàmetes del cònjuge o parella encara que manqués el seu consentiment, ja que la reclamació es fonamenta en la veritat biològica”, p. 597.

humana<sup>871</sup> y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, en el que también se consagraba de forma categórica la que denomina “Garantía de Secreto”, que, en su artículo 9 establece:

“La información recogida en la historia clínica de usuarios de las técnicas de reproducción asistida, la correspondiente al proceso de selección de donantes, así como toda aquella información individualizada contenida en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones tanto en la Base Central como en los centros y servicios autorizados, serán recogidos, tratados y custodiados en la más estricta confidencialidad, debiendo producirse esta custodia conforme a lo dispuesto por la Ley General de Sanidad, en los artículos 2,5,7,19,20 y disposición final tercera de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos Personales. Ello sin menoscabo de las condiciones de información establecidas por la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida para los nacidos por la aplicación de estas técnicas y de las circunstancias extraordinarias de ruptura del deber de secreto expresamente establecidas por la Ley de Medidas Urgentes para la Salud Pública y por la propia Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en aquellos casos en que fueran de aplicación.”

El aludido registro, tal y como se ha referido, aunque está en fase de “pilotaje”<sup>872</sup> todavía no está en funcionamiento, a pesar de que ya se previó su existencia en la primera Ley de 1988 y ya han transcurrido más de treinta años desde que legalmente se previera su implementación.

Sería deseable, en un futuro, que la eliminación del anonimato permitiera el acceso a la información por parte de la persona concebida con material de tercero, mediante la publicidad de esta circunstancia, en el Registro Civil<sup>873</sup> unida al

---

<sup>871</sup> BOE-A-1996-6644.

<sup>872</sup> Puede consultarse etapas de su implementación en las notas de prensa del Ministerio de Sanidad, publicadas en: <https://www.sanidad.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=4223> (última consulta 10/05/2022). En cuanto a la fase de pilotaje se asimila a prueba.

<sup>873</sup> Tal y como apunta FARNÓS AMORÓS, E. (2015) “Anonimat del donant...” op. cit., al indicar que “és aconsellable un sistema que permeti deixar constància de l’origen de la concepció. Aquesta incertesa podria cessar garantint que l’origen de la concepció constés al Registre Civil, com succeeix en matèria d’adopció, on les dades sobre el caràcter adoptiu i la filiació d’origen se sotmeten a un sistema de publicitat restringida (...) o en un registre nacional de donants, (...). Aquest darrer podria ser útil per tal de revelar la identitat del donant, mentre que seria suficient que l’origen de la concepció constés al Registre Civil”

funcionamiento real de un Registro nacional de donantes, teniendo en cuenta, claro está, los derechos con los que esto puede colisionar, como el derecho a la intimidad de los donantes; pero que sin embargo no pueden prevalecer al derecho a conocer los propios orígenes. Los sujetos implicados, donantes y progenitores no deben ni pueden ampararse en sus derechos para ocultar información que corresponde a la persona nacida, no pueden extirparle parte de su existencia.

Con todo, si la persona concebida no se viera privada de conocer que fue procreada con material genético de tercero, si lo quisiera, cuando estuviera preparada, podría percibir a la persona donante como parte de la posibilidad de haber sido concebida<sup>874</sup>, y tendría la posibilidad de conocerle y mantener el contacto, si así lo deseara. Se reitera que ello no se traduce necesariamente en el establecimiento de una relación filiatoria, pues no tiene por qué tener relevancia jurídica a estos efectos, pero, sin embargo, el conocimiento del mayor número de datos y posible contacto con la persona donante sí tiene relevancia a efectos de la identidad de la persona concebida por estas técnicas.

Ahora bien, esto requiere, quizá como premisa, un cambio de conciencia acerca de la necesidad de reconocer el papel de la persona donante, reconocer la importancia de la genética y de comprender nuestro origen, desde una perspectiva de cooperación y no de enfrentamiento<sup>875</sup>. El seguir manteniendo el paradigma de la ocultación y la superposición de roles entre lo filiatorio y lo biológico desde la perspectiva del conflicto, imposibilita el acceso a la información y que el hijo/hija pueda decidir acerca de qué importancia le confiere a conocer y a contar con esta información. Y es que esta

---

<sup>874</sup> De acuerdo con lo que sostiene IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2014) “El derecho a conocer los orígenes biológicos...”, op. cit. “La normalización de las técnicas de reproducción asistida, y la posibilidad de identificar el donante, producirá también cambios sociales y culturales, de forma que la figura del donante pueda aparecer en el imaginario de los niños/as, como una realidad desprovista de estigma alguno, al igual que se ha producido en la normalización de las separaciones y divorcios, y la aparición de nuevas familias (homosexuales, monoparentales o reconstituidas). El derecho debe hacerse eco de estas nuevas realidades familiares, e igualmente permitir e incluir las nuevas formas de pluriparentalidad.”, p. 249.

<sup>875</sup> Estudios revelan que el acceso a la identidad de la persona donante es percibido, todavía, como una amenaza para los progenitores. En este sentido, WYVERKENS, E. / PROVOOST, V / RAVELINGIEN, A. / DE SUTTER, P. / PENNING, G./ BUYSSSE, A. (2014) “Beyond sperm cells: a qualitative study on constructed meanings of the sperm donor in lesbian families”. *Human Reproduction*, Vº29, nº6, pp. 1248-1254.

información de ningún modo debe ser ocultada a la persona nacida, puesto que le pertenece y se halla intrínsecamente conectada con su propio ser<sup>876</sup>.

Tampoco se plantea en nuestro sistema jurídico la posibilidad de una “responsabilidad procreacional” por parte de la persona donante, en tanto en cuanto deba entenderse que la persona concebida tiene derecho a identificar sus antecedentes genéticos<sup>877</sup>, aunque la filiación se determine a favor de las personas que, de forma libre y voluntaria, optaron por la concepción heteróloga del niño o niña, en base a un “principio de voluntad procreacional”<sup>878</sup>.

---

<sup>876</sup> En este sentido, RAVITSKY, V. (2012) “Autonomous Choice and the Right to Know One’s Genetic Origins”. *Hasting Center Report* 44, n°2, al afirmar que “For some donor-conceived individuals who argue for a right to know, not having access to their genetic origins constitutes a life-long struggle that has caused much psychological harm. Others have never experienced their circumstances as harmful and rather perceive the search for their donors and donor-siblings as a fulfilling journey that is emotionally adventurous and intellectually stimulating and full of potential for new relationships. But for all of them, the right is grounded, not necessarily in a need for protection from harm, but rather in their autonomy to make choices about what their genetic origins mean to them, at different points in their lives. This choice is linked to fundamental aspects of human existence: our understanding of who we are and how we are connected to others”, p.36.

<sup>877</sup> En este sentido, op. cit. BLAUWHOFF, R.J (2009) *Foundational facts, relative truths. A comparative law study on children’s right to know their geneticorigins*, Intersentia. El autor desarrolla en su obra la noción de “responsabilidad procreacional” e incluso desde la perspectiva del derecho comparado, pp. 154-157; 377-382. Sostiene BLAUWHOFF que: “Even though it cannot be excluded that further empirical research would be able to demonstrate that the wish to find out about their birthparents is generally stronger among adopted children than among donor conceived persons, a case for difference in treatment will be difficult to justify if the ethical viewpoint is accepted that the donor, as a biological parent, in principle has a (procreational) responsibility to be identifiable and that children have a principled right to choose whether they wish to identify him.”, pp. 349-350.

<sup>878</sup> Así lo afirma ALES URÍA ACEVEDO, M. M. (2012) *El Derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo blanch; op. cit. Sostiene la autora que “La aplicación de este principio ha llevado a soslayar totalmente el dato biológico en la filiación por TRHA de tipo heterólogo para priorizar la maternidad y paternidad de deseo. (...) Las TRHA representan un quiebre, voluntariamente asumido y querido por el legislador, con los principios de verdad biológica y libre investigación de la paternidad. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la adopción, no promueven los derechos e intereses de los menores sino los de los adultos” p. 480.



#### 4.3. DIFERENCIAS EN RELACIÓN CON LA ADOPCIÓN EN CUANTO AL TRATAMIENTO DEL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES

Del mismo modo que en la adopción, en los supuestos de fecundación con material de donante se impone la ficción jurídica, sentada sobre el elemento volitivo de las personas -su voluntad procreacional-, supliéndose la verdad biológica, dando entrada a nuevas formas de familia<sup>879</sup>.

Es difícil cohonestar los intereses de los progenitores, los intereses privados de las clínicas intervinientes y los de las personas concebidas, pero no hay que perder de vista la necesidad de respetar el derecho a conocer el mayor número de datos posibles acerca de nuestra historia personal, desde un punto de vista de construcción de la identidad de la propia persona.

Tampoco podemos eludir que en un futuro no muy lejano las posibilidades de detectar parientes biológicos con los avances de la ciencia en materia de ADN y de registros será ya una realidad<sup>880</sup>, quedando quizá las posibles reticencias a la revelación de orígenes como cuestiones superadas y pertenecientes a sociedades del pasado.

---

<sup>879</sup> Op. cit. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O. (2015) “Maternidades y paternidades escindidas: una nueva cultura de la reproducción” en TAMAYO HAYA (Dir.) *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares. La autora afirma que “El uso de las técnicas de reproducción humana asistida plantea la posibilidad de disociar, fragmentar y jerarquizar distintos aspectos de la paternidad y la maternidad, sometiendo las decisiones sobre la atribución de la filiación paterna y materna a una serie de variables inexistentes en la reproducción natural (...)”, p. 114, distinguiendo la autora entre padre social, madre social, padre genético, madre genética y madre gestante. En cuanto a la imposición o prevalencia del elemento volitivo por encima del genético, vid. también, op. cit. LAMM, E. (2012), *La importancia de la voluntad procreacional* ....

<sup>880</sup> En este sentido, HARPER, J.C. / KENNET, D. / REISEL, D. (2016) “The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business”. *Human Reproduction*, V. 31, nº6, pp- 1136-1140. Los autores plantean que es posible que en un futuro todas las personas al nacer dispongan de un código genético, y de que las pruebas de ADN a demanda para tener acceso a información genética y rastrear parientes proliferaran, yendo su uso en aumento, por lo que “Although robust data are lacking, it is likely that a large number, perhaps even the majority, of donor-conceived offspring are not informed by their parents of their donor-conceived status (...) Parents using donor conception need to be fully informed that their children’s DNA will identify that they are not the biological parents (...)The same is also true for the donors themselves. Whether they are donating in a country that uses anonymous donation or not, donors should be informed that their anonymity is not guaranteed. They may be traced if their DNA, or that of a relative, is added to a database. There will also need to be consideration of any children that a donor might have, as they might find out their parent was a donor from such publicly available information. (...)”, p. 1138.

Por ahora, la persona concebida con material genético donado quizá no conoce tal circunstancia, y, lo sepa o no, no podrá -salvo circunstancias excepcionales- ni identificar a la persona donante, ni tampoco, -si es que la persona concebida lo quiere-<sup>881</sup>, contactar con aquélla.

Ello es trascendente y especialmente grave pues, como se ha referido, la persona concebida con material genético de donante puede no tener constancia a lo largo de su vida de que sus progenitores o uno de ellos no son progenitores biológicos o genéticos. Este desconocimiento, además de ser contrario a su dignidad, al libre desarrollo de su personalidad y a la formación de su identidad<sup>882</sup>, podría irrogarle también problemas de acceso a la información relevante sobre su salud<sup>883</sup>.

Pero es que, a su vez, se vulnera el derecho a la igualdad<sup>884</sup>, puesto que, tal y como ha sido apuntado, mientras que la persona adoptada podrá conocer la circunstancia de

---

<sup>881</sup> Vid. op. cit. THÉRY, I. (2009) “Anonymat des dons d’engendrement...”. Para la autora, el hecho de no tener la posibilidad de acceder a estos datos conculca el interés superior del hijo o hija, puesto que “El interés del niño se define aquí en términos jurídicos –en referencia a los grandes principios del derecho– y de manera deliberadamente negativa: como el derecho de “no privar a priori y definitivamente” de una información sobre la identidad de las personas que le han permitido nacer, derecho que la inmensa mayoría de los niños poseen o podrían poseer.”.

<sup>882</sup> En contra, entre otros, vid. op. cit. CLARK, B. (2012) “A Balancing Act? ...”, al afirmar que: “it could be maintained that the right to know one’s origins is simply a fashionable notion fueled by advances in biomedical sciences.”, p. 626

<sup>883</sup> Vid. op. cit. ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003) *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson Aranzadi, p. 273. Además, la autora afirma que no sólo debe eliminarse el anonimato por derecho a la salud del hijo o hija sino por el “derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos que les conciernen. Esta facultad es una manifestación concreta del derecho a la información (...) La protección de los intereses de terceros sólo justifica la negativa a proceder con transparencia cuando los intereses invocados sean superiores al propio derecho a la información, que en el caso de los datos relativa a los orígenes biológicos, es además una información cualificada por su relación con el derecho a la salud del nacido de gametos donados y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.”, p. 274.

<sup>884</sup> Apuntan a esta discriminación, entre otras autoras, FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) “La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos”, op. cit. La autora se plantea “(...) ¿qué ocurre con la defensa del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española? Resulta evidente que si en España no está permitida la discriminación legal por razón de nacimiento, al menos debemos plantearnos si se está favoreciendo la aplicación de un agravio comparativo entre, por un lado, los derechos de los hijos nacidos de una relación sexual o los entregados en adopción y, por otro, los nacidos a partir de material genético donado.”

También, DE LORENZI, M. (2016) “El reconocimiento del derecho...” op. cit., la autora entiende que la diferenciación conculca la prohibición de discriminación por razón de nacimiento o de cualquier otra condición contenida en el artículo 2.1 del CDN.

la adopción – y en el CCCat deberá conocerla por imposición legal (aunque sin sanción prevista a su contravención)-, esta posibilidad quedará en estos casos a designio de sus progenitores. No cabe duda de que la situación de la persona adoptada y de la concebida con TRHA con material donado no son análogas. En definitiva, en el sistema articulado en torno a estas técnicas, a diferencia de la adopción, la relación de filiación no se concibe en el recurso a las TRHA como una medida de protección de la infancia, sino como “la realización de la aspiración de ser madre y padre, manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad”<sup>885</sup>. No obstante, hay que plantearse si esta distinta realidad justifica un tratamiento jurídico desigual en la posibilidad a conocer, en sentido amplio, sus propios orígenes.

Es más, aunque el hijo o hija conociera tal circunstancia, y pudiera acceder a datos generales sobre el recurso a las TRHA, salvo circunstancias especialmente excepcionales, no le serían revelados datos identificativos de la persona o personas donantes, aunque lo quisiera; ni tampoco, podría, en consecuencia, contactar, si lo quisiera, con las mismas. Es decir, el contenido de la información a la que podría acceder es absolutamente limitado, pues con suerte podrá acceder a datos fisiológicos de sus progenitores -edad, color de pelo, color de ojos...- pero ello no abarca a datos que pudieran conducir a identificarle.

Cierto es que no puede equipararse la situación o la realidad contextual de la persona adoptada, que en la mayor parte de casos ha vivido con su familia de origen, y/o ha vivido en una situación de desamparo; a la de la persona cuya conexión con este pasado, por decirlo de algún modo, no ha existido previamente. No se conoce con certeza si las consecuencias de la ocultación genética tienen el mismo peso en la construcción de la identidad para el sujeto concebido con material genético donado que en los casos de personas adoptadas, pero, no obstante, no debe obviarse que ocultar conscientemente esta información “comporta negarle uno de los elementos constitutivos de su identidad”<sup>886</sup>.

Autoras aluden a la necesidad de coexistencia de las todas las personas implicadas en la procreación, alejada de una visión de poder o de rivalidad acerca de quién es más padre o más madre, que debe pasar por implicar a todas las personas de

---

<sup>885</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. (2007) “Reflexiones sobre el derecho de familia”. *TEORDER*, n<sup>o</sup>2, pág. 91.

<sup>886</sup> COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016) *Dret a conèixer els orígens...*, op. cit, p. 10. En contra, op. cit. CLARK, B. (2012) “A Balancing Act? ...”, p. 646.

inicio, de forma transparente, cada uno con sus roles, aceptando el “estatus” de donante y de padre o madre, de forma complementaria o cooperativa, desde una “concepción no esencialista sobre la paternidad/maternidad”<sup>887</sup>. Ello nos conecta de nuevo con el necesario replanteamiento de la paternidad y maternidad como las venimos entendiendo y de la reformulación de los principios del derecho de filiación.

#### **4.4. LA ELIMINACIÓN DEL ANONIMATO COMO PREMISA PARA GARANTIZAR EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES**

Tal y como ya se ha hecho mención en la presente investigación<sup>888</sup>, el anonimato del o de la donante en las TRHA, tanto si el hijo o hija es concebido con semen procedente de donante o de ovocito procedente de donante, desatiende completamente el derecho de los hijos e hijas concebidos a conocer su propio origen biológico. Y, esta información, en caso de quererla conocer, les pertenece<sup>889</sup>. El ocultar e impedir el acceso

---

<sup>887</sup> Op. cit. PUIGPELAT MARTÍ, F. (2012) “El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista” en op. cit. CASADO, M. / ROYES, A. (Coords.) *Sobre Bioética y Género...*, pp. 190-191. En consonancia la autora con THÉRY, I. (2009), *Anonymat des dons d’engendrement...*, op. cit. “No se puede entender el significado profundo de la reivindicación de un derecho a los orígenes sin considerar que esta expresión, por muy paradójica que pueda parecer, pone en primer plano el sufrimiento que puede infligir un montaje ideológico y jurídico que pretende transmitir al hijo la idea de que ha nacido de la unión de una persona y un “material”, como si –al menos por lo que toca a la donación– la historia de su vida nunca pudiese, irrevocablemente, ir más allá de sí mismo. El derecho a los orígenes del hijo a lo que apunta, primeramente, es a tener el derecho de no ser excluido de la común humanidad al transformarlo simbólicamente en “origen de sí mismo”.”, p. 31. También, NOIZET, A., / THÉRY, I. (2009) “Introduction: Procréations assistées, secret, accès aux origines”. *Esprit*, 354 (5), 77–81.

<sup>888</sup> Vid. Capítulo II § 1.4.

<sup>889</sup> En este sentido, vid. op. cit. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2019), que afirma que “si la reforma del anonimato en el ámbito de la adopción obedece necesariamente a las exigencias del principio del interés superior del menor y a las propias previsiones contenidas en los ya 26 citados artículos 7 y 8 de la Convención, es harto difícil no trasladar la misma solución y sostener con congruencia jurídica que los hijos adoptados sí puedan ejercer su derecho a la identidad y, por tanto, a conocer su origen biológico, mientras que los nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida no.”, pp. 25-26. En el mismo sentido, ya se había postulado en contra de esta distinción el Comité de Bioética de Cataluña en COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016) *Dret a conèixer els orígens...*, op. cit.

a esta información tiene graves consecuencias en la construcción narrativa<sup>890</sup> de la persona nacida de estas técnicas, y que a medida que va creciendo necesita completar parte de su historia personal.

Cuando las personas que quieren procrear deciden acudir a estas técnicas tienen que tomar conciencia de la relevancia de este hecho en cuanto a que “conectaran” a la familia creada con la persona donante<sup>891</sup>, no pudiendo obviar el recurso a material genético de una tercera persona y decidir omitir esa circunstancia tan relevante en la vida del hijo o hija, decidiendo por él o ella sobre una cuestión que le es inherente.

Las revelaciones de la genética y el mayor reconocimiento por la construcción de la identidad propia por parte de cada ser humano, hacen que sea necesario replantearse la figura de la persona donante, que, aunque legalmente no tenga ninguna obligación filiatoria respecto a la persona nacida con su material genético, quizá tiene unos deberes procreacionales. En este orden de cosas, la persona donante debe entender -y asumir- que el hijo/hija genético/a quiera saber quién es y que, además, le pueda querer contactar. Así como también, de forma correlativa, las personas que pretenden recurrir a estas TRHA deben aceptar que su hijo o hija tiene derecho a conocer los datos acerca de su origen<sup>892</sup>.

---

<sup>890</sup> THÉRY, I. (2009) “Anonymat des dons d’engendrement...” op. cit. En palabras de la autora, “Los dramas personales derivados de la imposibilidad de construir una identidad narrativa desembocan entonces hacia un cuestionamiento más general de nuestro sistema de parentesco. Cómo puede imaginarse que los niños vivan fácilmente en un mundo en el que ven cada día que el engendramiento es un acto extremadamente importante, preparado, esperado y valorado, festejado con júbilo, máxime cuando al interrogarse sobre sí mismos obtienen como respuesta: “sí, esto es cierto para los otros, pero ‘no para ti’; para ti no cuenta haber sido concebido, lo que cuenta es ser querido”. Se reduce así doblemente a estos niños a la singularidad. Fueron concebidos, como todos los demás, pero en su caso esto no es importante. Ellos solos deben encarar el espacio en blanco que se ha creado conscientemente en su propia historia. No pueden unir su calidad de mortal a su nacimiento, como si sus cuerpos hubiesen perdido su realidad.”, p. 39.

En contra del derecho a conocer los propios orígenes, sin embargo, se postula DE MELO MARTÍN, I. (2014) “The ethyics of Anonymous gamete donation: Is there a right to know one’s genetic origins?”. *Hastings Center Report* 44, n°2, pp. 28-35.

<sup>891</sup> En este sentido, CAHN, N.R. (2012) *The New Kinship: Constructing Donor-Conceived Families*, NYU Press. La autora afirma que: “When people choose to use donor sperm or eggs, they are constructing a family and, (...) creating kinship and connection within their own families and with other families. They are, in some sense, challenging the traditional, biologically constructed family by using third-party gametes but, at the same time, assimilating themselves into the nuclear family model made up of those genetic bonds. (...)”.

<sup>892</sup> En este sentido, PUIGPELAT MARTÍ, F. “El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista” en op. cit.

Han existido y perduran múltiples argumentos entorno a la necesidad de mantener el anonimato. Algunos propiciados en un contexto en el que tan sólo parecía importar el aumento de la natalidad, -eso sí, en el modelo de familia tradicional imperante-; otros basados fundamentalmente en argumentos utilitaristas como la pérdida de donaciones<sup>893</sup> y consecuente agravio para las personas que quieren procrear; en lo que quizá subyace la idea de inexistencia real de altruismo por parte de los donantes -lo que choca frontalmente con su naturaleza-<sup>894</sup>; otros todavía sosteniendo que no procede eliminar el anonimato al no poderse concluir los efectos que el desconocimiento tiene en los hijos concebidos por estas técnicas, al no ser equiparable la situación a la de las personas adoptadas<sup>895</sup>. Pero ninguno de ellos tiene suficiente base

---

CASADO, M. / ROYES, A. (Coords.) (2012) *Sobre Bioética y Género...* afirma que “Cuando alguien quiere satisfacer un proyecto parental que requiere la colaboración de otras personas pero no está dispuesto a asumir que el hijo mayor de edad conozca sus orígenes biológicos, tal vez lo más conveniente sea que no recurra a estas técnicas. No puede crearse un entorno familiar saludable para el menor si la aportación y la identidad del donante se convierten en un “secreto” que no le puede ser desvelado (...)”, p. 192.

<sup>893</sup> Estudios apuntan a que, si bien es cierto que a corto plazo se produce una reducción de las donaciones, con posterioridad vuelven a aumentar y la cifra se estabiliza. Vid. entre otros, JANSSENS, P.M.W. / SIMONS, A.H.M. et al (2005) “A new Dutch Law regulating provision of identifying information of donors to offspring: background, content and impact”. *Human Reproduction*, V. 21, n°4, pp.852-856.

<sup>894</sup> Ibidem, p. 191.

<sup>895</sup> Para un estudio pormenorizado de los distintos argumentos, vid. entre otras, CUBILLOS, C. / MEDINA, R. / KONVALINKA, N. (2016) “Orígenes y revelación : entre derechos e intereses” en op. cit. JOCILES RUBIO, M.I. (ed.) *Revelaciones, filiaciones y biotecnologías...*, pp. 367-380. Las autoras recopilan argumentos a favor y en contra del anonimato y concluyen que: “La complejidad tiene distintas fuentes. Por una parte, se ha mostrado como, incluso dentro del discurso occidental, se utilizan los mismos argumentos -más notablemente el interés superior del niño- para apoyar posturas tanto a favor como en contra de la revelación. El discurso experto actual sobre la conveniencia de la revelación desde edades muy tempranas, sobre lo insalubre del secreto en el ámbito familiar y la prioridad del derecho a la identidad del niño o la niña sobre cualquier derecho de los adultos (tanto donantes como padres) es tan culturalmente construido como el discurso previo en el tiempo que daba prioridad inequívoca al derecho a la intimidad de los padres o como los discursos de otros contextos culturales que obran de manera diversa”, p. 380.

También recopila los argumentos en contra del anonimato, op. cit. IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2014) “El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos”. *Derechos y Libertades*, n°31, época II, pp. 227-249. Vid. también, PUIGPELAT MARTÍ, F. (2012) “El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista” en op. cit. CASADO, M. / ROYES, A. (Coords.) *Sobre Bioética y Género...*, pp.181-185. Vid. también para mayor detalle, op. cit. ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003) *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*. Thomson Aranzadi, pp. 272-273.

empírica<sup>896</sup> ni permite seguir justificando la ocultación al hijo o hija de una parte esencial de su ser, que, aunque trate de ocultarse pervive en sus células, en su genética, le integra y lo conforma, quieran los progenitores o no. Por no decir, que su ocultación plantea severas contradicciones con principios y derechos fundamentales como el “derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la libre investigación de la paternidad, el derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad”<sup>897</sup>.

Existen pues, todavía, defensores de la tesis del mantenimiento del anonimato, aunque cada vez son más los autores que se posicionan acerca de la necesidad de eliminarlo, sosteniendo que es inconstitucional; otros que es constitucional, pero que, sin embargo, no se planteó para la nueva realidad actual ni el estado de la ciencia, debiendo ser la Ley reformulada; y otros, en sentido más limitado, que el mantenimiento del anonimato podría, en ocasiones, ser contrario al derecho a la salud y que el anonimato debería ceder ante la necesidad de conocer los datos genotípicos del donante<sup>898</sup>.

Asimismo, el anonimato, además de afectar al hijo o hija, podría también ser la opción instaurada y que perdura en aras de conseguir también otra motivación, la de tratar de perpetuar de forma forzosa el modelo de familia tradicional<sup>899</sup>, aunque a todas luces esto no sea viable pues la heterogeneidad del hecho familiar es ya indiscutible.

---

<sup>896</sup> Así lo recogen las autoras ALKORTA IDIAKEZ, I. / FARNÓS AMORÓS, E. (2017) “Anonimato del donante y derecho a conocer...”, pp. 148-178, op. cit.

<sup>897</sup> Vid. en este sentido, op. cit. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.d.C (2022) *Reproducción humana asistida y anonimato ¿violación o excepción al principio de verdad biológica?*. Aranzadi Civitas. La autora plantea estas posibles colisiones con los derechos invocados, pp.62-97.

<sup>898</sup> Se refiere a estas tesis y a los autores que las acogen ROMERO COLOMA, A.M. (2009) “La identidad genética...”, op. cit. También recoge las distintas tesis acerca del anonimato, ALES URÍA ACEVEDO, M. M . (2012) *El Derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch, pp.447-459; op. cit.

<sup>899</sup> En este sentido, vid. op. cit. PUIGPELAT MARTÍ, F. (2012) “El anonimato...”. La autora afirma que “lo que caracteriza a esta solución (el anonimato) es que es la más idónea para preservar un modelo de relación familiar tradicional, pese a que aparentemente es contraria a los principios de verdad biológica e indisponibilidad del estado, y para favorecer el individualismo y el mercado como formas de interacción personales.”, pp. 184-185. Para la autora, el acceso a la identidad de los donantes además de garantizar a las personas nacidas a través de estas técnicas con material genético de donante la posibilidad de conocer su origen biológico, tiene un alcance mayor, ya que “1) se reconoce la especificidad de las donaciones de gametos y embriones; 2) se valoran separadamente las donaciones femeninas y masculinas; 3) se otorga un estatus significativo a las

A su vez, desde el punto de vista de la bioética parece del todo insostenible que terceras personas conozcan la circunstancia de que una persona ha sido engendrada genéticamente por otra persona, y ni siquiera la propia persona conozca tal información<sup>900</sup>.

Otro motivo que se ha invocado a favor de la abolición del anonimato es que este contribuiría a un mayor control ante el número de donaciones y uso de material genético de un mismo donante -limitado por ley en nuestro país a seis hijos- además de para lograr una mayor transparencia y control del “mercado de la reproducción”<sup>901</sup>.

Sea como fuere, la eliminación del anonimato, empero, exigiría un cambio en la forma de entender la reproducción asistida. Exige replantearse la concurrencia de unos roles entre las partes implicadas para conseguir la procreación alejada del enfrentamiento y de la exclusión, basados en “esquemas de pensamiento profundamente desfasados”<sup>902</sup>.

---

relaciones personales de cooperación que subyacen a las técnicas; 4) se facilita el control del mercado de la reproducción.”

<sup>900</sup> Op. cit. ALKORTA IDIAKEZ, I. / FARNÓS AMORÓS, E. (2017) “Anonimato del donante...”. Las autoras afirman que la ocultación priva al concebido de “uno de los elementos fundamentales que constituyen su identidad (...) Teniendo en cuenta que en las TRA el derecho interviene antes de que se produzca el nacimiento, la ponderación de los intereses en presencia hace que, si se conviniera en que el derecho del hijo a conocer su origen es protegible, bastaría establecer dicha regla y comunicársela al donante antes de que realizara la donación, para que éste decidiera libremente, sin que pudiera alegar ningún tipo de perjuicio si, más tarde, el nacido solicitara conocer su identidad (...)”, p. 24.

<sup>901</sup> Ibidem, p. 191.

<sup>902</sup> Op. cit. THÉRY, I. (2009) “Anonymat des dons d’engendrement, filiation et identité narrative des enfants au temps du démarriage”, traducido en *Revista de Antropología Social*, nº18, pp. 21-42. La autora aboga por modificar el concepto de “donación de gametos” por el de “donación de engendramiento” y propone la redefinición de conceptos para poder dar cabida a nuevas realidades que sean respetuosas con la “construcción de la identidad narrativa de los hijos en situaciones de pluriparentalidad, planteando la cuestión de la capacidad de nuestras sociedades democráticas para renovar este derecho (de filiación) en un sentido a la vez común y pluralista.”, p.24. El término “engendramiento” se contrapone al de “procreación”, toda vez que, para la socióloga en nuestra especie, el engendramiento, además de los actos biológicos, incluye una dimensión significativa propia del mundo humano. Vid. THÉRY, I (2006) “Avortement, engendrement et singularisation des êtres humains”. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, nº2, año 61, pp. 483-503. Consultable en: <https://www.cairn.info/revue-Annales-2006-2-page-483.htm> (última consulta 23/02/2022). Para la autora, “ (...) e l’un des domaines privilégiés où l’on oppose aujourd’hui le biologique et le social, la procréation humaine, est en réalité un processus nécessairement inscrit dans les significations et les valeurs communes d’une société : autrement dit un engendrement, impossible à ramener à sa seule description comme fait



Es necesario volver a traer a colación en este punto el contenido de la Recomendación 2156 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>903</sup> en la que se recoge la tendencia al reconocimiento del derecho a conocer los propios orígenes<sup>904</sup> plasmado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) y también en la jurisprudencia emanada del TEDH, comprendiendo “el derecho a acceder a la información que permita rastrear el origen, conocer las circunstancias del nacimiento y acceder a la certeza de la filiación parental” (apartado 2). En la Recomendación se recoge que a pesar de la mayor sensibilización acerca de este derecho existen múltiples intereses entre las partes involucradas y que la regulación entre los estados es muy dispar<sup>905</sup>. La finalidad de la Recomendación fue la de instar al Comité de

---

physiologique de reproduction «biologique» puisque les individus lui accordent un sens. L’engendrement comme fait éminemment social ne comprend pas que la grossesse, mais c’est sur elle que se concentre l’enquête, (...). Au cœur du problème : l’engendrement comme processus complexe de singularisation des êtres humains (...)” p. 485.

<sup>903</sup> Recomendación 2156 (2019) Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 12/04/2019.

Consultable en: <https://pace.coe.int/en/files/27680/html> (última consulta 29/03/2022)

<sup>904</sup> Así, en numerosos Estados rige la prohibición del anonimato de los donantes en las TRHA. En este sentido, por ejemplo, en Suecia (1984), Austria (1992), Reino Unido (2005), Finlandia (2006), Países Bajos (2004), Noruega (2003), Alemania (2017), Portugal (2018), Francia (2022). En Estados Unidos el anonimato se hace depender de la voluntad del donante -y no se vehicula por la vía legal, sino a través de las clínicas-. También se hace depender de la voluntad del donante -sistema de “doble ventanilla” o “double track”- en Islandia (1996). Otros Estados han abandonado este sistema -anteriormente, Países Bajos, Finlandia y Francia, entre otros- para imponer la revelación de datos. Así lo recogen los autores COHEN, G. / FARNÓS AMORÓS, E. (2014) *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, pp.31,47; 109-111. También, en op. cit. THÉRY, I. (2009) “Anonymat des dons d’engendrement...”. Para la autora, el cambio en la tendencia hacia la eliminación del anonimato se explica por tres razones, cuales son, “cambio en el enfoque bioético a través de la distinción entre dos clases de donaciones; cambio en la concepción de la filiación mediante la distinción entre los estatus respectivos de donante de engendramiento y de padres por filiación; cambio, en definitiva, de la noción misma de información o de transparencia por la de acceso al conocimiento de los orígenes, concebido como una elección perteneciente al interesado.”, p. 26-27. La misma autora también recoge un breve estudio respecto a los países que han levantado el anonimato, concluyendo que existe una fuerte tendencia al mismo en las sociedades democráticas desarrolladas y recogiendo las razones de dicho levantamiento, en THÉRY, I. (2013) “L’anonymat des dons d’engendrement est-il vraiment «éthique?»”, *La Revue des droits de l’homme*, n°3/2013, Open Edition Journals.

En contra del sistema de “double-track” se postula IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2014), op. cit, “El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato...”, pp. 248-249.

<sup>905</sup> Ibidem. FARNÓS AMORÓS, E. alude también al fenómeno del “turismo reproductivo” al que da lugar la disparidad de regulaciones en la medicina reproductiva. Para mayor detalle, vid. op. cit. COHEN, G. / FARNÓS AMORÓS, E. (2014) *Derecho y tecnologías reproductivas...*, pp. 120-126.

Ministros a que realizara recomendaciones a los Estados miembros del Consejo de Europa “para mejorar la protección de los derechos de todas las partes interesadas, centrándose al mismo tiempo en los derechos de la persona concebida por donación, que se encuentra en la posición más vulnerable” (apartado 5), y propuso una serie de principios<sup>906</sup> en los que entendía que debían basarse las recomendaciones a los Estados, que pudieran ser vinculantes.

---

<sup>906</sup> Se recogen como principios en su apartado 7, los siguientes: “Whatever form the recommendations take, the Assembly considers that they should be based on the following principles:

7.1. anonymity should be waived for all future gamete donations in Council of Europe member States, and the use of anonymously donated sperm and oocytes should be prohibited. This would mean that (except in exceptional cases, when the donation is from a close relative or friend) the donor’s identity would not be revealed to the family at the time of the donation, but to the donor-conceived child upon their 16th or 18th birthday. The donor-conceived child would be informed at that time (ideally by the State) of the existence of supplementary information on the circumstances of their birth. The donor-conceived person could then decide whether and when to access this information containing the identity of the donor, and whether to initiate contact (ideally after having had access to appropriate guidance, counselling and support services before making a decision);

7.2. the waiving of anonymity should have no legal consequences for filiation: the donor should be protected from any request to determine parentage or from an inheritance or parenting claim. The donor should receive appropriate guidance and counselling before they agree to donate and their gametes are used. The donor should have no right to contact a child born from donation, but the donor-conceived child should be given the option to contact the donor, as well as possible half-siblings, after their 16th or 18th birthday – subject to certain conditions being met;

7.3. Council of Europe member States which permit sperm and oocyte donation should set up and run a national donor and donor-conceived person register with a view to facilitating the sharing of information, as stipulated in paragraphs 7.1 and 7.2, but also with a view to enforcing an upper limit on the number of possible donations by the same donor, ensuring that close relations cannot marry and tracing donors if the medical need should arise. Clinics and service providers should be required to keep and share adequate records with the register, and a mechanism should be established to provide for cross-border exchanges of information between national registers;

7.4. the anonymity of gamete donors should not be lifted retrospectively where anonymity was promised at the time of the donation, except for medical reasons or where the donor has consented to the lifting of the anonymity and thus inclusion on the donor and donor-conceived person register. Donors should be offered guidance and counselling before they decide whether or not to agree to the lifting of anonymity;

7.5. these principles should be applied without prejudice to the overriding consideration that gamete donation must remain a voluntary and altruistic gesture with the sole aim of helping others, and thus without any financial gain or comparable advantage for the donor.”

Vid. Capítulo III, § 2.1.6 *in fine* de la presente investigación, donde consta que los principios propugnados fueron los siguientes: la eliminación del anonimato para las futuras donaciones de gametos, la revelación de las circunstancias de la concepción y de que existe más información del donante -mejor si es por parte del Estado- una vez el hijo/a alcance la edad de 16 o 18 años; y la posibilidad de acceder por parte del hijo/a a esa información acerca de la identidad de la

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en respuesta<sup>907</sup> a esta Recomendación alude también a que “ha habido un movimiento hacia el reconocimiento del derecho a conocer los propios orígenes en el derecho internacional de los derechos humanos” y expresa “su preocupación por el hecho de que los niños nacidos en el contexto de una fecundación médicamente asistida no tengan derecho a conocer la identidad de sus padres biológicos”.

Sin embargo, como ya se ha apuntado, lejos de determinar ya unas recomendaciones, recuerda la pluralidad de las legislaciones y prácticas de los distintos Estados miembros en relación a la reproducción asistida y considera conveniente la preparación, en consulta con “la DH-BIO, la CD-P-TO y la CAHENF”<sup>908</sup> de un instrumento no vinculante “para ayudar a los Estados miembros a proteger los derechos de las personas concebidas por donantes a conocer sus orígenes, asegurando al mismo tiempo un equilibrio con los intereses y derechos de los demás intervinientes en la donación de semen y ovocitos, y de los intereses de la sociedad y obligaciones del Estado” y recoge en un apéndice las consideraciones, en este sentido, del CD-P-TO, DH-BIO, del CDCJ y del CAHENF<sup>909</sup>.

---

persona donante y, además, posible inicio de contacto con la persona donante y con “los posibles medios hermanos”; la protección del donante respecto a que su intervención no tiene consecuencias jurídicas en materia de filiación; el registro por parte de los Estados miembros de las personas donantes y de las personas concebidas por donantes para poder limitarse las donaciones por parte de un mismo donante y posibilitar y favorecer el intercambio de información.

<sup>907</sup> Vid. Respuesta a la Recomendación, (Doc. 14995) de 14/10/2019, consultable en: <https://pace.coe.int/en/files/28259/html> (última consulta 29/03/2022)

<sup>908</sup> Consta en su apartado 7, se refiere al Comité de Bioética (DH-BIO), al Comité Europeo sobre Trasplante de Órganos (CD-P-TO) y al Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ).

<sup>909</sup> Miembros del Comité *Ad hoc* por los Derechos del Niño (CAHENF) insistieron en la necesidad de proteger “el mejor interés del niño; toda información que se proporcione al niño debe tener en cuenta la evolución de las capacidades y el nivel de madurez del niño” y ponen énfasis en la necesidad de proteger los datos médicos y genéticos de los niños. El Comité de Bioética (DH-BIO) afirmó que “los niños deben recibir información sobre su concepción lo antes posible. Los padres son los más indicados para proporcionar esta información y se les debe alentar y, en la medida de lo posible, apoyarlos para que lo hagan”, y aluden también a la necesaria protección de toda esta información sensible, afirmando que debe atenderse especialmente a “la particular sensibilidad de los datos personales relacionados con la concepción de una persona. y el origen genético, que son relevantes para la persona nacida tras la aplicación de técnicas de reproducción asistida por terceros, para el/los respectivo(s) donante(s), para los familiares biológicos y para la familia social. Entre las cuestiones que merecerían una mayor consideración está la seguridad de esta información, incluso en caso de flujo transfronterizo, y la conveniencia de incluir en un registro a los niños concebidos por donantes, dado que no han dado su consentimiento para

De la anterior Recomendación se hace eco el *Comité de Bioética de España*, que emitió el ya referido Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos<sup>910</sup>. Tal y como ya se ha mencionado anteriormente, el Comité resalta la importancia para la toda persona de conocer de quién es hijo (biológico/ genético), de poder responder a la pregunta de “¿quién soy?”<sup>911</sup>.

En este Informe el Comité alerta de que el concebido por medio de estas técnicas “sin responsabilidad alguna por su parte, nace de una manera por la que se le impide acceder, a diferencia de los que le rodean, al ejercicio del derecho a conocer y relacionarse con quien es su progenitor”<sup>912</sup> afirmando que el mantenimiento del

---

ello. Estas consideraciones deberían extenderse a los registros gestionados por establecimientos privados.” El Comité Europeo sobre Trasplante de Órganos (CD-p-TO), en un acuerdo parcial de sus miembros manifiesta su preocupación entorno a las implicaciones que comporta facilitar estos datos, la necesaria protección de esta información, especialmente sensible, y recoge “su preocupación por la recomendación de que los niños concebidos con la ayuda de células reproductivas donadas sean informados, idealmente por el Estado, sobre las circunstancias de su nacimiento, ya que ello constituiría una intromisión indebida del Estado en su vida privada. y vida familiar. Además, es cuestionable si los datos personales de los posibles (medios) hermanos y la posibilidad de ponerse en contacto con ellos deberían darse a las personas concebidas por donantes, ya que una regla que exija la divulgación de sus datos personales sería una intrusión en sus derechos a la privacidad.”, entre otras consideraciones. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica se centra en considerar que “cualquier propuesta de regulación en esta área particularmente sensible debe basarse en una consideración cuidadosa de todas las implicaciones éticas, legales, sociales y prácticas de tal propuesta y no debe ser legalmente vinculante”. Vid. Apéndice de la respuesta del Comité de Ministros a la Recomendación 2156 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Consultable en: <https://pace.coe.int/en/files/28259/html> (última consulta 29/03/2022)

<sup>910</sup> Vid. ya citado Informe del COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos (2020), de 15/01/2020.

<sup>911</sup> Ibidem, para el Comité “A la identidad personal no es indiferente la identidad biológica: la vida que cada uno vive parte desde la dotación natural recibida y define quién es. El nivel biológico está “fundido” en cada uno con la capacidad de relación con los demás y con ello, las experiencias de la vida, comenzando por las familiares, la educación y cultura van definiendo la identidad personal. Se alcanza así “saber quién soy”, sin lo cual con frecuencia se permanece en una crisis de identidad, que puede malograr la personalidad y la felicidad.”, p.19.

<sup>912</sup> Ibidem, pp. 10-11. El Comité postula que la imposición del anonimato y el efecto de no poder acceder a datos de los progenitores genéticos conculca dos principios bioéticos: el principio de no maleficencia y el principio de justicia. Así, “Las principales áreas que ha de cubrir ese espacio de ética mínima son: la protección de la integridad física, psíquica y moral de los individuos (principio de no maleficencia) y la protección de la integridad interpersonal y social, evitando la

anonimato por parte del Estado, en el sentido de impedir el acceso a la información identificativa del donante, priva a la persona concebida de una parte esencial de su identidad. Para el Comité “El derecho a conocer el origen biológico como expresión del derecho a la identidad exige, necesariamente, conocer la identidad del donante, conocer no solo el qué, sino también el quién, que es la única manera de poder configurar realmente el pasado biográfico para construir el futuro y, además, poder acceder en ejercicio de dicho derecho a mantener una relación personal con el donante, es decir, el progenitor.”

El Comité sostiene que este “dilema” de levantar el anonimato en la reproducción asistida, si bien tiene una gran afectación en la familia, precisamente partiendo desde ese prisma, habría que concluir que no debe imperar el paradigma del anonimato, pues la institución de la familia “conlleva también unos deberes no solo morales, sino incluso legales de confianza, lealtad y responsabilidad entre sus miembros y, por lo que a los padres se refiere, un deber ético y legal de actuar siempre en el mejor interés de sus hijos y cuando del derecho a la identidad se refiere, el interés solamente puede ser determinado por el propio individuo y no por terceras personas aunque de sus padres se trate”<sup>913</sup>. En su Informe también acoge una distinción entre vínculos de filiación, distinguiendo a los progenitores biológicos o genéticos de los padres que crían a los hijos, afirmando que no debería hablarse en este último caso de paternidad o maternidad, sino de parentalidad<sup>914</sup>.

---

discriminación, la marginación o la segregación de unos individuos por otros en las cuestiones básicas de convivencia (principio de justicia).

<sup>913</sup> Ibidem, pp.12-13.

En este mismo sentido, op. cit. RIAÑO-GALÁN, I. / MARTINEZ GONZÁLEZ, C. / GALLEGO RUESTRA, S. (2021) “Cuestiones éticas y legales del anonimato...”. Los autores afirman que esta tendencia a la transparencia y al abandono del secretismo imperante es fruto del “cambio producido en las últimas décadas en la maternidad, la paternidad y las formas de crear una familia. Cambios que son consecuencia de la adopción internacional, la existencia de homo y monoparentalidad, los hijos nacidos por TRA con gametos donados o embriones adoptados y la gestación subrogada. Todo ello configura un paisaje de familias complejo y diverso, en lo visible y en lo invisible. Familias más unidas por vínculos emocionales que genéticos. Una revolución y por qué no, una riqueza.”, p.4.

<sup>914</sup> Para el Comité “Hablar de paternidad y maternidad no es solo hablar de la crianza, derivada del hecho de tener un hijo, el uno a través del otro, sino de la transmisión de unos rasgos de identidad propios y combinados, de modo que el hijo pasa a formar parte del patrimonio propio, a la vez genético y familiar. En este caso, se puede hablar de relación intergeneracional.”; sin embargo, en los supuestos de filiación adquirida o de crianza se quiebra esta relación intergeneracional y debería hablarse de parentalidad.

El Comité invoca como argumentos a favor del régimen del anonimato de los donantes la necesaria preservación del interés superior de la persona menor a la luz de la concreción de este concepto introducida por la LOPJM<sup>915</sup>; el artículo 13 de la Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, que en cuanto al acceso a los datos genéticos por la propia persona dispone que: “Nadie debería verse privado de acceso a sus propios datos genéticos o datos proteómicos, a menos que estén irreversiblemente disociados de la persona como fuente identificable de ellos o que el derecho interno imponga límites a dicho acceso por razones de salud u orden públicos o de seguridad nacional”<sup>916</sup>.

No puede tampoco desatenderse la creciente conciencia y reconocimiento acerca de la importancia de la identidad personal que es acogida por el TEDH en reiterados pronunciamientos. Aunque no existen todavía resoluciones que emanen de este Tribunal relativas al anonimato en las TRHA y a su ponderación o equilibrio con el derecho a conocer los propios orígenes<sup>917</sup> se ha planteado la relevancia de la historia personal y la importancia de conocer los propios orígenes como parte del derecho a la identidad, que, en concreto, se incardina en el artículo 8 del Convenio cuando alude a la vida privada de la persona<sup>918</sup> y que, en esencia, podría sostenerse que son extrapolables a la situación de la persona concebida con material genético. La salvaguarda de los

---

<sup>915</sup> Vid. ya citada, Ley Orgánica 8/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE-A-2015-8222, que modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), BOE-A-1996-1069, concretando el concepto de interés superior en su artículo 2.

<sup>916</sup> Vid. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 32ª reunión (16/10/2003), UNESCO, 2004. Consultable en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_spa) (última consulta 22/06/2022)

<sup>917</sup> Sí existen Sentencias del TEDH relacionados con otros aspectos u elementos de las TRHA, por ejemplo, acerca del alcance del derecho a procrear con embriones criopreservados (Vid. Sentencia TEDH *Evans vs. Reino Unido*, Gran Sala, de 10/04/2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905), o acerca del acceso a la inseminación artificial por parte de recluso y su esposa ante la negativa del Estado (Vid. Sentencia TEDH *Dickson vs. Reino Unido*, Gran Sala, de 4/12/2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1204JUD004436204). Para un comentario sobre las mismas véase, FARNÓS AMORÓS, E. (2016) La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*, *Revista de Bioética y Derecho*, nº36, pp. 93-111.

<sup>918</sup> En este sentido, cabe recordar el contenido de las sentencias ya citadas y que fueron dictadas por el TEDH (Gran Sala), Caso *Gaskin* contra Reino Unido de 07/07/1989, ECLI: CE:ECHR:1989:0707JUD001045483. También, la Sentencia TEDH (Sección 2ª), Caso *Godelli* contra Italia de 25 de septiembre de 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0925JUD003378309; así como el Caso *Mikulic* contra Croacia de 7 de febrero de 2002. ECLI:CE:ECHR:2002:0207JUD005317699.

elementos de identidad de la persona exige la exclusión de injerencias por parte del Estado, pero también implica la existencia de obligaciones positivas.

A la luz de los postulados que emanan del TEDH no parece el Estado español dar cumplimiento con las obligaciones que le son exigibles, pues no sólo no facilita ni promueve la comunicación si quiera del recurso a las TRHA como hecho coetáneo y que forma parte de la persona que nace, sino que -salvo circunstancias excepcionales- bloquea el acceso por parte del interesado a datos identificativos de la persona que contribuyó con su material genético a su procreación.

En definitiva, se colige que el Estado no está protegiendo el derecho de conocer los propios orígenes de las personas concebidas mediante TRHA con material genético de donante, por cuanto:

- De nuevo impone el anonimato como regla general, a lo que se le aúna que dificulta la publicidad -aunque fuere restringida- de tal circunstancia en la concepción. De *lege ferenda* debería constar la mención al recurso a las TRHA si ha mediado material de donante, a fin de asegurar que el hijo o hija conoce tal circunstancia y puede, si lo quiere, indagar sobre la cuestión, con el asesoramiento preciso.
- Del mismo modo que en la adopción, debería imponerse a los progenitores la obligación de comunicar al hijo o hija que fue concebido/a con material genético de tercera persona donante, fijándose una sanción en caso de contravención; de forma correlativa y coherente con la propuesta efectuada en materia de adopción, en aras de salvaguardar la igualdad de los hijos e hijas con independencia de las circunstancias del nacimiento y de posibilitar el acceso a los orígenes biológicos. Todo ello sin atender al criterio de edad, sino a la capacidad natural de la persona menor, atendiendo a su bienestar y a su concreta madurez.
- Se insiste en que aún a pesar de que la realidad de la persona adoptada y de la persona concebida mediante el uso de TRHA con material genético de donante no son iguales, no halla amparo en derecho el privar a las personas de parte de su historia personal, sino que contrariamente, el Estado debe poder garantizar el acceso a este conocimiento.
- El Estado español debe implementar sin más demora -ya de más de treinta años- y de forma efectiva un Registro de donantes, tal y como fijó el legislador, a los efectos de, además de poder establecer el control previsto legalmente en aras de

minimizar las relaciones de consanguinidad; posibilitar la custodia de la información relativa a los orígenes de las personas nacidas mediante el recurso a estas técnicas con material genético de persona donante y facilitar su acceso a la información.

- Este acceso a la información no debería hallarse supeditado a condiciones de edad, por lo ya referido, lo que sí es importante es que se lleve a cabo con el asesoramiento preciso.
- Los datos a los que pudiera accederse no deben ser los mínimos datos de fenotipo o genética, sino los datos identificativos en sentido amplio, que posibiliten incluso el contacto -en caso de que el hijo/a quiera- con el donante.
- Por último, de un lado, debería replantearse el papel del donante en este recurso. La persona donante debe entender su implicación en el proyecto y el derecho al concebido/a de, una vez tenga capacidad para decidir sobre la cuestión, contactarle.

De otro lado, las personas que recurren a este mecanismo en el sí de su voluntad procreacional deben comprender las implicaciones de esta premisa y que la persona donante no sólo podría tener relevancia para el hijo/a concebida, sino que quizá sería deseable que así fuera.

#### **4.5. LA AUTOINSEMINACIÓN O FECUNDACIÓN DOMÉSTICA**

Otro supuesto ya anunciado en la presente investigación y que conlleva implicaciones en el derecho de conocer los propios orígenes, por el posible anonimato del donante, es el supuesto de la fecundación doméstica<sup>919</sup>, casera, inseminación artificial doméstica, o autofecundación.

---

<sup>919</sup> Tal y como afirma SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades y paternidades” en op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. *Actualización del derecho de filiación...* “La autoinseminación o inseminación doméstica es una técnica sencilla de inseminación que se practica fuera de un centro de reproducción asistida -normalmente en la intimidad del hogar- sin asistencia médica y consiste en introducir el espermatozoides en la cavidad uterina mediante una cánula.”, p.106.



Tal y como ya se ha apuntado, se trata de aquellos supuestos, en los que la mujer<sup>920</sup> que quiere ser madre, o la pareja de mujeres, o bien la pareja heterosexual -con algún problema a la hora de procrear-, adquiere/n material biológico masculino para autofecundarse y concebir a un hijo o hija. Se reitera que esta autofecundación con material biológico adquirido<sup>921</sup> no encuentra regulación<sup>922</sup>, es alegal<sup>923</sup> en España y sus

---

<sup>920</sup> Para un análisis desde una perspectiva de género, puede consultarse op. cit. FRASQUET AIRA, R.M. (2018) “Elecciones reproductivas, anonimato y parentesco: discursos, estrategias e implicaciones para las «madres solteras por elección»”. *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, Vol.2018/2, papel 196. La autora incide en que “El debate sobre el derecho a conocer los orígenes confronta a las MSPE (madres solteras por elección), en pleno proceso de construcción y legitimación de una nueva forma de familia en la que no existe el padre a la necesidad de nuevas reelaboraciones de su concepción de la familia, que puedan culminar en un nuevo paradigma proclive al levantamiento del anonimato y el reconocimiento del derecho de los niños y niñas concebidas mediante reproducción asistida a determinar la importancia de este aspecto en sus vidas. Por el momento, y aunque se aprecia una actitud favorable al aperturismo entre el colectivo, este debate ético parece colocar a quienes han acudido a reproducción asistida sin posibilidad de elegir entre donación anónima o abierta en una posición de vulnerabilidad, ya que se ven en la necesidad de relativizar la importancia de la biogenética en pro de normalizar la condición de sus hijos e hijas concebidas mediante donación anónima, máxime en un contexto patriarcal que estigmatiza sus decisiones. Este debate puede ser un terreno abonado para la reedición de argumentos que estigmatizan las decisiones reproductivas de las mujeres; así como las posturas biologicistas pueden llevar implícita una defensa de la heterosexualidad obligatoria (...) la genética puede considerarse insignificante cuando se trata de un donante desconocido que además no ha tenido ninguna intención de engendrar al hijo concreto, al considerarse que la donación (y la compensación que se deriva) es un fin en sí mismo. La donación por parte de un donante conocido, con el que se tiene un vínculo y quien participará en el engendramiento siendo consciente de que nacerá un niño/a concreto de él, inscribe esta participación en el ámbito de las relaciones de parentesco y hace que se considere un padre biológico que desvincula el engendramiento de la paternidad.”, pp.36-37; correlacionándolo con nuevas percepciones que no sigan estigmatizando a la mujer como protagonista de la crianza y discriminando otras formas de familia.

<sup>921</sup> Cabe apuntar que lo que parece contrario al ordenamiento es la adquisición de material genético de terceros, en ningún caso el hecho de autofecundarse, amparado en la libertad sexual; tal y como refiere QUICIOS MOLINA, S. (2017) “Inseminaciones artificiales domésticas: cuestiones contractuales y de filiación”. *RJUAM*, nº35, vol. I, pp.367-368. Tal y como afirma la autora estos contratos son contrarios al ordenamiento por causa y objeto ilícitos.

<sup>922</sup> Vid. propuestas realizadas en cuanto a la posible regulación en tesis doctoral de la autora FORCADA RUBIO, A. (2019) *La autoinseminación: decisiones reproductivas privadas y formación de relaciones familiares*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, pp.346-354.

<sup>923</sup> Ibidem, SOLÉ RESINA, J. (2021), p.106.

Tal y como sostiene QUICIOS MOLINA, S. (2017) “Inseminaciones artificiales domésticas...”, op. cit., no pueden aplicarse por analogía las previsiones especiales establecidas para la fecundación asistida y ello por cuanto “1) ni la mujer ni el varón que ha consentido la aplicación de alguna técnica de reproducción asistida pueden impugnar su paternidad legal por falta de veracidad (art. 8.1 LTRHA); 2) la paternidad del varón que ha consentido la reproducción asistida puede

parámetros parecen colisionar con la normativa existente al poder obtener a través de los canales de venta de semen datos sobre los donantes -más bien, vendedores- y poder elegir incluso su perfil en función de sus características físicas y de otros filtros como el

---

determinarse pasados 300 días de su fallecimiento (art. 9 LTRHA); 3) no puede investigarse la paternidad biológica del donante de semen (arts. 5.5 y 8.3 LTRHA); 4) la mujer casada con otra mujer puede asumir la maternidad legal del hijo que esta tenga como consecuencia de la fecundación asistida (art. 7.3 LTRHA).”, p.376-377. A lo que añade, “El principio de asunción de la paternidad/maternidad no puede desplazar al principio de veracidad salvo cuando la ley expresamente lo prevea, y el recurso a la IAD, no prevista legalmente, no justifica que la determinación de la filiación se sustente exclusivamente en la voluntad de quienes consienten la IAD”, p.377.

En este sentido se pronuncia la Sentencia nº35/2017 de 9 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia de Mislata (Valencia), ECLI:ES:JPI:2017:792, en cuyo FJ 1 recoge “se considera que el sistema de inseminación casera que se ha practicado por las partes para conseguir la concepción de la menor no puede tener las consecuencias legales que establecen los artículos 7 y 8 de la Ley de Reproducción Asistida, puesto que se han incumplido los requisitos exigidos por los artículos precedentes para que ello tenga efecto, el contrato se ha realizado entre donante y receptora y no con un centro médico, no se acompaña copia de consentimiento informado por el actor, se ha vulnerado el carácter preceptivo que debe tener el anonimato del donante, se infringe igualmente la prohibición de designación directa de la persona del donante, no pueden pretender las demandadas la aplicación analógica de los efectos de dicha ley cuando toda la actuación previa a la concepción se ha realizado al margen de la misma, sin que puedan ampararse en la falta de cobertura de la sanidad pública a las demandadas para poder justificar una actuación que a todas luces se encuentra al margen de lo regulado en la Ley de Reproducción Asistida que pretenden aplicar, es evidente que existe un vacío legal respecto a situaciones similares a la aquí examinada, pero dicha tarea de regulación corresponde al legislador en su función de adecuar las leyes a la realidad social de los tiempos, mientras no exista la misma, tratándose el estado civil de una cuestión de orden público irrenunciable e indisponible, no puede llevarse a cabo la aplicación analógica de una ley que supone una excepción a la regulación legal ordinaria, puesto que la consecuencia de ser una materia de orden público conlleva que los supuestos excepcionales se encuentren tasados de forma expresa. Esta imposibilidad de aplicación analógica de la Ley 14/2006 obliga, (...), a aplicar la normativa general prevista en el Código Civil, y en este sentido es característica del Derecho de Familia la limitación de la autonomía de la voluntad en los derechos que comprende, entre ellos sin duda el de paternidad, con subordinación al interés del grupo familiar y su concepción como una fusión de derecho y deber, con la consecuencia principal de que no es posible su renuncia. En la más elemental doctrina se entiende que las acciones de filiación, como pertenecientes al grupo de las acciones sobre el estado civil son indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles. Así resulta del art. 6.2 CC en cuanto puede perjudicar a un tercero como es la hija y del art. 1814 CC que prohíbe la transacción sobre el estado civil de las personas, debiendo asimismo mencionarse el artículo 751 de la LEC que impide en los procedimientos de esta naturaleza que tengan eficacia la renuncia, el allanamiento o la transacción, no siendo válido el desistimiento al intervenir el Ministerio Fiscal y existir menores en él, por lo que no se le puede dar al contrato firmado entre las partes la validez que pretenden las demandadas (...)”

-supuesto- coeficiente intelectual o aspectos de su personalidad; a diferencia del veto a la elección en el recurso a las TRHA<sup>924</sup>.

A lo que se le añadan otros factores, como las distintas implicaciones económicas<sup>925</sup> y la evitación de la medicalización.

---

<sup>924</sup> Contrasta con el anonimato del donante en la fecundación asistida, que será elegido por los profesionales médicos. En el mercado a través de empresas especializadas la compradora puede seleccionar a su antojo entre los donantes aplicando múltiples filtros. En este sentido, ÁLVAREZ PLAZA, C. / PICHARDO GALÁN, J.I. (2017) “Mercancía o don: Bancos de semen y autonomía reproductiva”. *Revista de Antropología Iberoamericana*, Vol. 12, nº3, pp.339-363. Para los autores “Esta nueva realidad afecta tanto a la relación de los donantes con los bancos como, y muy especialmente, a las posibilidades de elección por parte de las receptoras del material genético con el que van a llevar a cabo un proceso reproductivo, emancipándose así de la autoridad sanitaria, que era la que hasta ese momento ostentaba el poder de elección y selección”, p.342.

<sup>925</sup> Nada tiene que ver el coste del recurso a las TRHA con la compra de material genético para la autofecundación. Puede accederse a este mercado a través de numerosas páginas en la Red. El coste aproximado a través de empresas especializadas, como la ya referida en el Capítulo III, CRYOS INTERNATIONAL, es en este momento (2022) de aproximadamente 550€, lo que incluye kit completo, transporte e IVA.

Puede consultarse: <https://www.cryosinternacional.com/es-es/dk-shop/particulares/acerca-del-esperma/sobre-esperma-de-donante/> (última consulta 18/12/2022).

Puede también consultarse, otra empresa, también con sede en Dinamarca, EUROPEAN SPERM BANK <https://www.europeanspermbank.com/es-es/hacer-un-pedido/pedido-y-envio> (última consulta 18/12/2022). Como reclamo es destacable “Cada familia es diferente y tiene una historia única. Eso significa que el proceso para encontrar al donante de semen perfecto para *tener el hijo que siempre soñó* (la cursiva es mía) gira en torno a usted. Inicie su búsqueda con el rasgo que considere más importante.

Tras una reforma operada en el ordenamiento danés los bancos daneses ya no pueden enviar el material genético a domicilio, debiéndolo remitir a un centro autorizado. Sin embargo, aún pueden adquirirse con envío a casa de bancos con sede en otros Estados. En este sentido, vid. SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades y paternidades” en op. cit. GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. *Actualización del derecho de filiación...* p.107.

Desde la perspectiva de la psicología, puede referirse también un estudio en el contexto danés sobre las motivaciones de los hombres para donar esperma, NICOLETTE WOESTENBURG, N.O.M. / WINTER, H.B. / JANSSENS, M.W. (2015) “What motivates men to offer sperm donation via the internet?”. *Psychology, Health & Medicine*. Asimismo, en cuanto a las vivencias de las madres solteras que recurren a la donación de esperma, vid. ZADEH, S. / FREEMAN, T. / GOLOMBOK, S. (2016) “Absence or presence? Complexities in the donor narratives of single mothers using sperm donation”. *Human Reproduction*, Vol. 31, nº1, pp-117-124.

Vid. DE LAS HERAS GARCÍA, M.A. (2021) “Comercialización de gametos y autoinseminación en el marco de la filiación no adoptiva” en BUSTOS MORENO, Y. / MÚRTULA LAFUENTE, V. (2021) *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, op. cit. Para la autora: “CRYOS es considerado el Amazon del semen”, p.145, a lo que añade que, “se ha de tener presente que, como es sabido, Dinamarca pertenece a la UE desde 1973 y, desde luego, fue signatario del antes referido Convenio de Oviedo de 1997 relativo a los derechos humanos y la biomedicina –aunque con reservas– y sólo una forzada y laxa interpretación de su art. 22 permitiría no apreciar vulneración de lo dispuesto en el precepto precedente (...). En

En este sentido, el Ministerio de Sanidad español alertaba de la aparición de estas técnicas y advertía a las mujeres que estuvieran planteándose el recurso a la autoinseminación de los graves riesgos que podrían entrañar para su salud<sup>926</sup>, pero ello no obsta a que la práctica siga proliferando, a pesar de que no está regulada en España.

Las personas interesadas, con el propósito de llevar a cabo una autoinseminación pueden adquirir<sup>927</sup> este material de estas empresas especializadas -bancos<sup>928</sup> privados internacionales que venden tanto a consumidores privados como a clínicas de reproducción asistida-, pero también, obvio es, que pueden recurrir a otros canales, la compraventa en Internet al margen de estos bancos privados o la donación voluntaria de un hombre para que proceda a esta autoinseminación. Cabe añadir, que, en ninguno de estos supuestos y, menos aún en estos dos últimos, no queda “a salvo” la posible determinación legal de la filiación a favor del progenitor biológico en caso de que se

---

cuanto se refiere a la posible infracción de lo dispuesto en el art. 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE por parte de este banco danés de semen cabe destacar, en particular, el mutismo absoluto y la inacción de las instituciones europeas al respecto –pese a lo explicitado en su art. 51.1, antes transcrito– provocando, en última instancia, la inoperancia práctica de tal previsión.”, p.145.

<sup>926</sup> En este sentido, en fecha 11/10/2016 fue publicada nota informativa por parte del Ministerio de Sanidad, concretamente en la plataforma de la *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*, en la que, entre otros extremos, se especifica que: “Con independencia de otras acciones que se puedan llevar a cabo por las autoridades sanitarias correspondientes en el ejercicio de sus responsabilidades en relación con esas prácticas, este Ministerio quiere advertir a las mujeres que se pudieran plantear su realización al margen de las normas legales que rigen la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en España de los riesgos para la salud citados que las mismas conllevan, los cuales no pueden ser evitados si no es por la exclusión de su realización. Este Ministerio quiere asimismo informar que la reparación de los daños que se pudieran causar a las mujeres que pretendan acceder así a la maternidad, o a los nacidos mediante la aplicación ilegal de esas prácticas, carece también de la protección legal prevista para la aplicación ordinaria de las técnicas de reproducción humana asistida.” Consultable en: <https://cnrha.sanidad.gob.es/informacionInteres/autoinseminacion/home.htm> (última consulta 12/06/2022)

<sup>927</sup> Para un análisis de la posible comercialización de gametos, vid. op. cit. DE LAS HERAS GARCÍA, M.A. (2021) “Comercialización de gametos y autoinseminación en el marco de la filiación no adoptiva” en BUSTOS MORENO, Y. / MÚRTULA LAFUENTE, V. (2021) *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, pp.113-121.

<sup>928</sup> Al eludir a “banco de semen” acogemos la definición de ÁLVAREZ PLAZA, C. / PICHARDO GALÁN, J.I. (2017), “Mercancía o don...”, op. cit., “banco de semen puede definirse como un amplio servicio que permite conservar las muestras de semen congelado a lo largo de un tiempo indefinido, para ser utilizado en el momento necesario”, p.344.

entablara acción para la reclamación o de impugnación de la paternidad<sup>929</sup>. Piénsese que esta práctica es alegal y que, por ello, no se halla previsión especial alguna en cuanto a las reglas generales de determinación de la filiación<sup>930</sup>.

---

<sup>929</sup> Incluso no podría todavía descartarse en el recurso a estos bancos privados de semen puesto que no se halla la situación regulada en nuestro ordenamiento y no se pueden conocer en este momento con certeza los escenarios que pudieren darse en un futuro. A este respecto, para mayor detalle, vid. QUICIOS MOLINA, S. (2017) “Inseminaciones artificiales domésticas...”, op. cit, pp.376-381.

<sup>930</sup> Para mayor detalle, vid. SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades...” op. cit., tras el análisis de la cuestión en materia de filiación, concluye la autora que “no parecen existir argumentos que justifiquen diferencias en orden a la determinación de la filiación en función de si participa o no una clínica o centro especializado en el proceso de la reproducción, como tampoco en función de si la donación es o no anónima”, p.111. Para la autora QUICIOS MOLINA, S. (2017) “Inseminaciones artificiales domésticas...”, op. cit; “Desde un punto de vista jurídico, cabe distinguir tres momentos en esta realidad social. Un primer momento es contractual, pues se refiere a la adquisición del semen por parte de la mujer que va a inseminarse (nos movemos, por ello, en el terreno del Derecho de obligaciones y contratos, puramente patrimonial). Un segundo momento pertenece a la intimidad de la mujer, y coincide con el acto de inseminarse, con la autoinseminación (un civilista piensa inmediatamente en el Derecho de la Persona y los derechos de la personalidad). Por último, si la autoinseminación tiene éxito, y nace un hijo, debemos plantearnos la determinación de la filiación del nacido, lo que nos lleva al Derecho de Familia.”, p.367.

En otro orden de cosas, la existencia de estas prácticas también hace reflexionar acerca de que se constata una mercantilización<sup>951</sup> acuciante de las sustancias, sin atender a cuestiones éticas y al margen incluso de otras de índole legal<sup>952</sup>.

En el caso de la adquisición mediante la empresa especializada, si la empresa lo posibilita y el país de la usuaria también, el donante del material biológico consiente revelar su identidad y la persona interesada selecciona un donante con esta identidad revelada, el hijo o hija podrá, si lo quiere, acceder a los datos de su identidad cuando alcance la mayoría de edad e incluso conocerle<sup>953</sup>. Otra cosa, es que exista control real

---

<sup>951</sup> En este sentido, OLAVARRÍA, M.E. (2010) “Cuerpo, sustancia y tecnologías reproductivas”. *DeSignis Cuerpo(s): Sexos, Sentidos, Semiosis*, DeSignis Publicación de la Federación Latinoamericana de Semiótica (FELS), nº16; apuntaba a que “La circulación de mujeres y niños ha sido parcialmente sustituida por la circulación de sustancias, más específicamente, de gametos”, p.129. Consultable en:

<https://www.designisfels.net/wp-content/uploads/2021/05/i16.pdf>

(última consulta 20/11/2022).

En este sentido, también ÁLVAREZ PLAZA, C. / PICHARDO GALÁN, J.I. (2017) “Mercancía o don...”, op. cit, al afirmar que “La aparición en el norte de Europa de bancos de semen a partir de una concepción de negocio empresarial, en la periferia o umbral del sistema sanitario, provoca tensiones entre dos discursos y concepciones diferentes y en muchos casos opuestas en torno a los gametos masculinos. Para el banco de semen, el esperma se inserta en unas lógicas estrictamente empresariales, en las cuales pasa a ser mercancía que se ofrece al conjunto del mercado europeo en el que existe libre circulación de mercancías. En este mercado, el/la usuario/a es un cliente que tiene derecho a elegir lo que «compra» y la empresa no esconde su ánimo de lucro. Efectivamente, estamos ante un mercado reproductivo que implica pagos (de las clínicas/bancos a los donantes; de los usuarios/as a los bancos/clínicas) que en el caso de las clínicas se presenta como «compensación» por donaciones, y en el caso de los bancos se habla claramente de retribución. Se oculta de este modo una competencia por atraer usuarios/as (y por lo tanto ingresos) y por el control del proceso reproductivo.”, p.361.

Vid. op. cit. también, IMAZ, E. (2018) “Cuando tres no son multitud. Progenitores, Procreadores y Proveedores en la conformación de las nuevas tecnologías reproductivas”. *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, Vol. 2018/2.

<sup>952</sup> Como, por ejemplo, el Convenio de Oviedo, instrumento internacional para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997, a cuyo tenor se prohíbe que las partes del cuerpo humano sean objeto de lucro. En concreto, su artículo 21, prohíbe expresamente el lucro y utilización de una parte del cuerpo humano, “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro.”. Instrumento de Ratificación del 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE-A-1999-20638.

<sup>953</sup> Acerca de esta cuestión, en la página de CRYOS INTERNATIONAL, puede leerse: “Una de las primeras cosas que se debe considerar a la hora de elegir a su donante de esperma es si le gustaría que su hijo o hija tenga la posibilidad de obtener de Cryos información para la identificación del donante. Si se decide por un donante de Identidad No Revelada, su hijo o hija no podrá recibir

---

información para la identificación del donante que no sea la especificada en el perfil del donante en nuestro sitio web. Si elige un donante de Identidad Revelada, su hijo o hija tendrá la posibilidad de obtener de Cryos información sobre la identidad del donante cuando cumpla los 18 años. El hijo o hija podrá contactar a Cryos y obtener información sobre la identificación del donante que puede usar para contactarlo. La información sobre la identificación del donante comprende el nombre completo del donante, la dirección informada a Cryos y la fecha de nacimiento. La elección entre un donante de esperma de Identidad No Revelada y uno de Identidad Revelada es muy personal y compleja, y pueden existir diferentes motivos para decidirse por uno u otro.” Si seguimos navegando, se informa al visitante de que existen restricciones legales en determinados países en cuanto a la posibilidad de que los donantes revelen su identidad, y se ofrece un “mapa” para la comprobación. En la propia páginas se hallan motivaciones de por qué elegir a un donante de “Identidad No Revelada” o bien decantarse por uno con el perfil de “Identidad Revelada”, así, se indica: “Pueden haber varias razones para elegir un donante de Identidad No Revelada, por ejemplo: Usted prefiere saber lo menos posible sobre el donante; No quiere que el donante tenga ningún otro papel en la vida de su hijo además del de haber hecho la donación; Puede que solamente tenga la posibilidad de elegir a un donante de Identidad No Revelada debido a las regulaciones de su país de tratamiento. La decisión entre un donante de Identidad Revelada y uno de Identidad No Revelada es muy personal, y solo usted sabe cuál es la acertada para usted.”; así como, en cuanto al donante de Identidad Revelada: “Si elige a un donante de Identidad Revelada (denominado, en ocasiones, también donante no anónimo o abierto), su hijo o hija tendrá la posibilidad de obtener de Cryos información para la identificación del donante cuando cumpla los 18 años. El donante ha elegido ser de Identidad Revelada y ha aceptado ser contactado por los hijos que nazcan con la ayuda de su esperma de donante.

*Obviamente, a pesar de que el donante haya aceptado ser contactado, nosotros no podemos garantizar ni comprobar si el donante ha cambiado de opinión o si continúa estando disponible cuando el niño cumpla 18. (la cursiva es mía)*

Para recibir información para la identificación del donante, el hijo o hija debe ser capaz de documentar que es el resultado de un tratamiento con el esperma procedente de un donante de Identidad Revelada de Cryos. Si tiene un hijo o hija con esperma de donante de Cryos, puede obtener un Certificado de Hijo de Donante que su hijo o hija podrá utilizar para recibir información de identificación del donante cuando cumpla 18 años. Si desea un Certificado de Hijo de Donante para su hijo o hija, puede contactar con nuestro Servicio de Atención al Cliente que se lo remitirá por correo electrónico.

Cryos nunca facilitará al donante información sobre usted como paciente ni sobre su hijo o hija. Por consiguiente, depende exclusivamente del hijo o la hija contactar o no con el donante.”, y en cuanto a las posibles motivaciones para optar por un donante de “Identidad Revelada”, se señala: “El motivo para elegir un donante de esperma de Identidad Revelada varía según la persona. En algunos países solo están permitidos los donantes de Identidad Revelada para los tratamientos de fertilidad.

Las razones para elegir a un donante de Identidad Revelada pueden ser: Usted prefiere brindar a su hijo la posibilidad de decidir por sí mismo si desea o no intentar contactar al donante en el futuro; Puede sentir curiosidad por conocer más sobre el donante. Sin embargo, recuerde que depende de su hijo o hija, y no de usted, decidir si desea intentar contactar con el donante; Su país de tratamiento solamente permite los donantes de Identidad Revelada para someterse a un tratamiento de fertilidad.

Al elegir a un donante de Identidad Revelada, ofrece a su hijo o hija la posibilidad de obtener más información sobre el donante que la incluida en el perfil del donante. El hecho de si su hijo o hija desea recibir información para identificar al donante depende exclusivamente de él o de ella.

de que el semen adquirido corresponda a esa persona, o que los aspectos de identidad de la persona a quien pertenezca el material genético coincidan con la identidad revelada o publicada<sup>954</sup>. Nótese que este hecho se hace depender de la voluntad de la persona adquirente, que es la que opta por tal posibilidad y de la voluntad del donante, pues en un futuro podría haber cambiado de opinión. De todas formas, en nuestro ordenamiento aún se mantiene la regla del anonimato del donante por lo que se proscribe la elección de donante con identidad revelada. En España, los solicitantes pueden adquirir el material biológico, con identidad no revelada, y en este momento, deben acudir a una clínica especializada para proceder con la fecundación.

Sin embargo, nada se prevé acerca del recurso a esta técnica al margen de este canal, de compraventa a empresa especializada. Así, si la mujer se autoinsemina con material biológico de una persona que se lo vende o se lo dona, nada garantiza al hijo o a la hija la posibilidad de acceder a dato alguno acerca de su padre biológico. En estos casos, a no ser que el donante tuviera una relación estrecha con la madre y tuviera relación con el menor se hace improbable imaginar otro supuesto en el que el hijo o hija pudiera tener acceso a algún tipo de información.

---

Algunos hijos de donante les gustaría saber lo máximo posible sobre su herencia genética. En estos casos, elegir a un donante de Identidad Revelada será una gran ayuda para su hijo. Otros hijos concebidos por medio de donaciones puede que nunca quieran tener contacto con el donante, a pesar de que agradecerían tener la posibilidad de hacerlo”. Se alerta asimismo de que “*Sin embargo*, con los servicios de análisis de ADN existentes en la actualidad, hay una posibilidad de que los niños y los donantes se encuentren, independientemente de que se trate de un donante de Identidad No Revelada. Los hijos de un mismo donante de esperma también pueden localizarse a pesar de pertenecer a diferentes familias, y usted debería prepararse, y preparar a su hijo o hija, para esa posibilidad”. Así, todo queda en manos de los compradores o compradoras de semen, el derecho a conocer los orígenes es también mercantilizado.

En la página se señala que en España es posible el uso de estas técnicas, pero sólo con donantes de Identidad No Revelada.

<sup>954</sup> Piénsese que la situación no está regulada. Estas empresas se hallan reguladas por un ordenamiento extranjero, no se conocen los controles de veracidad en su publicidad y no hay que perder de vista que se trata de una empresa que trata de vender un producto. Tampoco contamos todavía con experiencias plausibles de hijos/hijas concebidas con este material, que hayan contactado con estas hipotéticas personas. Llama la atención que la búsqueda sencilla en la red a través de estas páginas de siempre como resultado a donantes con nombres de pila comunes, con rasgos atractivos y datos físicos que se adaptan a estándares occidentales de belleza y profesiones artísticas. Cuanto menos, llama la atención.

Cabe también añadir que autores apuntan a una vulneración del derecho internacional, en cuanto al objeto de la compraventa (aunque se aluda de forma eufemística a la donación, y la normativa aplicable en su caso) vid. op. cit. DE LAS HERAS GARCÍA, M.A. (2021), “Comercialización de gametos...” en BUSTOS MORENO, Y. / MÚRTULA LA FUENTE, V. (Coords.) *El derecho civil ante los nuevos retos...*, pp.150-151.



Obvio es que la búsqueda de la maternidad es plenamente lícita, y no puede ponerse coto al recurso a estas técnicas en el ámbito privado -más allá de la hipotética prohibición de la venta a consumidores particulares por parte de las empresas especializadas (bancos de esperma y de ovocitos)-, pero si hay que atender al estado de la cuestión del posible acceso a los orígenes biológicos, estas prácticas, con matices, no ofrecen garantía alguna ni posibilitan el respeto a este derecho. Por un lado, la revelación de quien es el padre biológico quedará al arbitrio de las personas usuarias, y, en caso de conocer algún dato de este padre biológico, no puede decirse, por lo menos de momento, a menos que se trate de un conocido, que se tengan garantías acerca de la veracidad de los datos de identificación de este donante, ni tampoco de que sea posible que el hijo o hija pueda acceder a los mismos, ni menos aún, conocer a este donante, que aunque quede al margen de la relación familiar, volvemos a la misma cuestión, es su progenitor biológico, y esta información no pertenece a las personas usuarias, sino al hijo o hija.

Estas situaciones, que trascienden de las previstas en el ordenamiento jurídico, y que por el momento no encajan en el sistema filiatorio, pueden ordenarse en algunos supuestos a través del mecanismo de la posesión de estado<sup>955</sup>.

#### **4.6. OTROS ACUERDOS DE PROCREACIÓN**

Brevemente debe hacerse mención a otra realidad en la que la autonomía de los progenitores se impone. Se trata de supuestos en los que las partes interesadas en concebir un hijo o hija y las interesadas en contribuir a tal fin suscriben un contrato privado para imponer su voluntad no sólo respecto al cuidado del hijo o hija, sino también en materia de filiación. Ahora bien, esta prevalencia de la voluntad como mecanismo de atribución de la filiación, por el momento, queda al margen del ordenamiento por no hallarse regulado ni encontrar encaje en alguno de los mecanismos previstos para la determinación de la filiación.

Además de los supuestos de gestación por sustitución, que serán abordados a continuación, o el de la autoinseminación con semen donado por conocido, debe apuntarse a otros supuestos en los que por medio de pactos privados las personas que los suscriben declaran su consentimiento para llevar a cabo un proyecto de procreación.

---

<sup>955</sup> Ibidem. SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades...”, pp.111-118. La autora analiza el estado de la jurisprudencia española sobre la cuestión.

Los progenitores intencionales pactan quién aporta el material reproductivo, cuáles serán los progenitores a nivel jurídico y cuáles serán sus roles en la crianza del hijo o hija. Las partes podrían incluso acordar que el donante quede al margen totalmente de la relación filiatoria<sup>936</sup> y renuncie así a cualquier posible acción de reclamación de paternidad, así como cualquier derecho, deber o responsabilidad para con el hijo biológico, supuesto en el que nos hallaríamos ante una autoinseminación o una fecundación “pactada” en estos términos. Este pacto, como se ha analizado, sería *contra legem* pues es contrario a la verdad biológica y no queda amparado en ninguna norma especial de las de las TRHA.

En el mismo sentido, se plantean otros supuestos relacionados con la pluriparentalidad, en los que las partes interesadas en el pacto convienen cómo ejercerán las funciones de progenitores -todos ellos- debiendo enlazarse esta posibilidad con la heterogeneidad del hecho familiar, con independencia de los que figuren jurídicamente como progenitores. Estos supuestos tampoco encuentran encaje en nuestro ordenamiento puesto que colisionan con el sistema filiatorio existente y con numerosas disposiciones de derecho de persona y familia<sup>937</sup> siendo la materia indisponible y de orden público.

Este otro fenómeno no puede ser estudiado con profundidad y sólo cabe hacer un apunte en cuanto a su existencia y a su no encaje en el rígido y desfasado sistema filiatorio, pero más allá de eso lo que resulta esencial es señalar la dificultad que puede entrañar el poder garantizar el derecho a conocer los orígenes por parte de los hijos o hijas nacidos en el marco de estos acuerdos, que quedará supeditado a la voluntad de los contratantes y que han comenzado a proliferar fruto de las nuevas realidades sociales<sup>938</sup>,

---

<sup>936</sup> Piénsese por ejemplo en la doble maternidad de pareja casada, sin haber recurrido a las TRHA, por medio de autoinseminación o bien de relaciones sexuales de una de ellas con un hombre. Tal y como recoge SOLÉ RESINA, J. (2021) “Identificación de las nuevas maternidades y paternidades” en op. cit. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / SOLÉ RESINA, J. *Actualización del derecho de filiación...*, Tirant lo Blanch, pp.113.

<sup>937</sup> Sin embargo, en otros Estados, con realidades jurídicas muy distintas, sus ordenamientos reconocen los efectos de estos pactos. Tal y como recoge SOLÉ RESINA, J. (2021), *ibidem*, p.117-118. Así, en California, en el estado canadiense de Ontario y en el de la Columbia británica, que reconocen los acuerdos de procreación y la pluriparentalidad, todos ellos con sus matices y especificidades.

<sup>938</sup> En este sentido, cabe apuntar a que existe un banco de material reproductivo que ofrece, entre otros servicios, la del contacto con co-padres o co-madres, como la página de la empresa PRIDE ANGEL, consultable en:

del desmembramiento entre progenitores genéticos, biológicos, jurídicos y sociales; y en la mutación de los conceptos de maternidad y paternidad.

La existencia de los acuerdos de procreación o de reproducción tiene implicaciones en el derecho de los hijos e hijas nacidos a la hora de conocer sus orígenes, pues la preservación y garantía de este derecho depende de las partes, quedando supeditado, una vez más, a la autonomía de la voluntad de las mismas.

---

<https://www.prideangel.com/Information-Centre/Parenting/Co-Parenting.aspx>

(última consulta 19/12/2022). Según lo que publica la mercantil, con sede en Inglaterra, “co-parenting traditionally was a term used for parents who may have split following a divorce, however today its becoming a more popular way of creating a family. It may be that you are a single woman or man who has not found the right partner or maybe you are a lesbian couple who really like the idea of having the dad more actively involved in your child's life. Gay couples are also increasingly considering co-parenting, often because it is a way of having your own biological child, without having to go through the uncertainty and financial stress of surrogacy. Choosing to co-parent however is not an easy process. Unlike finding a sperm donor, choosing a co-parent involves finding someone who is going to be in your child's life and your life for many years, so it can be a big decision. Finding the right co-parent may be tricky, but for those who do choose to co-parent, many have positive outcomes. The important thing is to get to know your potential co-parent well and communicate effectively. Some people may like the idea co-parenting with a friend, because they are often someone they have known for some time and trust well. This arrangement may be successful, but if rushed into can create issues, mainly because they have not communicated their intentions fully for fear of breaking their friendship. More people are turning to the internet and co-parenting websites in order find an ideal co-parent. Meeting someone through a website such as Pride Angel has many advantages. It is often easier to communicate initially through an internal messaging system prior to giving out personal details. You can also be more upfront with your potential co-parent about your expectations, this may mean you stand a better chance of meeting a like-minded person. We advise getting to know your co-parent over a period of 12months before having a child. This time period also allows you to prepare legal agreements, perform health screening checks and discuss your fertility options. As well as getting on well with your co-parent, it is important that you share the same values on life, for example your views on religion, discipline, education and even diet. So it's important that you discuss these areas and even prepare a 'letter of intention' as part of your co-parenting agreement.” .

En este sentido, puede consultarse también el estudio de JADVA, V. / FREEMAN, T. / TRANFIELD, E. / GOLOMBOK, S. (2015) “Friendly allies in raising a child: a survey of men and women seeking elective co-parenting arrangements via an online connection website”. *Human Reproduction*, Vol. 30, nº8, pp.1896-1906. Los autores detectan como uno de los argumentos para optar por la coparentalidad (o pluriparentalidad) el contacto con el progenitor biológico, la búsqueda de una familia convencional, o el respeto al derecho a la identidad del hijo/a por contar con una historia médica completa, entre otros, p.1897.

## 5. ORÍGENES Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

### 5.1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y QUIEBRA ABSOLUTA DEL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA

Existen varias denominaciones a esta práctica, todas ellas con sus distintas connotaciones, y lo cierto es que su existencia resuena en nuestras conciencias y, me atrevo a decir, que no deja a nadie indiferente<sup>939</sup>. Mediante la expresión “gestación subrogada”, “gestación por sustitución”, “maternidad subrogada” o “vientres de alquiler”, las personas que quieren procrear -comitentes- suscriben un contrato -en un Estado en el que esta figura se halle permitida<sup>940</sup>- para encargar a una mujer someterse a tratamientos de fecundación para “engendrar un hijo” a fin de que una vez nazca lo entregue a estos comitentes a cambio de precio o de forma gratuita<sup>941</sup>.

---

<sup>939</sup> En op. cit. COSTA-LASCOUX, J. (2003) “Mujer, procreación y bioética” en DUBY, G. / PERROT, M. (Coords.) *Historia de las Mujeres, tomo 5, el Siglo XX*, pp. 644-666; la autora sostenía que en la maternidad por sustitución existe “una mezcla inextricable: el irreprimible deseo de un hijo, un cierto proselitismo de la procreación, el mercantilismo, las solidaridades auténticas, (...) recuerda costumbres extendidas en numerosas sociedades tradicionales y no carece de semejanza con el contrato de nodriza(...)”, p.648-649.

<sup>940</sup> Para un estudio de la cuestión en el derecho comparado, vid. op. cit. VILAR GONZÁLEZ, S. (2018) *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, pp. 167-251. Vid. también, op. cit. ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003) *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva*, Thomson Aranzadi, p.278-286. En clave gráfica y comparativa entre estados, vid. GUERRA-PALMERO, M.J. (2017) “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos Humanos y justicia global versus bioética neoliberal”. *Gaceta Sanitaria, n°31 (6)*, pp.535-538. Vid. también, GARCÍA RUBIO, M.P. / HERRERO OVIEDO, M. (2018) “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52, pp.67-89.

<sup>941</sup> Vid. CASADO, M. / NAVARRO-MICHEL, M. (Coords.) (2019) *Documento sobre gestación por sustitución*, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, p. 9. Vid. también, tal y como se apuntaba en el Capítulo III § 1.4. de la presente investigación, la definición acuñada por el COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017) en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, siendo esta: “La gestación subrogada se da cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad. Existen muchas modalidades para llevarla a cabo, en función de todas las variables que entran en juego. Lo que tienen en común todas las modalidades de gestación subrogada es la voluntad de privar de la condición de madre a quien ha dado a luz a un niño y atribuirlo a otra u otras personas.”, p.6. Se reitera la oposición frontal del Comité de Bioética de España cualquier posible admisión de esta figura en nuestro ordenamiento.

El material genético con el que la mujer gestante engendra a este bebé puede pertenecer a un tercero y a la propia gestante -subrogación tradicional-, a terceros distintos a los comitentes, a ambos comitentes, o bien sólo a uno de ellos -en todos estos casos, se habla de la subrogación gestacional-. Así, puede darse el caso en que la mujer gestante no comparta con la persona gestada vínculo genético alguno, puesto que lo gesta con material genético de terceros<sup>942</sup>.

Se avanza que en España esta práctica es absolutamente ilegal y es rechazada de plano por nuestro ordenamiento, pero, sin embargo, a pesar de ello, la misma sigue produciéndose amparada en ordenamientos extranjeros en los que está totalmente permitida, viajando las personas motivadas por su interés procreacional a otros Estados y sirviéndose de su amparo legal en esta técnica para conseguir su cometido.

Así, mientras la opinión experta se halla profundamente dividida<sup>943</sup> y es harto difícil alcanzar un consenso, existiendo diversas y cambiantes posturas, la realidad es

---

Vid. también, *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, de fecha 15/01/2018, Asamblea General de las Naciones Unidas A/HRC/37/60, en la que consta que se entiende por gestación por sustitución “una práctica de reproducción mediante un “tercero” en la que el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler convienen en que esta se quede embarazada, geste y dé a luz a un niño. Los contratos de maternidad subrogada suelen contemplar la expectativa o el acuerdo a efectos de que la madre de alquiler traslade jurídica y físicamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor sin conservar la patria potestad ni la responsabilidad paterna. La gestación por sustitución suele tener lugar en un contexto de tecnologías de asistencia médica para la procreación, como es el caso de la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria con fines de gestación subrogada en un sentido pleno (cuando la madre de alquiler no guarda relación genética con el niño) y la inseminación artificial en el caso de la gestación subrogada tradicional o parcial, que es cuando la madre de alquiler guarda relación genética con el niño. Mediante compra o “donación” también pueden obtenerse gametos de otras partes que no son ni el aspirante o aspirantes a progenitor ni la madre de alquiler, en cuyo caso el aspirante o aspirantes tal vez guarden, o tal vez no, relación genética con el niño”, apartado 10, p.3. Consultable en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/007/74/PDF/G1800774.pdf?OpenElement> (última consulta 29/09/2022).

<sup>942</sup> Ello también se produce en los supuestos en los que la mujer que acude a los mecanismos TRHA gesta con óvulos implantados proveniente de donante.

<sup>943</sup> Op. cit. CASADO, M. / NAVARRO-MICHEL, M. (Coords.) (2019) *Documento sobre gestación por sustitución*, indican que existen hasta cuatro modelos o corrientes de pensamiento acerca de esta práctica: el modelo neoliberal -la mujer es libre con su cuerpo y puede disponer de él a cambio de un precio como si de cualquier otro bien que le perteneciera se tratara-, el modelo más moderado -la mujer es libre con su cuerpo y puede de forma altruista y sin compensación hacer posible que otras personas puedan ser progenitoras-; los que abogan por su prohibición total, el

que niños y niñas nacidas fruto de esta práctica, gestados y dados a luz por otra mujer en un lugar lejano -muchas veces, otro continente-, llegan, en nuestro caso a España, traídos por uno o ambos de los comitentes, que pretenden ser reconocidos por el ordenamiento español como progenitores, no sin problemas, pues su voluntad va en contra de la filiación materna determinada por el parto; mientras los menores que han sido trasladados se sitúan en una absoluta situación de inseguridad jurídica, colocándolos no sólo en una “especial situación de vulnerabilidad sino que probablemente se les estén violando sus derechos fundamentales”<sup>944</sup> .

Centrándonos en el objeto de esta investigación, en el derecho a conocer el propio origen (¿biológico?)<sup>945</sup> para la construcción de la propia identidad, es fácil alcanzar la conclusión de que difícilmente se puede controlar que los comitentes, más allá de las dificultades con las que se encuentren para ser considerados jurídicamente progenitores, revelen a este niño o niña las circunstancias de su engendramiento. Y si, lo hacen, tampoco es posible promover, facilitar, ni tampoco controlar que estos niños y niñas puedan acceder en algún momento de sus vidas a datos que permitan identificar y contactar con la mujer gestante<sup>946</sup> ni con las personas con cuyo material genético fueron engendrados -en caso de que sean distintas a los comitentes-. A lo que se le añade un componente internacional, pues dependiendo del ordenamiento del Estado en el que enmarque la práctica existirá mayor o menor posibilidad de contactar con la mujer gestante<sup>947</sup>.

---

modelo en el que no se establece una prohibición sino la declaración de nulidad del contrato (este es el caso de España).

<sup>944</sup>GARCÍA RUBIO, M.P. / HERRERO OVIEDO, M. (2018) “Maternidad subrogada: dilemas éticos...”, op. cit., p.84. Las autoras aluden a que: “La prohibición contractual de la maternidad subrogada no determina ni condiciona la filiación del nacido, pero su admisión tampoco; por ello son precisas normas *ad hoc* que la aclaren en los casos que pueden plantear dudas. Al niño nacido por estas prácticas, venga de donde venga, no se le pueden negar sus derechos fundamentales, entre los que está su derecho subjetivo a ver garantizado su superior interés.”, p.85

<sup>945</sup> Aquí el contenido del derecho se amplía, pues se extenderá al contenido genético, no siendo biológico (mujer gestante) y genético (persona donante del material reproductivo) coincidentes.

<sup>946</sup> Vid. op. cit, CASADO, M. / NAVARRO-MICHEL, M. (Coords.) (2019); las autoras sostienen, en este sentido, que “En relació amb els infants nascuts, creiem que cal garantir el dret a conèixer el propi origen, indagació que troba encara més dificultats quan la GS es duu a terme en països que no disposen dels registres adequats.”, p.10.

<sup>947</sup> Tal y como recoge MORENO BELTRÁN, A.M. (2018) “Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español”. *Papeles del CEIC*, 2, 199, “El país elegido determina las condiciones en las que se desarrollará la experiencia y definirá temas clave como, por ejemplo, la posibilidad de tener contacto con la mujer gestante que haga posible construir

Esta práctica, que socava la visión existencialista de biología indisolublemente unida al parentesco<sup>948</sup> es posible dado el estado de la ciencia y debido a la motivación<sup>949</sup> y el interés de personas que normalmente tienen dificultades para procrear<sup>950</sup>. Además, como ya he reiterado, conlleva una quiebra definitiva del principio de verdad biológica, pues en la mayoría de casos, la mujer que gesta y pare ya no coincidirá siquiera con la madre genética, quebrándose la máxima pauliana *mater semper certa est*, desmembrándose el elemento genético, el biológico, el legal, y el volitivo o social.

---

una relación con ella, y que más tarde pueda servir para explicar a sus hijas e hijos su origen. Realizar el proceso en un país como Estados Unidos hace posible construir un imaginario de igualdad con la mujer gestante (...) Este imaginario es más difícil de construir si la gestación subrogada tiene lugar en países como Ucrania o India.”, pp.16-17.

<sup>948</sup> Op. cit. JOCILES RUBIO, M.I. / RIVAS RIVAS, A.M. (2016) “Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida con donante”. *Ankulegi*, 20, pp.63-78. Al respecto las autoras ponen de manifiesto un cambio en el discurso social y en las vivencias y relaciones humanas de las personas que acuden a estas técnicas. Afirman que el discurso predominante de modelo de parentesco, se está diluyendo. Para LAMM, E (2013) *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, “es posible la diversificación de las funciones maternas. En concreto, la aportación del gameto femenino, la gestación, el deseo y la voluntad de ser madre (comitente) y la atribución de la función jurídico-social de madre pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir algunas de estas funciones en una mujer. Por ello, el derecho debe resolver cuál es la maternidad relevante jurídicamente”, p.31. En este mismo sentido, ABAJO-LLAMA, S. / BERMANT, C. / CUADRADA-MAJÓ, C. et al. (2016) “Ser madre hoy: abordaje multidisciplinar de la maternidad desde una perspectiva de género”. *Musas*, Vol. 1, nº2, pp.20-34. Las autoras exponen que “la maternidad es una práctica dinámica, donde las madres encuentran un contexto, una historia y, por lo tanto, no se puede entender como un hecho natural, atemporal e universal (...) es necesario pensar –y hacer pensar– en «ser madre», mucho más allá de la biología.”, p.21. Vid. también, FERNÁNDEZ GARCÍA, S. / HERNÁNDEZ CORROCHANO, E. / KONVALINKA, N.A. / SÁNCHEZ MOLINA, R. (2018) “La gestación subrogada bajo prismas diferentes, Cuatro corrientes de análisis para un mismo tema”. *Antropología Experimental*, nº18, Universidad de Jaén, pp.319-335.

<sup>949</sup> Se recoge una síntesis de las posibles motivaciones para recurrir a esta figura en FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2015) “Gestación por sustitución” en TAMAYO HAYA, S. (Dir.) *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares, p. 136-137.

<sup>950</sup> Los estudios coinciden en que las personas que acuden a este mecanismo, que es sustancialmente más costoso y requiere de un mayor plazo de espera, agotan previamente las posibilidades de las TRHA. Vid. por ejemplo, FERNÁNDEZ LÓPEZ-MINGO, R.D. (2022) “Experiencia vivencial de mujeres españolas que optan por la subrogación como camino hacia la maternidad”. *Nure investigación*, Vol.19 (116). Ciertamente también, podría darse en los supuestos en los que la mujer quiera evitar el hecho de dar a luz (piénsese en todas las consecuencias que este hecho tiene para la salud y estado psíquico y físico de las mujeres) pero este hecho no sería representativo.

## 5.2. BREVE APUNTE A LA COSIFICACIÓN DE LA MUJER GESTANTE Y A LA VOLUNTAD PROCREACIONAL

Cabe volver a insistir, aunque sea brevemente al no ser objeto principal de esta investigación, en que la existencia de esta práctica se explica en base a la voluntad procreacional<sup>951</sup> de las personas que recurren a estas técnicas, pero también a los intereses económicos que se hallan en juego. Son las agencias intermediarias las que consiguen satisfacer estos intereses a cambio de conseguir el máximo beneficio<sup>952</sup> a

---

<sup>951</sup> En puridad, el concepto “voluntad procreacional” alude a la tesis que “comprende todas las corrientes que sostienen la prevalencia del elemento voluntario en la determinación de la relación paterno filial por encima y aún en contra del dato biológico”, como afirma ALES URÍA ACEVEDO, M.d.M. (2012) *El derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch, p.208; op. cit. Vid. también, op. cit. FARNÓS AMORÓS, E. (2015) “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”. *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXVIII, pp. 51-52, que refiere a esta tercera vía de determinación de la filiación como “consentimiento procreacional”. También se refiere a esta PANIZA FULLANA, A. (2017) *Realidad biológica versus realidad jurídica...* op. cit., pp. 39-31.

<sup>952</sup> Para estas empresas este es el objeto de su negocio. Una simple búsqueda en la Red se arroja múltiples resultados que lo confirman, aun estando la práctica prohibida en España. Véase, por ejemplo; “Gestlife”, que se presenta como agencia líder en España. Esta mercantil, bajo el reclamo “Quiero tener un hijo, es mi gran sueño. Hagámoslo realidad”, ofrece programas de gestación por sustitución específicamente diseñados (para ajustarse a la legislación del Estado donde se lleve a cabo la práctica) para familias heterosexuales, familias homoparentales, hombres solteros, mujeres solteras, personas con VIH. Consultable en:

[https://www.gestlifesurrogacy.com/maternidad-subrogada.php?gclid=Cj0KCQjAkMGcBhCSARIsAIW6d0DM5fNkx7UDDuKgM\\_2y9A59wRciDeD3YfXAuPSOKyiawS\\_IP6sMmW4aAnPqEALw\\_wcB](https://www.gestlifesurrogacy.com/maternidad-subrogada.php?gclid=Cj0KCQjAkMGcBhCSARIsAIW6d0DM5fNkx7UDDuKgM_2y9A59wRciDeD3YfXAuPSOKyiawS_IP6sMmW4aAnPqEALw_wcB) (última consulta 14/06/2022)

En esta misma página pueden consultarse los precios ofrecidos, en los que, según indican, se incluyen gastos relativos a: tratamiento de reproducción asistida de la gestante, compensación de la gestante, pruebas adicionales, diagnóstico genético preimplantacional, necesidad o no de donación de óvulos, número de intentos necesarios, gastos de gestión o gastos legales -según el país de destino-, desplazamientos y hospedajes en el país de destino, gastos médicos del propio embarazo -dependerá de si en el país existe o no cobertura sanitaria pública-, gastos por causas ajenas a la voluntad de las partes...Esta empresa indica que ofrece facilidades de pago y que los precios (2022) oscilan en: EUA (a partir de 120.000 € - 140.000 €); Grecia (a partir de 66.900 €); Ucrania (a partir de 43.000 €); Georgia (a partir de 47.200 €); Albania (a partir de 61.900 €); República Checa (a partir de 62.900 €). A continuación, se copia literalmente la explicación facilitada por esta empresa en esta página web acerca de la variación en el precio de la gestación subrogada (la cursiva es mía): “El precio de una gestación subrogada varía en función de la gestante, y, nuestro primer consejo es que *no se regatea con una gestante*. Incluso si queréis mirarlo de forma egoísta. Cuando *pagas mejor que nadie a una gestante*, consigues la *mejor gestante*. Cuando quieres pagar menos, las mejores gestantes se van con otros padres, y aquellas que las clínicas serias han rechazado, porque no cumplían los requisitos médicos o psicológicos, acaban aceptando cifras inferiores, porque *nadie más las acepta*. Aceptemos también que, en estos momentos, debido a la sobre demanda de gestantes en el mundo entero, hay escasez de



costa de, en la mayoría de casos, la especial situación de vulnerabilidad en la que se halla la mujer gestante, reificando la maternidad<sup>953</sup>. Se hace difícil y hasta temerario generalizar en el tema que nos ocupa, pero no puede obviarse la situación de desigualdad de las mujeres en algunos países donde se permite y fomenta su práctica.

Se apunta que las circunstancias de esta práctica cuando son examinadas no hacen más que denotar las graves desigualdades sociales existentes y el peligro inherente de aprovechamiento<sup>954</sup> de las mujeres como si de meros objetos -más bien depósitos o incubadoras<sup>955</sup>- se tratara, posibilitando esta práctica que se les conculque

---

gestantes. Y esto implica inevitablemente: -Más tiempo para captarlas (quien te ofrezca conseguirte una gestante en 3 meses te está mintiendo y probablemente te encuentres con algún problema cuando ya no tenga solución). -El precio de la gestación subrogada y por ende de la compensación que recibe la gestante, cambia cada 3-4 meses, y siempre al alza. Las gestantes europeas aún están muy lejos de la compensación que percibe una gestante americana. Si has pactado una cifra, y pasan varios meses hasta que empieza la gestación subrogada, es posible que en el momento que encuentres *la gestante, esta quiera una compensación algo superior*. -En estos casos las clínicas, para no perder dinero, deciden “esperar” a ver si encuentran una que acepte la compensación más baja. Pero, evidentemente, las *gestantes hablan entre ellas*, ¿y quién va a aceptar 17.000 dólares pudiendo recibir 24.000 dólares? -Así que, os aconsejamos que siempre tengáis guardados unos 2000 o 3000 euros, por si es preciso aumentar la compensación a la gestante y *darle un empujón al proceso* de gestación subrogada. (...) Todas las agencias *compiten haciendo publicidad para captar gestantes*. La escasa oferta hace que surja una competencia entre agencias a la hora de ofrecer compensaciones, y eso hace, lógicamente, que el precio de la gestación subrogada y de la compensación suban periódicamente.” De este mismo texto, publicidad para los comitentes, se infiere lo que es para estas empresas la mujer gestante: el mero objeto de su negocio; cuando en realidad es una *res extra commercium*. Otros ejemplos pueden ser consultados en otras páginas de otras empresas que operan en España, como:

“Universal Surrogacy” <https://www.universalsurrogacy.com>;

“Utah Fertility Center en España” <https://www.novelfamilies.com/utahfertility/es>;

“FertySurrogacy” en cuya página de inicio se ve una playa paradisíaca en Cancún bajo el lema “Cancún. El viaje de tu bebé. Maternidad subrogada con todas las comodidades”. <https://fertysurrogacy.com> (última consulta 07/12/2022)

<sup>953</sup> Op. cit, COSTA-LASCOUX, J. (2003) “Mujer, procreación y bioética” en DUBY, G. / PERROT, M. (Coords.) *Historia de las mujeres...*, p.662. Vid. GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. (2021) “La dignidad humana como límite a la mercantilización: análisis a la luz de la gestación por sustitución” en HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, E. / LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M.T. / PÉREZ ADROHER, A. *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, Dykinson, pp.1111-1122.

<sup>954</sup> MEDINA-VINCENT, M. (2018) “Cuerpos y mercados en la era de la precariedad”. *Asparkía*, 33, pp.13-26.

<sup>955</sup> CASADO, M. / NAVARRO-MICHEL, M. (Coords.) (2019), *Documento sobre gestación por sustitución...*, op. cit, p.18. Vid también, LLEDÓ YAGÜE, F. (1988) *Fecundación artificial y derecho*, Tecnos, recogía ya en los años ochenta que “(...) la utilización del supuesto de maternidad subrogada, el derecho objetivamente no puede aceptar su licitud y legitimidad (...) ya que el

su dignidad<sup>956</sup> y que queden relegadas a funciones reproductivas propias de épocas pasadas, sirviéndose de ellas para crear otra modalidad de turismo reproductivo (*cross-border surrogacy*)<sup>957</sup>, y también, dicho sea de paso, de esclavitud<sup>958</sup> en beneficio de personas con capacidad económica suficiente para acceder a este mecanismo, y de agencias intermediarias que se lucran a su costa. Para muchos autores la contratación sobre la capacidad de la mujer de gestar es un “modo de apropiarse de las mujeres, de revitalizar bajo nuevas formas el patriarcado”<sup>959</sup>.

---

objeto de este contrato (¿de arrendamiento de servicios? ¿de obra?) de incubación en útero ajeno es la persona misma, y entiendo que sería una vejatoria afrenta a su dignidad ser tratado cual si fuera un objeto, o mercadería, algo de interés patrimonial, y no como alguien que constituye una finalidad *per se*, y no un medio objeto de satisfacción de pretendidos derechos individuales tales como el derecho (...) al hijo *ad arbitrium*”, p.147.

Más recientemente, se alude a la era posthumanista y a futura posibilidad de la ectogénesis “desarrollo de un feto fuera del cuerpo humano” que supondrá el final de la gestación subrogada, tal y como lo define DE LAS CASAS LEÓN, M.E. (2021) *Las máximas “mater semper certa est” y “conceptus pro iam nato habetur”*: su evolución hasta el derecho actual, Dykinson, p.239.

Vid. también, VALLE ROBLES, M. (2021) “Gestación subrogada, trasplante de útero y útero artificial: aproximaciones desde el bioderecho”. *Cuadernos de Bioética*, 32, 105, pp.213-223. Así como, GARCÍA MANRIQUE, R. / IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2018) *El cuerpo diseminado: estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Civitas.

<sup>956</sup> También en cuanto a su integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos puede consultarse BARTOLOMÉ TUTOR, A. (2018) “Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data”. *Revista iberoamericana de bioética*, 6, pp.1-5.

<sup>957</sup> Op. cit. FEMENÍA LÓPEZ, P.J. (2019) *La determinación de la filiación “en interés del menor”*. “Turismo reproductivo” y nuevos modelos de familia, Dykinson, pp.16-19.

<sup>958</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>959</sup> Op. cit. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O. (2015), p. 121. La autora recoge la postura de PATEMAN, C.(1995) *El contrato sexual*, Antrophos, p. 124 que entiende que la gestación por sustitución es una nueva forma de contrato sexual es fruto del patriarcado pues “la simiente del varón llena la vasija vacía de la hembra, trayendo con su fuerza creativa una nueva vida al mundo, que es de su propiedad y lo convierte en padre, a la vez que priva de la condición de madre a la portadora” y añade la autora que incluso en nuestro ordenamiento, esto se revela con más fuerza, pues dada la nulidad del contrato, será sólo el padre es que podrá reclamar la filiación del hijo o hija (si en la procreación intervino su material genético), y no así la madre no gestante, aunque esta hubiere aportado el material genético, toda vez que no es la madre que ha dado a luz. Vid. también, RUIZ FRANCO, A. (2018) “Un análisis crítico del progresivo reconocimiento de los derechos vinculados a la maternidad subrogada”. *Revista Bioética y Derecho*, 44, pp.41-56, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona.

La voluntad procreacional de los comitentes, que son guiados por los intermediarios de este segmento de mercado reproductivo no puede justificar que las mujeres gestantes sacrifiquen sus derechos soportando graves riesgos y secuelas propias de la gestación, el parto y el puerperio, y el sacrificio del afecto y de los lazos fisiológicos que se crean fruto de la gestación humana de un bebe<sup>960</sup>, renunciando *ex ante*<sup>961</sup> al

---

<sup>960</sup> Tal y como afirman CASADO, M. / NAVARRO-MICHEL, M. (Coords.) (2019), *Documento sobre gestación por sustitución...*, op. cit. “El neoliberalisme potencia l’aparença de lliure autodeterminació, afirmant que mentre hi hagi consentiment no hi ha explotació, però la veritat és que la possibilitat d’elecció individual ve determinada per la posició que hom ocupa en el mercat. L’existència de desigualtats genera situacions de vulnerabilitat que el lliure mercat explota, per la qual cosa l’estat ha de protegir els més febles impedit les condicions que generen explotació (...)”, p.15. Vid. también, ANDERSON, E. (1990) “Is Women’s Labor a Commodity?”. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 19, No. 1, pp. 71-92. La autora se mostraba crítica también con la gestación por sustitución, aunque fuera sin compensación, afirmando que: “(...) I will defend the claims of gestational ties to children. To deny these claims, as commercial surrogacy does, is to deny the significance of reproductive labor to the mother who undergoes it and thereby to dehumanize and degrade the mother herself. Commercial surrogacy would be a corrupt practice even if it did not involve commerce in children. (...) Commercial surrogacy attempts to transform what is specifically women’s labor—the work of bringing forth children into the world—into a commodity. It does so by replacing the parental norms which usually govern the practice of gestating children with the economic norms which govern ordinary production processes. The application of commercial norms to women’s labor reduces the surrogate mothers from persons worthy of respect and consideration to objects of mere use.”, p. 80.

Vid. también, TORRES QUIROGA, M.A. (2022) “El posthumanismo reproductivo a la vuelta de la esquina (explotación reproductiva 3.0)” *Revista Bioética y Derecho*, 56, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, pp.145-161. El autor muy crítico con las posturas feministas neoliberales esgrime que: “Las ideologías humanistas y posthumanistas carecen de suficiente feminismo para aceptar que embarazo y parto no son separables y analógicas a las actividades hechas por hombres”., p.160.

En el mismo sentido, como denuncia al “embarazo profesional” o a la “gestante cyborg” DELICADO-MORATALLA, L. (2021) “El embarazo es una máquina, no una mujer. Deshumanización y sexismo misógino en el planteamiento favorable al «trabajo gestacional»”. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, 10, pp.41-50.

También, confrontando el principio de autonomía con el principio de justicia GARCÍA CAPILLA, D. / CAYUELA SÁNCHEZ, S. (2020) “Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía”. *Revista de Filosofía*, 45 (1) pp.27-46. Vid. también, en contra del feminismo neoliberal ÁVILA BRAVO-VILLASANTE, M. (2018) “La importancia del lenguaje en el proceso de reificación de las mujeres”. *Asparkía*, 33, pp.101-115.

<sup>961</sup> Tal y como observaba MIYARES, A. (2017) “Secretos y mentiras de la «gestación subrogada»”, *Tribuna Feminista (en línea)*; “Durante el embarazo una mujer va transformando sus expectativas, va adaptándose a una nueva realidad hasta el punto de que una mujer que, en principio, aceptó gestar para terceras personas decida, posteriormente, hacer valer sus derechos de filiación y custodia. Como los tiempos de espera de un embarazo no se pueden acortar, como el ámbito de la libertad individual acepta la reversibilidad de nuestras elecciones, sino no sería libertad, es por lo que el contrato de gestación subrogada está diseñado para blindar los “deseos de paternidad”

mismo, antes incluso de haber sido fecundadas, obligándose a entregarlo tras haberlo parido<sup>962</sup>, a renunciar al vínculo<sup>963</sup> creado y a cualquier posibilidad de atribución de la filiación, y todo ello de forma irrevocable, por no mencionar todas las cláusulas que se

---

de los subrogantes, y, por el contrario, mantener a las mujeres embarazadas (las madres) en una indefensión jurídica absoluta (...). Consultable en:

<http://tribunafeminista.org/2017/04/secretos-y-mentiras-de-la-gestacion-subrogada/>  
(última consulta 19/06/2022)

<sup>962</sup> Desde la medicina, se añade al debate ético la evidencia científica, que alerta del vínculo que se crea entre la madre y el bebé y se aboga por el máximo respeto hacia la fisiología del embarazo y el nacimiento “en un entorno que no sea hostil, que evite el estrés psicosocial de la gestante, donde madre-bebé puedan tener las mejores condiciones para apegarse e influirse mutuamente (...) En la gestación subrogada se produce una separación que implica no completar el proceso de comunicación que se inicia desde el momento de la concepción; hay una fractura de los sistemas de apego para los que ambos han sido biológicamente preparados. (...) La evidencia científica apunta a resultados negativos cuyo alcance y trascendencia tanto en la mujer como en el bebé no pueden ser ignorados. Apenas hay estudios que valoren los efectos a largo plazo y tampoco se suelen estudiar los efectos en el ámbito de la salud mental.”, afirmando que en lo que ya existen estudios es en el mayor índice de complicaciones en el embarazo por parte de mujeres gestantes en comparación con anteriores embarazos de hijos *propios*. Vid. AL-ADIB MENDIRI, M. (2018) “Gestación Subrogada desde una perspectiva biomédica: lo que el debate científico puede añadir a la discusión ética”. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas* n°28, pp.14-19. Vid. también, RUIZ-ROBLEDILLO, N. / MOYA-ALBIOL, L. (2016) “Gestacional surrogacy: Psychosocial aspects”. *Psychosocial Intervention*, 25, pp.187-793.

<sup>963</sup> Opiniones discordantes apuntan a que no existen estudios concluyentes acerca de este fuerte vínculo. Vid. análisis de la cuestión que recoge IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2012) *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado. Análisis socio-jurídico de la legislación sobre maternidad y paternidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial académica española, op. cit., en su apartado “El natural y animal instinto maternal”, pp.366-375.

En contra, BASCUÑANA GARDE, M. (2018) “Gestación subrogada: Aspectos emocionales y psicológicos de la mujer gestante”. *Dilemata Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n°28, pp.41-49, al plantearse que: “Cuando hablamos de la técnica de ovodonación, en la cual una mujer requiere de ovocitos donados por otra para poder quedarse embarazada, siempre se hace mucho hincapié en que lo que realmente la va a definir como madre en un principio no es la ausencia de carga genética propia, sino la posibilidad de llevar en su vientre a su futuro hijo durante nueve meses. Esto favorecerá la creación del vínculo prenatal, sobre todo en personas que no contemplan la maternidad sin la fase de la gestación, y que quieren vivir en su propio cuerpo dicha experiencia. Teniendo en cuenta esto, ¿no es entonces el discurso contrario al que se da en la gestación subrogada? De repente, a la mujer gestante se le despoja de todo título de madre, y se minimiza todo lo que tiene que ver con vinculación prenatal, epigenética, etc. Pero no sólo se minimiza, sino que se tiende a anular por completo la posibilidad de que la mujer se vincule de forma natural al niño, con el temor de que si no ocurre así, la mujer pueda cambiar de idea a la hora de dar a luz y no querer entregarlo. ¿Cómo pretendemos que la mujer no sienta en su cuerpo y en su mente todo lo que implica un embarazo? ¿Cómo pretendemos obviar ese vínculo madre/hijo que ha sido crucial en nuestra supervivencia como especie?”, p.47.

imponen a la mujer gestante, que son absolutamente restrictivas de su libertad individual y conculcan sus derechos más fundamentales<sup>964</sup>.

Caso distinto es que las madres gestantes lo hagan de forma altruista y quizá como proyecto pluriparental, pero no cabe duda de que este supuesto no es el habitual y hay que atender a la dificultad que entraña el afirmar que el consentimiento de la mujer es prestado de forma libre y pura. Así las cosas, el riesgo de que la voluntad de los comitentes y la voluntad de la mujer gestante no concurren en condiciones de igualdad<sup>965</sup> existe, y ello puede propiciar contextos de explotación sexual<sup>966</sup> y de tráfico de bebés<sup>967</sup>.

---

<sup>964</sup> Son comunes en estos “contratos” la imposición de obligaciones a la madre gestante durante todo el periodo de tratamiento y gestación, tales como: el no mantenimiento de relaciones sexuales durante el embarazo, la prohibición de ingerir determinados alimentos, la prohibición de realizar viajes, de llevar a cabo algunas actividades físicas, la obligación de abortar si se detecta alguna anomalía en el feto, entre otras. Vid. al respecto, ALES URÍA ACEVEDO, M.M. (2020) “La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo. Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada”. *Dikaion*, V.29, 1, pp. 39-65.

<sup>965</sup> Op. cit. ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003) *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva*. Thomson Aranzadi, p.276. La autora se sitúa respecto de la cuestión en una postura intermedia, afirmando que serían admisibles los “acuerdos de gestación gratuitos que se realicen por motivos altruistas, como manifestación de la solidaridad entre mujeres (...) sin aportación de óvulos y siempre que existan indicaciones médicas”, articulando un mecanismo legal a tal fin, p.277. Y añade que “Las mujeres que no pueden gestar por carecer de útero, reclaman una solución semejante a la que el ordenamiento ofrece a las mujeres que no pueden tener hijos propios por carecer de ovarios y lo cierto es que nos resulta difícil hallar razones de peso para negarles el derecho a unas mientras se les reconoce a las otras”, p.289-290. En este sentido, vid. también, IMAZ, E. (2018) “«*Quem nuptiae demonstrant...*». Algunas consideraciones sobre la filiación y las maternidades lesbianas desde la antropología”. *Athenea Digital*, 18, 1, pp.113-128. La autora afirma que “a todos los efectos el parto continúa manteniendo su carácter de fundante de la relación filial de la tradición Occidental, mientras que la aportación genética mediante óvulo es irrelevante en el establecimiento de la maternidad”, p.119. También se pronuncia al respecto, entre otras, DE MELO MARTÍN, I. (2019) “Ética y maternidad subrogada: mercado, tecnología y familia” en NUÑEZ PAZ, M.I. / JIMÉNEZ BLANCO, P. (Coords.) *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Tirant lo Blanch, pp.93-95.

<sup>966</sup> VELÁZQUEZ, L. (2018) “Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada”. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº26, pp.15-25

<sup>967</sup> Op. cit. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O. (2015) “Maternidades y paternidades escindidas: una nueva cultura de la reproducción” en TAMAYO HAYA, S. *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI, Comares*. Para NUÑO GÓMEZ, L. (2020) “La construcción de las mujeres como cuerpos subalternos: comunicación y narrativas de la historia interminable”. *Historia y comunicación social*, 25, nº1, pp.181-90, “(...) La legalidad otorga legitimidad y, ambas, establecen un marco ético de convivencia que no puede estar mediado simplemente por el mercado de los deseos y los deseos del mercado”, p.189.

Todo ello entronca con la necesidad de matizar que parte de la doctrina afirma que no existe un derecho a reproducirse, sí una libertad, una autonomía reproductiva<sup>968</sup>, pero esta no puede, ni debe, operar sin límites ni puede asimilarse la figura en la de un contrato<sup>969</sup> pues aquélla, qué duda cabe, tiene mayores implicaciones<sup>970</sup>.

---

<sup>968</sup> A este respecto, CASADO, M. / NAVARRO-MICHEL, M. (Coords.) (2019) *Documento sobre gestación por sustitución...*, op. cit., p. 16-17. Vid. también, MÚRTULA LAFUENTE, V. (2021) *El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución. Una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante*. Universidad de Alicante. La autora sostiene también que no existe un derecho a tener hijos como tal “exigible frente al Estado. Estaríamos más bien ante un *derecho de contenido negativo*, donde el Estado no debe inmiscuirse en la libertad reproductiva de las personas de tener hijos biológicos”, pp.333-334.

Entiende, en cambio, que sí existe el *derecho* a reproducirse IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2012) *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado. Análisis socio-jurídico de la legislación sobre maternidad y paternidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial académica española, pp.149-177, op. cit.

<sup>969</sup> Críticos se muestran los partidarios del “liberalismo reproductivo”. Alejado de esta tendencia, lo define TORRES QUIROGA, M.A. (2019) *Maternidad y gestación en venta. Fabricar bebés en la era neoliberal*, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona; “el liberalismo reproductivo supone que (...) se vive en una sociedad más libre, donde se practica la autonomía reproductiva conscientemente, en pleno ejercicio de nuestra racionalidad humana.”, p. 61. A favor de la visión contractualista de la gestación por sustitución como trabajo reproductivo, FABRE, C. (2006) *Whose body is it anyway? Justice and the Integrity of the Person*, Oxford University Press.

Sobre las bases del liberalismo que subyace en la estructura de la figura puede verse op. cit. DE LORA, P / GASCÓN, M. (2008) *BioÉtica. Principios, desafíos, debates*, Alianza Editorial, pp.86-94. A favor también del reconocimiento de la figura y de su necesaria regulación DE LORA, P / GASCÓN, M. (2008), op.cit., que abogan por una regulación por parte del Estado, que “puede legítimamente ejercer cierto control sobre la contratación de un servicio tan sensible sin poner necesariamente fuera del juego de la licitud (...) la gestación de sustitución en todas sus manifestaciones”, p.92. Para los autores, las madres gestantes y los comitentes van a seguir llevando a cabo esta práctica, por lo que en aras de proteger a los niños el Estado debe alejarse de “argumentos paternalistas” basados en la moral y en la “atribución intrínseca de maldad a la transacción” que entienden que la mujer no es plenamente consciente del vínculo materno-filial tan fuerte que se genera con el concebido, sosteniendo que estudios significativos desmienten este “carácter irresistible” de este vínculo, y que “en este argumento paternalista apoyado en la incapacidad presunta de las mujeres para ser madres sustitutas se podrían escuchar las reverberaciones de injustificadas discriminaciones del pasado que presuponen la condición de “menores de edad mental” en las mujeres”, p.89.

<sup>970</sup> Al respecto, FARNÓS AMORÓS, E. (2022) “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”. *Revista Bioética y Derecho*, 56, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, pp.29-54, que afirma: “En la exigencia de vínculo genético con la persona que va a nacer late la voluntad de legitimar de algún modo la relación familiar entre esta y el o los progenitores de intención, así como de preservar la relación de cara a futuro (por ejemplo, en caso de un hipotético cambio de intención de la madre gestante). A menudo se afirma que

Así, la gestación por sustitución es otro de los mecanismos que, como la reproducción asistida y otras prácticas como la autoinseminación, que ya han sido analizados, responden a la demanda de nuevas posibilidades de ser padres y madres que implican también cambios sociales en las relaciones humanas. Las opiniones se hallan profundamente divididas, y es que, en esta figura, maternidad y gestación se escinden, la maternidad, los cuerpos, el cuerpo y la mente se fragmentan<sup>971</sup>.

---

quienes desean recurrir a la GS sin aportar al menos los gametos de uno de los progenitores de intención ya tienen a su disposición la adopción. No obstante, esta afirmación olvida que ni la adopción está al alcance de todas las personas que desean tener hijos<sup>2</sup>, ni constituye una alternativa real a la GS, puesto que en esta última la voluntad del o los progenitores de intención es un elemento determinante de la concepción.”, p.31.

<sup>971</sup> Op. cit. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O. (2015) “Maternidades y paternidades escindidas...” en TAMAYO HAYA, S. et al. (Dir.) *La maternidad y la paternidad...* .La autora afirma que “en comparación con el uso de otras técnicas en la reproducción que permiten la fragmentación de la paternidad e incluso de la maternidad, en el caso de la subrogación maternal se pone de manifiesto que el hecho de que la maternidad pueda separarse de la gestación hace que se tambaleen los cimientos, reales o imaginarios, de las raíces mismas del proceso de reproducción, su lado natural, indisoluble, permanente y universal entre las madres y sus bebés, en los que se entreteje la lógica del instinto maternal”, p.117.

Para la autora ALBERT, M. (2019) “Deconstrucción jurídica de la maternidad y determinación de la filiación” en SÁNCHEZ DE LA TORRE, Á. (Dir.) *El derecho entre concepciones sistemáticas y visiones literarias*, Dykinson; “la legalización de la maternidad subrogada implica, por así decir, la consumación de un proceso iniciado años atrás: el proceso de disociación o deconstrucción de la maternidad, posibilitado por la técnica y sancionado por el derecho. (...) . Es preciso añadir, en relación a la cuestión de la voluntad procreativa y su relevancia a la hora de determinar la paternidad o maternidad legal de un hijo, que, en mi opinión, esta prevalencia del consentimiento es asumida en términos que podríamos considerar algo naïf. (...)La candidez del planteamiento (cualidad que el derecho no puede permitirse) radica en la fe de que es factible asumirlo sin afectación del principio fundamental en torno al que gira la institución de la filiación: la protección del menor y la identificación de los responsables de su crianza y cuidado, para la posterior atribución de las responsabilidades y obligaciones que le competen...¿cómo podría tener sentido hacer descansar la institución de la filiación en la voluntad de los futuros obligados? (...)”, pp.405-407.

### 5.3. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS NACIDOS POR ESTE MÉTODO: ¿DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES (¿BIOLÓGICOS?)

No cabe duda de que estos niños y niñas que han sido concebidos por este método, al igual que cualquier otro hijo o hija, tienen derecho a conocer sus propios orígenes<sup>972</sup> y como reitero en todos los casos, esta información les pertenece.

El derecho de la persona nacida por estas técnicas de conocer sus orígenes debe abarcar de forma amplia todo el contenido relativo a las circunstancias y a las personas intervinientes en su posible existencia, pues todos estos elementos forman parte de su historia vital y se engarzan en su identidad, y, por ende, en su dignidad<sup>973</sup>. Prescindir de cualquiera de los elementos concomitantes a la circunstancia de su nacimiento no debe ni puede quedar al arbitrio de ninguno de los sujetos implicados<sup>974</sup>.

Por ello, el hijo o hija debe poder conocer que nació mediante esta figura, quién fue la madre gestante<sup>975</sup> -si no mantiene contacto con la vida familiar- y a quién

---

<sup>972</sup> En contra, FERNÁNDEZ CODINA, G. (2019) *Gestación subrogada. Crítica a sus críticas. Sobre porqué es moralmente lícita y legalizable*, Bosch Editor. Para el autor no existe el derecho a la identidad ni tampoco el de conocer los orígenes biológico, no siendo trascendente este conocimiento. Concluye el autor que “La familia es sagrada, sí, pero no la sangre ni sus Vínculos. Cuando de verdad nos creamos que tan hijo es el adoptado como el parido, entonces todos estos dilemas aparecerán como lo que realmente son: una remora del pasado, propia de las tragedias griegas.”, p.134.

<sup>973</sup> Op. cit, ALES URÍA ACEVEDO, M.M. (2020) “La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo. Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada”. *Dikaion*, V.29, 1, pp. 39-65. En palabras de la autora “la dignidad se despliega en la pregunta por el origen y la finalidad de la propia existencia”, p.52. Para la misma autora, ALES URÍA, M.M. (2012) *El derecho a la identidad en la filiación...*, op. cit. “La dignidad de la persona es constitutiva de su esencia e implica nociones antropológicas en cuanto diferencia al hombre de otros seres y es la base de su individualidad. También posee elementos biológicos puesto que el ser humano, individualmente considerado, se diferencia de otros por su estructura genética y particular carga de caracteres cromosómicos. La historia particular de cada uno comienza con su generación con la unión de los gametos de sus progenitores. En razón de ello, al hombre le resulta esencial reflexionar sobre su propia historia individual a partir de su filiación, es decir, a partir del comienzo de su existencia. Consecuentemente, el conocer los propios orígenes forma parte.”, p.404.

<sup>974</sup> Op. cit. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017) *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, “Dejar esa información a la discrecionalidad de los comitentes parece una grave lesión del derecho de toda persona a conocer sus propios orígenes biológicos”, p.38

<sup>975</sup> Op. cit. LAMM, E. (2013) *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, p.300.



pertenece el material biológico con el que ha sido creado. Sólo así, el derecho a conocer sus orígenes -biológicos y genéticos- será salvaguardado y, por ende, sólo así se le permitirá construir -o, mejor, contará con los detalles que le permitan decidir cómo construir- su identidad de forma plena y saludable.

Podemos plantearnos si el contenido a conocer nuestros orígenes abarca también a la madre gestante, aún en el supuesto común en que no comparta con el sujeto ningún vínculo genético<sup>976</sup>. La respuesta debe ser afirmativa, aun a pesar de que el hijo o hija mantenga vínculo genético con ambos comitentes<sup>977</sup>. Resulta necesario detenerme en el supuesto -más habitual, de hecho- en el que los comitentes o terceros aportan el material genético y la madre biológica -gestante- no coincide, pues, con la genética. De hecho, es más frecuente por no tener tantas implicaciones morales y legales que la mujer gestante no comparta vínculo genético alguno con la persona concebida<sup>978</sup>.

---

<sup>976</sup> Piénsese, que no nos planteamos siquiera la posibilidad de que esto no sea así en los supuestos en los que a la mujer gestante se le implanta un óvulo donado, gesta al bebé y da a luz, siendo considerada madre en nuestro ordenamiento, en base a la máxima *mater semper certa est*. Al respecto, un apunte: Se plantea SALÉS PALLARÉS, L. (2019) “La pérdida del interés (superior) del menor cuando se nace por gestación subrogada”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.11, nº2, pp.326-347: “(...) Sin perder de vista la idea del interés, que ahora retomo, planteo un caso típico, esto es, unos padres comitentes que son también donantes, por tanto la identidad biológica del menor estará claramente determinada, por lo que los orígenes genéticos del menor son claros y ciertos. ¿Qué sucede a nivel legal? Para el legislador español la verdad biológica no va a coincidir con la verdad jurídica, esto es, la madre se determinará por el parto y será por tanto la gestante y no quien aporta la carga genética quien conste como madre de ese menor. ¿Trabaja por tanto hoy en día esta presunción (*mater semper certa est*) en favor del interés superior del menor o puede que obedezca a otros intereses? Si lo que se busca es que el menor tenga protegido el derecho a conocer sus orígenes biológicos y estos ya están debidamente determinados, ¿por qué no han de coincidir en una única filiación?, ¿exige realmente el interés del menor que se ponga de manifiesto el hecho de su gestación en el registro y en su filiación?”, p.328.

<sup>977</sup> Op. cit. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017) *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, en el que los expertos se planteaban: “¿se le puede decir a alguien que, puesto que la persona que lo gestó nunca fue su madre desde el punto de vista jurídico, no tiene derecho a conocer nada respecto de ella? Entendemos que la maternidad biológica desempeñada por la gestante durante el embarazo no puede reducirse a un hecho irrelevante para la vida del hijo y, por tanto, se debe reconocer el derecho del hijo a conocer esos orígenes biológicos. El caso presenta cierta analogía con el anonimato que establecen las leyes reguladoras de la reproducción asistida en algunos países (como el nuestro) en las que se ha consagrado el anonimato de los donantes de gametos y, en consecuencia, la imposibilidad de los hijos de conocer sus orígenes biológicos. En otros países ese anonimato nunca se ha establecido o se ha revertido (como sucedió en Reino Unido) por entenderse que resultaba contrario al interés superior del hijo.”, p.37.

<sup>978</sup> FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2015) “Gestación por sustitución” en TAMAYO HAYA, S. (Dir.) *La maternidad y la paternidad...*, op. cit., p.136.

Esto hace que nos podamos plantear si realmente el derecho a conocer los propios orígenes abarca también a poder tener información acerca de la mujer gestante. Pero, lo cierto es que, nos guste o no la práctica, tanto la mujer gestante como los donantes forman parte también de la historia personal y de las circunstancias de la persona nacida, y no parece jurídicamente posible privar a la persona nacida de este acceso al conocimiento.

No obstante, múltiples son las causas que coadyuvan promoviendo el borrado de cualquier huella<sup>979</sup> que permita el conocimiento de los datos de los orígenes en esta práctica. Es más, parece que uno de los caracteres inherentes a esta figura sea la posibilidad de extirpar al hijo o hija de todos los datos concernientes a su pasado anterior a su entrega a los comitentes. Y parece que, más allá de la lucha por cumplir el deseo de ser padres, poco o nada se preocupan los comitentes por cómo y cuándo revelaran al hijo o hija toda esta información<sup>980</sup>.

Y es que, el acceso a los orígenes en esta figura se complica sobremanera, y ello por varias razones, que en síntesis podrían agruparse en: la desmembración de la maternidad, la pluralidad de intervinientes en la procreación y la omisión deliberada del derecho a conocer los propios orígenes; y el componente internacional de los contratos suscritos que se rigen por las leyes válidas en un ordenamiento interno, la falta de consenso y la inexistencia de Registros. Las razones apuntadas se pasan a analizar a continuación.

### ***5.3.1. La desmembración de la maternidad, la pluralidad de intervinientes en la procreación y la omisión deliberada del derecho a conocer los propios orígenes***

En este contexto, el bebé que es trasladado desde otro Estado cuando llega a España no puede ser inscrito como hijo o hija de los progenitores intencionales - comitentes-, por lo que no cuenta con progenitores en España. Para nuestro

---

<sup>979</sup> LÁZARO PALAU, C.M. “¿Los derechos del niño o derecho al niño?” en LUCAS ESTEVE, A. (2019) *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, p-. 244-245.

<sup>980</sup> Tal y como se desprende de la investigación efectuada por AL-ADIB MENDIRI, M. (2018) *Gestación Subrogada desde una perspectiva biomédica...*, op. cit., la mayor parte de las madres españolas entrevistadas que habían optado por la gestación por sustitución no mantenían contacto alguno con la mujer gestante tras la entrega del bebé.

ordenamiento, la madre es la que ha dado a luz, esto es, la mujer gestante. Esta mujer, sin embargo, en su ordenamiento ha quedado totalmente desvinculada de cualquier nexo filiatorio con este menor. El resultado es que el niño o niña queda en una situación de inseguridad jurídica.

La maternidad se ha quebrado y desmembrado y esta situación no encaja en nuestro sistema jurídico. De un lado, coexiste la mujer gestante, de otro la madre genética, del otro, la madre social -si no coincide con la genética-, del otro, el padre biológico, y, quizá, en su caso, el padre social -que, podrá o no coincidir con el biológico-. Así las cosas, serias complicaciones añadidas plantea el hecho de que concurra en esta figura un desmembramiento tal que comporte la existencia de donantes de material genético, mujer gestante y progenitores intencionales<sup>981</sup>. La persona concebida debe poder tener acceso a toda esta información, y se añade que la sensibilización sobre este reconocimiento al derecho a conocer los orígenes y su amplio contenido no es única ni igual para todas las conciencias.

Como he referido, la persona menor debe poder conocer que nació por este método y quiénes son los intervinientes que han posibilitado su existencia pues todos ellos han tenido un papel trascendental. Pero si existen impedimentos a la hora de garantizar el acceso a esta información en los casos de otras figuras como la adopción -de forma más acusada la internacional- y en las técnicas de reproducción asistida, el ejercicio de este derecho por parte de estos hijos e hijas que han sido engendrados por esta fórmula, se ve enormemente dificultado, lo que les sitúa en una situación de desigualdad respecto de los menores que no han sido concebidos por este mecanismo y que han sido engendrados de forma natural o común.

Así, las cosas, el niño o la niña pasa a residir con el/los progenitores/es *de facto*, los comitentes que le han traído y que, pueden o no, mantener con él/ella algún vínculo genético. Si mantiene vínculo genético con el padre, este podrá reclamar la paternidad. Ahora bien, nada podemos concluir por no estar previsto, para los casos en los que este vínculo genético con el padre *de facto* o padre social ni tan siquiera exista (por haber sido concebido con material de donantes). Tampoco puede reputarse madre filiatoria según el sistema vigente de filiación español a la madre intencional, ni tan siquiera si ha aportado su material genético, puesto que no ha sido ella la que ha dado a luz. Por no

---

<sup>981</sup> MERTENS DE WILMARS, F. (2020) “Evolución jurídica del vínculo biológico en la maternidad: hacia la ruptura”. *Revista Opiniao Jurídica, Fortaleza*, 18, nº27, pp.259-2700. El autor sostiene que: “La mujer que quiere ser madre ya no necesita ser capaz de dar a luz, puede delegar esta función a una tercera persona y externalizar así el proceso biológico del nacimiento. En definitiva, los límites al nacimiento no resultan más de la biología sino del Derecho”, p.267.

decir que aún más difícil resulta en el caso de un niño o niña concebido con material de donante, que no comparta vínculo genético ni con los comitentes ni con la mujer gestante. En estos casos el conocer (y ya no digo contactar) por la persona con estos terceros resultará una ardua y casi imposible tarea.

El ordenamiento tampoco es capaz todavía de proteger a las personas concebidas por gestación por sustitución, no existiendo unos criterios claros, más allá de reputarse su nulidad. Independientemente de que no se le reconozca validez hay que atender a que es válida en otros Estados y a que los niños y niñas que necesitan ser inscritos y ver determinada su filiación requieren de una seguridad jurídica y lo más importante, de una protección de sus derechos, y entre estos se halla, qué duda cabe, el derecho a conocer los propios orígenes.

Todo ello nos sume en un panorama desolador en el que los grandes perjudicados son los niños y niñas, además de, en muchos casos, las mujeres gestantes en su país de origen.

### ***5.3.2. El componente internacional de los contratos suscritos que se rigen por las leyes válidas en un ordenamiento interno, la falta de consenso y la inexistencia de Registros***

Así, los hijos gestados por otra mujer en el extranjero, donde la mujer gestante no es considerada jurídicamente su madre -para el ordenamiento donde fue gestado- ni tampoco actúa *de facto* como tal -en el Estado en el que el niño o niña reside con su familia- pueden no conocer que fueron gestados por otra mujer, o si conocen tal circunstancia, pueden no tener acceso a conocer datos que les permitan saber algo acerca de quién es ésta, ni, menos aún, cómo contactarla, y ello es fácilmente explicable dado que no existen registros internacionales de estas prácticas y, es más, en la mayoría de casos, la propia mujer gestante se obliga a no tener contacto con la persona que ha engendrado<sup>982</sup> tras su entrega.

---

<sup>982</sup> Vid. GUERRA-PALMERO, M.J. (2018) “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional”. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas* nº26, pp.39-51. En palabras de la autora, “Las consideraciones ligadas al género, la clase social, la raza-etnicidad, la posible aparición de la discapacidad, y la situación geopolítica del país en el que se produzca la gestación no son soslayables en este tema por eso el análisis debe ser interseccional y feminista y estar bajo la cobertura de los derechos humanos de las mujeres y los niños y niñas que siempre deberían poder conocer sus orígenes”, pp.40-41.

A lo que se le añade, que si el hijo o hija fue engendrado/a con material genético de tercero -si no es coincidente con el de los comitentes- puede que el hijo o hija ni siquiera conozca tal circunstancia, y de conocerla puede que, si lo quiere, no tenga manera posible de acceder a los datos que con suerte pudieren constar.

Sumamente frágil es la situación en la que se halla el bebé trasladado desde otro Estado donde la práctica se halla regulada en base a su propio ordenamiento y su sistema de valores. Hay que recordar que, generalmente, para aquel Estado de origen los progenitores son legalmente los comitentes mientras que estos últimos cuando tratan de “convalidar” esta inscripción en nuestro país, encuentran obstáculos al no poder surtir efectos la inscripción realizada en aquel por tratarse de un contrato nulo. Debe además añadirse que es muy dispar el tratamiento que reciben estas prácticas en los Estados en los que se permite, también respecto al derecho a conocer los propios orígenes y a la posibilidad de mantener contacto con la mujer gestante<sup>983</sup>.

La consecuencia de todo ello es que la revelación<sup>984</sup> se circunscriba al ámbito privado, escapando al control del Estado. Siendo esto así, se relega cualquier garantía de protección a este derecho, pues queda en manos de los progenitores si deciden o no informar a la persona menor de las circunstancias de su concepción -a pesar, insisto, de tratarse de una información que le pertenece y que debe poder tener derecho de conocerla y valorar el peso o la trascendencia que le otorga- y todo ello sin la certeza de que los progenitores sean conscientes de la importancia de trasladar esta información con las cautelas e indicaciones profesionales que tal revelación merece.

---

<sup>983</sup> Op. cit. THÉRY, I. (2009) “Anonymat des dons d’engendrement...” al afirmar que: “nunca nadie ha propuesto en los Estados Unidos anonimizar el recurso a una maternidad o a una gestación “subrogada”, ni impedir cualquier encuentro entre la pareja de futuros padres y la madre gestante. Esta elección debe subrayarse tanto más en cuanto que contrasta con el anonimato absoluto de la “madre subrogada”, del que se vanaglorian las clínicas especializadas de algunos países del antiguo bloque soviético, como Ucrania, cuya publicidad en internet se enorgullece de las ventajas, sin que parezcan sospechar que la reducción de la mujer a un mero “vientre” al servicio de otro es una forma inédita de esclavitud humana.”, p.34.

<sup>984</sup> Desde la psicología, op.cit. BASCUÑANA GARDE, M. (2018) “Gestación subrogada: Aspectos emocionales y psicológicos de la mujer gestante”. *Dilemata Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº28, pp.41-49, se plantea: “no podemos olvidar al futuro niño que va a nacer. En un país donde aún se tienen ciertos reparos a la hora de aceptar técnicas como la ovodonación, no siempre se acaba respetando el derecho fundamental del niño a conocer sus orígenes, cosa que ocasiona que algunas parejas, en especial las heterosexuales, opten por no revelar los orígenes al menor. Esto tendrá serias implicaciones psicológicas en el caso de que, en un futuro, la persona descubra sus orígenes por otras vías. ¿Va a darse la posibilidad al menor de que mantenga el contacto con la mujer que le gestó? O por el contrario, ¿se le va a negar cualquier conocimiento y contacto con la misma?”, p.48.

Estudios apuntan, de nuevo, como ya se ha tratado en los anteriores apartados, también en este supuesto, a las reticencias de los progenitores a la hora de comunicar y posibilitar el acceso a los datos de que dispongan, en el caso de contar con información al respecto. Subyace la idea de la fuerza de los lazos de sangre y el miedo al rechazo y resentimiento del vínculo<sup>985</sup>.

Algunos autores señalan especificidades en relación al anonimato propias de la figura que nos ocupa<sup>986</sup>, dado que el nacimiento tiene como fuente un acuerdo *inter partes* y a que la mujer gestante puede, en ocasiones, tener alguna participación en la vida familiar<sup>987</sup>. Ahora bien, si se previó en ese contrato -como es común- el secreto o la confidencialidad con la mujer gestante y/o con las posibles personas donantes, parece que se blinda el acceso a la información<sup>988</sup>, lo que implica la vulneración flagrante del derecho de la persona procreada en base esta figura a conocer información que le pertenece.

---

<sup>985</sup> Op. cit. JOCILES RUBIO, M.I. / RIVAS RIVAS, A.M. (2016) “Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida con donante”. *Ankulegi*, 20, pp.63-78. Las autoras sostienen que “La metáfora por excelencia de este sistema cultural de parentesco es la consanguinidad; la sangre junto con otras sustancias biogenéticas como el semen, que se transmiten en el acto sexual, representan la «verdad» genealógica, origen de la «verdad» biográfica, componente básico de la identidad individual según el pensamiento occidental. Compartir y transmitir una «misma sangre», como resultado del acto sexual, es el elemento natural que legitima el establecimiento de un tipo de relaciones sociales (filiales, conyugales o fraternas) que se van extendiendo de forma ascendente y descendente hasta conformar la malla genealógica, substrato básico de la visión occidental del parentesco.”, p.64; y apuntan como un obstáculo a la pluriparentalidad que “Los lazos de consanguinidad, diferentes de los lazos de afinidad por su carácter imborrable derivado de la creencia en la consubstanciación de la sangre, establecen un tipo de relación exclusiva y excluyente por el que cada individuo ocupa su posición de hijo o hija con relación a un solo hombre y a una sola mujer, a un padre y a una madre, ni uno más ni uno menos. Este principio de exclusividad no deja de ser la expresión del valor por excelencia que en occidente se atribuye a la propiedad privada y a la voluntad de posesión, manifestado, en este caso, en el derecho y el privilegio que se asigna a los progenitores sobre «sus» descendientes por nacer de partes del propio cuerpo, frente a las personas que tienen que acudir a otros cuerpos intermediarios para reproducirse (...)”, pp.74-75.

<sup>986</sup> En este sentido, op. cit. LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona.

<sup>987</sup> JADVA, V. / MURRAY, C. / LYCETT, E. / MACCALLUM, F. / GOLOMBOK, S. (2003) “Las experiencias de las madres subrogadas”. *Reproducción humana*, Vol. 18, nº10, pp.2196-2204.

<sup>988</sup> LÓPEZ GUZMÁN, J. / APARISI MIRALLES, A. (2012) “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos de Bioética*, XXIII, p.264.

Como ya se ha referido<sup>989</sup>, que los concebidos por esta figura conozcan dicha circunstancia dependerá de diversos factores, como el contenido del contrato suscrito, la normativa del Estado en el que se celebró dicho contrato; y también, en más o en menos, de las dificultades que hayan hallado los progenitores (jurídicos o sociales) para conseguir que les fuera atribuida la filiación; a lo que se le aúna, también, como he referido, la predisposición a la revelación de datos relacionados con la gestación por parte de los comitentes.

Por lo que respecta a las dificultades u obstáculos concurrentes a la hora de reconocerse el vínculo filiatorio con los comitentes, si estos consiguieron la inscripción de la persona menor como hijo o hija propio y así figura en el Registro Civil aun será más difícil que este hijo o hija pueda rastrear la información y tener acceso a tal circunstancia, a lo que se le añade la inexistencia de registros internacionales y que la práctica se ha llevado a cabo en Estados, a veces remotos, no existiendo garantías de posibilidad de acceso a dichos datos, máxime cuando concurre la circunstancia, como ya se ha referido, de una más que probable existencia de cláusulas en el contrato que sean proclives a la desvinculación con la gestante y al anonimato.

Dado el actual estado de la cuestión y la beligerancia con la que el Tribunal Supremo español (TS) ha abordado estos supuestos en sus últimos pronunciamientos, difícilmente los comitentes en este momento puedan inscribir a los niños y niñas como hijos propios en el Registro Civil sin inconvenientes, pues para nuestro ordenamiento la madre seguirá siendo la que dio a luz por aplicación de las normas relativas a la filiación ya consideradas. La vía para poder atribuirse la filiación entre los niños y niñas y los comitentes será la de la reclamación de paternidad si el padre aportó material biológico y es padre genético, y para la madre, quedará abierta la adopción, a pesar de que aportara su óvulo y el nacido y ella compartan el vínculo genético.

No obstante, con anterioridad al actual estado de la cuestión, en la mayoría de supuestos se acordaba su inscripción, atendiendo, paradójicamente, a un “ambivalente”<sup>990</sup> interés superior de la persona menor, teniendo un papel fundamental las resoluciones emanadas de la, por aquél entonces denominada, Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN)<sup>991</sup>.

---

<sup>989</sup> Vid. Capítulo III § 1.4.

<sup>990</sup> Término acuñado por FARNÓS AMORÓS, E. (2015) “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, I, op cit; p.41.

<sup>991</sup> Precisamente este principio es invocado actualmente para sostener la no inscripción en el Registro Civil de las personas menores nacidas por gestación subrogada como hijos e hijas de los

La cuestión entraña tantas consideraciones sociales, morales y éticas, a parte de las jurídicas, que no existe consenso y los ordenamientos han abarcado la cuestión según su sistema de valores y su configuración concreta, concurriendo Estados que la permiten, otros que la tienen regulada con límites que pretenden proteger a las mujeres gestantes y a los hijos e hijas -aunque, añadido, es cuanto menos discutible que se logre su protección efectiva-; otros que la prohíben, y otros en los que técnicamente no se le reconoce efecto alguno -como es el caso de España-.

La disparidad de las regulaciones existentes y el hecho de que este fenómeno implique conexiones entre el país de la mujer gestante y el país de los comitentes, no hace más que complicar la situación de los hijos e hijas, que se hallan en un limbo jurídico no existiendo seguridad jurídica ni protección de su situación. Estas implicaciones internacionales, la concurrencia de sistemas totalmente incompatibles y, por ende, la inexistencia de registros, provoca una absoluta conculcación del derecho de los hijos e hijas a conocer su origen. Es más, me atrevo a decir, que este derecho es absolutamente obviado en la mayoría de los supuestos.

De la doctrina experta analizada se desprende una contradicción: sea cual sea la postura adoptada por los Estados, la práctica continúa llevándose a cabo y ninguna de las situaciones parece garantizar los derechos de las personas implicadas -siendo la más vulnerable los hijos e hijas- ni tampoco disuadir a los comitentes de su práctica.

Por ello, desde el derecho internacional se ha venido planteando la necesidad de formular unos principios acerca de la cuestión, que posibiliten la protección de las partes más vulnerables. Pero ello pasa por el reconocimiento de la figura, y el menor atisbo de reconocimiento a la misma no hace más que provocar el absoluto rechazo por parte de los colectivos detractores de la gestación por sustitución, que, por razones obvias, no son pocos. Esta cuestión será retomada más adelante.

---

comitentes. Vid. respecto a la inexistencia de un marco jurídico claro y a la oscilante doctrina emanada de la DGRN (actualmente denominada *Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública* en virtud del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, BOE.A.2020-1246) el capítulo III § 1.4. de la presente investigación. Para un análisis doctrinal sobre las resoluciones de la DGRN vid. op cit. VILAR GONZÁLEZ, S. (2018) *La gestación subrogada en España...*, pp.112-126. Vid. también, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021) "Inscripción en el Registro civil de los menores gestados por subrogación" en LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir.) / JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (Coord.) *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Dykinson, pp.66-82. Para mayor detalle, vid. también MORENO ROBLES, D. (2021) "Maternidad subrogada en España: un análisis a partir de la práctica registral y jurisprudencial". *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº43, 2021-1, pp.79-117.



#### **5.4. AL DETALLE: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. LA VIDA PRIVADA Y LA IDENTIDAD DE LA PERSONA MENOR**

De forma creciente los Tribunales se han debido pronunciar a distintos niveles acerca de esta figura y de sus efectos. Dados los tintes internacionales de la práctica, los comitentes que se hallan con obstáculos para ser reconocidos jurídicamente como progenitores, apelan al derecho internacional, invocando derechos fundamentales contenidos en los Tratados e instrumentos internacionales. Por ello, en estas cuestiones, resultan tan relevantes los pronunciamientos que han ido emanando del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En nuestro ordenamiento, el sistema judicial no es ajeno a los planteamientos que se suscitan en este marco y el Tribunal Supremo (TS) ha debido también pronunciarse acerca de la gestación por sustitución.

En este punto se traerán a colación los últimos o más destacables pronunciamientos acerca de esta cuestión, tanto los dictados en el seno del TEDH como los que emanan el TS. Pero antes, debe recordarse cuál es el marco normativo en España acerca de esta cuestión.

##### ***5.4.1. Marco normativo relativo a la gestación por sustitución en España: la nulidad de pleno derecho***

Tal y como ya se ha referido, España rechaza esta práctica y la reputa nula de pleno derecho, a tenor del artículo 10 de la ya citada Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>992</sup>, en cuyo artículo referido explícitamente a la gestación por sustitución se hace constar:

“1. Será *nulo de pleno derecho* el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

---

<sup>992</sup> BOE nº126, de 27/05/2006. BOE-A-2006-9292

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

Esta prohibición a la que se apareja la sanción civil de la declaración de nulidad, tiene origen ya en la anterior Ley relativa a las TRHA, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida<sup>993</sup>, cuyo artículo 10 era idéntico al vigente.

No obstante, tal y como ya se ha apuntado, que el contrato deba ser reputado nulo no empece que en la práctica los niños y niñas nacidos por estas prácticas residan en territorio español traídos por los comitentes, y que su situación deba ser atendida de forma clara.

Cabe también hacer mención de que el orden jurisdiccional penal tipifica como delito en su artículo el recibir un niño o niña o actuar como intermediario para tal cometido, con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación, así, a tenor del artículo 221.2 del Código Penal<sup>994</sup>:

“1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de

---

<sup>993</sup> BOE nº282, de 24/11/1988. BOE-A-1988-27108. En su Exposición de Motivos se recoge que: “ En esta Ley se hace referencia a dos previsible aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de Reproducción Asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no solo en nuestra Nación, como lo aprueban las informaciones foráneas.

No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.” Al respecto, manifiesta ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003), *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva...*, op. cit., de la misma Exposición de Motivos no se infiere cuáles son las “razones de fondo por las que se quiso invalidar el contrato de gestación, mientras se autorizaba la donación de óvulos y la maternidad de una mujer sola, en nombre del derecho de las mujeres a formar una familia”, p.287. Sobre este extremo, la autora afirma que “los ordenamientos jurídicos han valorado los dos fenómenos (donación de óvulos para implantación en útero madre que da a luz / maternidad subrogada) de forma muy diversa, aun siendo la misma operación clínica. p.275.

<sup>994</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE-A-1995-25444

filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.”

Tampoco estos preceptos disuaden en nuestro territorio a las personas que anhelan tener un hijo o hija de recurrir a estas prácticas, y, el hecho es que, tal y como ya se ha referido, cuando los bebés son traídos a España quedan en una situación de desamparo<sup>995</sup>.

Por ello, se ha venido solicitando una regulación de la materia<sup>996</sup>, que permita la práctica, pero revestida de las máximas garantías -si es que es posible- y, se dice, tratar

---

<sup>995</sup> Para FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2015) “Gestación por sustitución” en TAMAYO HAYA, S. (Dir.) *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares, op. cit., que es proclive a la regulación de esta práctica, además se priva a los niños y niñas “de su completa identidad y del único núcleo familiar que han conocido.”, p.160.

<sup>996</sup> En este sentido, op. cit. LAMM, E. (2014) *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, en la que la autora confecciona incluso una propuesta de regulación. También, MÚRTULA LAFUENTE, V. / BUSTOS MORENO, Y. (Coords.) (2021) *El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante*, Dykinson. Vid. también, op. cit. VILAR GONZÁLEZ, S. (2018) *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Bosch, Wolters Kluwer. La autora afirma que esta práctica es una realidad, que no puede mirarse a otro lado y que “sí es necesario aprobar la gestación subrogada en España, estableciendo una adecuada regulación que incluya los límites apuntados (...) lo que ayudaría a disminuir, e incluso, eliminar el turismo reproductivo y evitaría muchos de los problemas que actualmente su práctica lleva aparejada”, p. 260. En el mismo sentido, entienden que es preferente su regulación las autoras GARCÍA RUBIO, M.P. / HERRERO OVIEDO, M. (2018) *Maternidad subrogada...*, op.cit., p.85; También, FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2015) “Gestación por sustitución...” op. cit. que aboga por “la necesidad de una regulación específica de esta técnica, desde el momento en que constituye un eficaz método reproductivo, garantista del derecho a procrear en el caso de personas que no pueden gestar un hijo propio de forma natural. (...) teniendo en cuenta como referencia las regulaciones extranjeras permisivas, se vela por la garantía inexcusable de exigir un consentimiento voluntario y consciente de la madre gestante que renuncia al niño. Una audiencia judicial es un instrumento idóneo para asegurar que ese consentimiento no oculta vicio alguno. De esta forma se excluye la “cosificación” y explotación de las mujeres portadoras (...) el hijo que nace a través de esta técnica es indiscutiblemente un niño deseado y querido por una familia que ha hecho todo lo posible por tenerlo junto a ellos.”, p.159-160. Partidario de su regulación también, VELA SÁNCHEZ, A.J. (2014) “La gestación por encargo en el proyecto de Código civil y comercial argentino de 2012.

así de evitar, la clandestinidad y la explotación de las mujeres gestantes y salvaguardar los derechos de los niños y niñas, entre ellos, el derecho a conocer los propios orígenes<sup>997</sup>. Es difícil alcanzar un consenso<sup>997</sup> en la cuestión, máxime cuando existen múltiples implicaciones, sociales, morales, jurídicas y bioéticas.

---

Un modelo a seguir en nuestro Derecho” en DÍEZ-PICAZO, L. (Coord.) *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Jose María Miquel, V.II*, Thomson Reuters Aranzadi, pp.3595-3611. Vid. también, ATIENZA, M. (2022) “Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca”. *Revista Bioética y Derecho*, 56, pp.107-124. También, op. cit. MÚRTULA LAFUENTE, V. (2021) *El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución. Una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante*, Dykinson. También, a favor de la regulación y en contra de argumentos que considera paternalistas, SUÁREZ LLANOS, L. (2019) “La gestación y su derecho. Enclave jurídico, ético, y racional” en op. cit. NUÑEZ PAZ, M.I. / JIMÉNEZ BLANCO, P. (2019) *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Tirant lo Blanch, pp.101-136.

<sup>997</sup> Los expertos se pronuncian en CASADO, M. / NAVARRO-MICHEL, M. (Coords.) (2019), op. cit., afirmando que, en primer lugar, muestran su rechazo a la regulación de la figura. Ahora bien, subsidiariamente para el caso en que el legislador quisiera proceder a su regulación, establece una serie de elementos ineludibles a tener en cuenta. Entre ellos: “a) Control judicial del procedimiento para garantizar la validez del consentimiento de las personas implicadas y la gratuidad del proceso. b) Exclusión de cualquier intermediario con ánimo de lucro. c) Posibilidad de la gestante, pero no de los comitentes, de cambiar de opinión, incluso tras el nacimiento, en un período preestablecido. d) Control de idoneidad de los comitentes, como ocurre en la adopción, gestionada por la Administración pública, así como de la gestante. e) Inscripción registral de la práctica, y su publicidad restringida, para garantizar el derecho del menor a conocer su propio origen.”. Vid. también, op. cit. MÚRTULA LAFUENTE, V. (2021) *El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico...*pp.370-372. Vid. op. cit. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O. (2015) “Maternidades y paternidades escindidas...”, en la que la autora afirma que no se pueden hacer generalidades para abordar la cuestión y que, en caso de regulación, esta ha de ser “respetuosa y garantista de los derechos de las personas implicadas en el proceso reproductivo, especialmente aquellas que se encuentran en una posición más vulnerable: las mujeres gestantes y los bebés. (...) tanto el principio moral según el cual ninguna persona puede convertirse en un instrumento para fines ajenos, como el principio jurídico que prohíbe la comercialización del cuerpo, dirigidos a tutelar la dignidad de la mujer gestante, impiden aplicar a un acuerdo sobre la gestación la lógica de un contrato que pueda exigir a la gestante el cumplimiento de obligaciones. De tal manera que la maternidad subrogada sólo sería admisible bajo la forma de donación, siempre dejando a salvo el derecho de la gestante a desistir hasta el momento del nacimiento del bebé”, p.124. Planteándolo desde la perspectiva de la donación de la capacidad reproductiva y preguntándose si es posible, vid. MARTÍN AYALA, M. (2019) “La supuesta donación de la capacidad reproductiva en la gestación por sustitución”. *Derecho y salud*, Vol.29, nº1, pp.169-179. En torno a la cuestión del consentimiento, vid. op. cit. GARCÍA RUBIO, M.P. / HERRERO OVIEDO, M. (2018) “Maternidad subrogada: dilemas...”, que sostienen que “La prohibición *tout court* del contrato de maternidad por sustitución niega la libertad de decisión de la mujer que quiere llevar adelante un embarazo para otros, *libertad que es también inherente a su dignidad*. No tiene sentido hablar de explotación si el consentimiento de la mujer gestante es libre e informado. Por ello, lo más coherente no parece prohibir estos contratos, sino introducir las salvaguardias necesarias para que el consentimiento de la madre subrogada sea íntegro, se emita

En el Estado español se ha propuesto en varias ocasiones la legalización de esta práctica instándose propuestas de regulación<sup>998</sup> y numerosos colectivos<sup>999</sup>, han abogado por la misma sin que haya prosperado la petición. Al contrario, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>1000</sup> condena esta práctica, recogiendo en su Exposición de Motivos que la gestación por subrogación supone una vulneración grave de los derechos reproductivos de las mujeres, que constituye una manifestación de la violencia contra las mismas, reforzándose su ilegalidad y prohibiendo la promoción comercial de dicha práctica como medida de prevención<sup>1001</sup>.

---

libre de presiones, incluidas las económicas, y esté suficientemente informado. Mantener que nunca puede serlo es paternalista y poco respetuoso con la libertad de la mujer.”, pp.85-86. Para las autoras la posible validez estriba en el respeto de los derechos de los intervinientes. En contra, una comisión multidisciplinar de Expertos en Suecia planteaba en el *Informe Wendel* que el altruismo no podía sostenerse ni garantizarse ante las presiones a las que estaban sometidas las mujeres. Suecia prohibió la gestación subrogada en 2016, tal y como recoge GUERRA-PALMERO, M.J. (2017) “Contra la llamada gestación subrogada...”, op. cit. en el que pone en duda esta validez del consentimiento.

<sup>998</sup> En este sentido, el Grupo Parlamentario Ciudadanos ha presentado ya dos Proposiciones de Ley, en fecha 8/09/2017 y en fecha 16/07/2019, sin que hayan prosperado. Consultables en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF) ; Y [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.PDF), respectivamente, (última consulta 01/12/2022).

<sup>999</sup> Al respecto, puede consultarse la noticia de Público, de 14/09/2022 “Organizaciones de vientres de alquiler se movilizan para presionar al Gobierno”, consultable en: <https://www.publico.es/mujer/organizaciones-vientres-alquiler-movilizan-presionar-gobierno.html> (última consulta 10/10/2023).

<sup>1000</sup> BOE-A-2023-5364.

<sup>1001</sup> Se señala en la Exposición de Motivos de la Ley que “ (...)la ley recoge también las formas de violencia existentes en el ámbito de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, en línea con el Convenio de Estambul. Se incluyen la esterilización y la anticoncepción forzosa, el aborto forzoso, y la gestación por sustitución, creando además un itinerario de medidas destinado a la reparación integral de las víctimas de estas violencias. Se refuerza la ilegalidad de la gestación por sustitución establecida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, mediante la prohibición de la publicidad de las agencias de intermediación.”. Esta prohibición se instrumentaliza en base a varios preceptos, como el 32 y el 33 de la Ley: “Artículo 32. Prevención de la gestación por subrogación o sustitución.

1. La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.



#### **5.4.2. Gestación por sustitución y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**

Tal y como ya se ha apuntado, desde hace unos años y de forma creciente, el TEDH ha debido pronunciarse sobre la negativa por parte de algunos Estados de reconocer la filiación de los hijos e hijas nacidos mediante gestación subrogada. Las resoluciones han ido variando en función de la contundencia de las actuaciones llevadas a cabo por el Estado de los reclamantes contra la determinación de la filiación a favor de los progenitores de intención<sup>1004</sup> y también de si existía o no vínculo genético con alguno de los comitentes, dependiendo así, normalmente, de si el padre era también progenitor biológico, al haber sido utilizado para la procreación su material genético.

En cuanto a supuestos de gestación por sustitución en los que existía vínculo genético con alguno de los progenitores intencionales -el padre, en concreto- es necesario invocar, entre otros, algunos pronunciamientos contenidos en la Sentencia del caso *Menesson* contra Francia, o en la Sentencia del caso *Labassee* contra Francia. En ambos supuestos, en el momento en el que fueron enjuiciados los hechos, el Estado francés impedía el reconocimiento de la relación de filiación por cualquier medio posible al entender que la práctica atentaba contra el orden público.

En el caso *Menesson* contra Francia<sup>1005</sup> los reclamantes, Sr. y Sra. *Menesson*, convinieron un contrato de subrogación en California, donde la práctica de la gestación subrogada o por sustitución es absolutamente legal. Tras el nacimiento de mellizos -fruto de la implantación de embriones a la mujer gestante concebidos con el material genético del Sr. *Menesson* y de una donante-, con algunas dificultades regresaron a Francia con los menores, pero el Estado francés, amparándose en la ilegalidad de esta práctica e invocando la preservación del orden público y el principio de indisponibilidad del estado personal; anuló la transcripción de los certificados de nacimiento de los niños y se negó a reconocer la relación de filiación, con las consecuencias inherentes a dicha falta de reconocimiento.

Los menores siguieron en compañía de los reclamantes y convivieron con los mismos sin injerencia por parte del Estado. Los reclamantes, aunque sin éxito, también

---

<sup>1004</sup> Para mayor detalle, puede consultarse, entre otras, GODOY DOMÍNGUEZ, L.A. (2021) “La posición del TEDH en materia de gestación subrogada” en op.cit. LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir.) / JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (Coord.) *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Dykinson, pp.83-105.

<sup>1005</sup> Sentencia TEDH (Sección 5ª) Caso *Menesson* contra Francia de 26 de junio de 2014. ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211

solicitaron la nacionalidad francesa de los menores. Los padres intencionales, así como los hijos pretendidos invocaron ante el TEDH la vulneración del artículo 8 del Convenio por injerencias indebidas por parte del Estado francés en su “vida familiar” al no serles reconocida su situación de filiación. El Gobierno francés invocó en su defensa argumentos relativos a la “protección de la salud” y a los “derechos y libertades de los demás”, ínsitos también en el citado artículo, todo ello para justificar sus actuaciones como necesarias y proporcionales en una democracia.

El TEDH, en esta interesante Sentencia efectuó un análisis de derecho comparado<sup>1006</sup> sobre la cuestión, y en ella resolvió que no había habido por parte del Estado violación

---

<sup>1006</sup>En esta resolución se recoge el análisis de la cuestión llevado a cabo por el TEDH en aquel momento (2014). Así, recoge el TEDH, bajo el título “Elementos de derecho comparado”, que engloba sus apartados 40 a 42: “40. El Tribunal llevó a cabo un estudio de derecho comparado que abarcó treinta y cinco Estados Partes en la Convención distintos de Francia: Andorra, Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, España, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia, República Checa, Rumanía, Reino Unido, Rusia, Saint - Marin, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania.

41. Resulta que la subrogación está expresamente prohibida en catorce de estos Estados: Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía. En otros diez Estados, en los que no existen normas relativas a la gestación subrogada, o bien está prohibida por disposiciones generales, o no es tolerada allí, o la cuestión de su legalidad es incierta. Esto ocurre en Andorra, Bosnia - Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino.

Por otro lado, la gestación subrogada está autorizada en siete de estos treinta y cinco Estados (sujeto al cumplimiento de estrictas condiciones): en Albania, en Georgia, en Grecia, en los Países Bajos, en el Reino Unido, en Rusia y en Ucrania. En principio, esto se llama subrogación altruista (la madre subrogada puede obtener el reembolso de los gastos relacionados con el embarazo pero no puede ser remunerada), pero parece que la subrogación puede ser comercial en Georgia, Rusia y Ucrania. También parece ser tolerado en cuatro Estados donde no está regulado: Bélgica, la República Checa y, posiblemente, Luxemburgo y Polonia.

42. En trece de estos treinta y cinco Estados, es posible que los padres de intención obtengan el reconocimiento o establecimiento legal del vínculo de filiación con un hijo nacido de la gestación subrogada legalmente practicada en el extranjero por el exequátur, o por transcripción directa de la sentencia extranjera o certificado de nacimiento extranjero en los registros del estado civil, o por adopción.

Estos son Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Países Bajos, República Checa, Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania. Esto también parece posible en otros once Estados donde la subrogación está prohibida o no está prevista por la ley: Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia (al menos en lo que respecta a la filiación paterna cuando el padre de intención es el padre biológico), en Malta, en Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y posiblemente Luxemburgo.

En cambio, esto parece estar excluido en los siguientes once Estados:

Andorra, Alemania (excepto quizás en lo que se refiere al vínculo de filiación paterna cuando el padre de intención es el padre biológico), Bosnia-Herzegovina, Letonia, Lituania, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Rumanía, Serbia y Turquía. “. Todo ello no hace más que corroborar la



del contenido del invocado artículo respecto a la vida familiar de los padres intencionales, pero, que, sin embargo, sí la había habido en la “vida privada” de los hijos. El Tribunal no estimó vulnerado el contenido de la vida familiar en tanto en cuanto los reclamantes pudieron instalarse y residir conjuntamente en Francia sin actuaciones por parte del Estado tendientes a separar a los menores de los Sres. *Menesson*. Sin embargo, el Tribunal sostuvo que el supuesto era susceptible de ser valorado también a la luz del concepto de vida privada -de los mellizos, en este caso- integrada en dicho artículo 8 (apartados 48 a 50). Resulta necesario reproducir el contenido de las consideraciones efectuadas hacia el derecho de los hijos del respeto a su vida privada, en las que afirma, entre otras consideraciones, que “la nacionalidad es un elemento de la identidad de la persona” (apartado 97), así como que:

“(…) debe tenerse en cuenta que cuando se trata de la filiación está en juego un aspecto esencial de la identidad de las personas. Por lo tanto, es apropiado delimitar el margen de apreciación disponible para el Estado demandado en el presente caso.” (apartado 80)

“(…) el respeto a la vida privada exige que toda persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, lo que incluye su filiación (...); un aspecto esencial de la identidad de las personas está en juego cuando se trata de la filiación (...). Sin embargo, en el estado actual del derecho positivo, los demandantes tercero y cuarto (hijos) se encuentran a este respecto en una situación de inseguridad jurídica. Si bien es cierto que un vínculo de filiación con los primeros demandantes es admitido por el juez francés en la medida en que lo establece la ley californiana, la negativa a otorgar efecto alguno a la sentencia estadounidense y a transcribir el estado civil que de ella resulta manifiestamente al mismo tiempo que este vínculo no está reconocido por el ordenamiento jurídico francés. Dicho de otro modo, Francia, sin desconocer que han sido identificados en otros lugares como hijos de los primeros demandantes, les niega sin embargo este estatus en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción socava su identidad dentro de la sociedad francesa.” (apartado 96)

El TEDH también aludía a los perjuicios de este no reconocimiento de la relación de filiación por parte del Estado a efectos sucesorios de los hijos pretendidos, así como a efectos de otorgarles o no la nacionalidad, todo lo que colocaba a los hijos, en una

---

enorme disparidad existente en las regulaciones de los Estados miembros del Consejo de Europa y la enorme inseguridad jurídica que existe entorno a la materia.

“inquietante incertidumbre” (párrafo 97) y, desde la perspectiva de su protección refería que:

“Es concebible que Francia desee disuadir a sus nacionales de recurrir en el extranjero a un método de procreación que prohíbe en su territorio (...). Sin embargo, de lo anterior se desprende que los efectos del no reconocimiento en el derecho francés de la relación paternofilial entre los niños así concebidos y los padres de intención no se limitan a la situación de estos últimos, que son los únicos que eligen los métodos de procreación que les reprochan las autoridades francesas: se refieren también a la de los propios hijos, cuyo derecho al respeto de la vida privada, que implica que toda persona pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación, se encuentra significativamente afectado. Por lo tanto, surge una seria cuestión en cuanto a la compatibilidad de esta situación con el interés superior de los niños, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que les concierna” (apartado 99)

Es necesario también referir que el Tribunal valoró en esta resolución que los hijos habían sido concebidos con material genético del padre reclamante. Así, afirma:

“Este análisis adquiere especial relevancia cuando, como en el presente caso, uno de los futuros padres es también el padre del niño. Dada la importancia de la filiación biológica como elemento de la propia identidad (véase, por ejemplo, la sentencia Jäggi (...), no puede alegarse que redundaría en interés de un niño privarlo de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando se ha establecido la realidad biológica de este vínculo y el niño y el progenitor en cuestión reclaman su pleno reconocimiento. (...).

El Tribunal considera, teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción de la identidad y del derecho al respeto a la vida privada de los demandantes tercero y cuarto (hijos), que al obstaculizar de este modo tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su vínculo de filiación con respecto a su padre biológico, el Estado demandado fue más allá de lo que le permitía su margen de apreciación” (apartado 100)

El Tribunal concluyó así que la actuación del Estado francés era contraria a la vida privada de los hijos, al no haber tenido en cuenta suficientemente sus intereses al concurrir la circunstancia de que el padre que pretendía obtener el reconocimiento de la filiación era el biológico.

En la misma fecha de la Sentencia fue dictada por la misma Sección del TEDH otra resolución entorno a otro supuesto de gestación por sustitución en el Estado

francés. Se trata del caso *Labassee* contra Francia<sup>1007</sup>. El supuesto de hecho del caso es muy similar al de la Sentencia anteriormente analizada. Los reclamantes fueron el Sr. y Sra. *Labassee* y la pretendida hija de ambos, que nació en Minnesota fruto de una mujer gestante -a la que le fueron implantados embriones concebidos por material genético del Sr. *Labassee* y de un óvulo de una donante anónima- al amparo de un contrato de subrogación suscrito por los progenitores de intención perfectamente válido y legal en aquel Estado. De nuevo en este caso, el Estado francés, en el que se rechaza esta figura y considera nulos los contratos de gestación por sustitución, se negó a reconocer la filiación de la menor y no permitió la inscripción de su certificado de nacimiento ni tampoco cualquier otra actuación tendente al establecimiento de una relación de filiación. La menor siguió viviendo con los padres intencionales, sin injerencias en este sentido por parte del Estado, que la consideró como ciudadana estadounidense sin vínculos filiatorios con nacionales franceses.

El TEDH, de nuevo, situó el análisis de este supuesto en el ámbito de la “vida familiar”, y también de la “vida privada” de los reclamantes, contenido también en el artículo 8 del Convenio y sostuvo que no es relevante para poder entender que se trata de la vida familiar de las personas reclamantes el hecho de que la relación de filiación no haya sido reconocida legalmente por el Estado, aceptando lo que denomina “lazos familiares de facto”, siendo “lo que importa a estos efectos en este tipo de situaciones, la realidad concreta de la relación entre las partes interesadas” (apartado 37). Vuelve a referir el Tribunal, que la “vida privada” “a veces incorpora aspectos no solo de la identidad física sino también de la identidad social del individuo”<sup>1008</sup> y que “el derecho a la identidad es parte integrante del concepto de vida privada”<sup>1009</sup>. El TEDH adujo, entonces, que:

“así sucede con la filiación en la que se inscribe cada individuo, como lo ilustran los casos en los que el Tribunal examinó la cuestión de la compatibilidad con el derecho al respeto a la vida privada de la imposibilidad de establecer un vínculo entre un niño y un padre biológico y subrayó que el respeto por la vida privada requiere que todos puedan establecer los detalles de su identidad como ser humano (...). Como en casos de este tipo, existe una «relación directa» (...) entre la vida privada de los hijos nacidos de la gestación subrogada y la determinación

---

<sup>1007</sup> Sentencia TEDH (Sección 5ª) Asunto *Labassee* contra Francia de 26 de junio de 2014. ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111

<sup>1008</sup> Vid. Sentencia *Mikulic* contra Croacia, § 34, ya citada

<sup>1009</sup> Vid. Sentencia *Jäggi* contra Suiza, § 37, ya citada.

legal de su filiación. Por lo tanto, el artículo 8 también es aplicable en este caso en su aspecto de «vida privada».” (apartado 38)

El TEDH también acogió el estudio de derecho comparado ya referido en la resolución del caso *Menesson*, así como parte de su argumentación. El Tribunal reiteró en esta resolución la falta de consenso en torno a la práctica de la gestación subrogada y la enorme disparidad existente en los distintos ordenamientos, y afirmó que “esta falta de consenso refleja el hecho de que el uso de la gestación subrogada plantea cuestiones delicadas de carácter ético”. Confirmó, además, que a los Estados se les debe otorgar, en principio, un amplio margen de apreciación a la hora de decidir no sólo si autorizan o no esta modalidad de procreación, sino también si reconocen o no un vínculo de filiación entre hijos concebidos legalmente por gestación subrogada en el extranjero y los futuros padres.” (apartado 58), pero como en el caso anteriormente analizado, “también es necesario tener en cuenta que cuando se habla de filiación está en juego un aspecto esencial de la identidad de las personas. Por lo tanto, es apropiado limitar el margen de apreciación disponible para el Estado demandado en el presente caso.” (apartado 59).

Del mismo modo que en el caso *Menesson*, y en esencia, por los mismos motivos, el Tribunal descartó la posible vulneración del artículo 8 en cuanto a la “vida familiar” por no haber perturbado el Estado francés la convivencia como familia por parte de los reclamantes. Y del mismo modo que lo argumentaba en la antedicha sentencia, sí consideró que había habido una injerencia indebida en la “vida privada” de la hija pretendida, concluyendo, del mismo modo que:

“teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción sobre la identidad y el derecho al respeto de la vida privada del tercer demandante (hija), que al obstruir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su filiación con su padre biológico, el Estado demandado fue más allá de su margen de apreciación” (apartado 79), y que,

“Dado también el peso que debe darse a los intereses del niño al sopesar los intereses en juego, el Tribunal concluye que se ha pasado por alto el derecho de la tercera demandante (hija) al respeto de su vida privada” (apartado 80).

En el mismo sentido que las anteriores, el Tribunal alcanzó la conclusión de que se había producido la violación del respeto a la vida privada de los niños y niñas

afectados, tal y como se pronuncia también el TEDH en la Sentencia de los casos *Foulon y Bouvet* contra Francia<sup>1010</sup> y en la Sentencia del caso *Laborie* contra Francia<sup>1011</sup>.

Debe indicarse que, con posterioridad a las resoluciones recaídas y tras un profundo estudio<sup>1012</sup> de la cuestión, desde el 5 de julio de 2017 en el Estado francés se produjo un cambio en las resoluciones de sus tribunales internos, y a partir de entonces su ordenamiento posibilita el reconocimiento del certificado de nacimiento extranjero de un menor nacido por gestación por sustitución respecto del padre biológico, y facilitando la adopción por parte de la madre que no dio a luz.

Resulta también necesario hacer mención a la Opinión consultiva<sup>1013</sup> solicitada por el Tribunal de casación francés al TEDH respecto a la posible vulneración del margen

---

<sup>1010</sup> Sentencia TEDH (Sección 5ª) Asunto *Foulon y Bouvet* contra Francia de 21 de octubre de 2016. ECLI:CE:ECHR:2016:0721JUD000906314

<sup>1011</sup> Sentencia TEDH (Sección 5ª) Asunto *Laborie* contra Francia de 19 de enero de 2017. ECLI:CE:ECHR:2017:0119JUD004402413

<sup>1012</sup> Cabe indicar, en este sentido, los estudios del grupo de trabajo designado para la materia y presidido por Irène Théry, que culminaron con el informe en el que concluyeron, entre otros extremos, que el tratamiento por el estado francés a la hora de abordar la cuestión comprometía seriamente los derechos de los menores, pues en muchos casos, no atendía a su interés superior. Vid. THÉRY, I. et. al (2014) *Filiation, origines, paternité*, Ministère des affaires sociales et de la santé. Ministère délégué chargé de la famille. Consultable en: [https://www.justice.gouv.fr/include\\_htm/etat\\_des\\_savoirs/eds\\_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf](https://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf) (última consulta 20/09/2022)

<sup>1013</sup> *Opinión consultiva sobre el reconocimiento en el derecho interno de una relación padre-hijo entre un niño nacido de una subrogación practicada en el extranjero y la futura madre. Abril de 2019.* P16-2018-001 / 10/04/2019 [GC]. Consultable su resumen legal en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=003-6380836-8365062> (última consulta 21/09/2022). La resolución completa también puede consultarse en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380431-8364345%22%5D%7D> (última consulta 29/09/2022)

En esta consulta, El Tribunal de casación, en fecha 12/10/2018 plantea: “1. Por negarse a transcribir en los registros del estado civil el acta de nacimiento de un hijo nacido en el extranjero por gestación subrogada, en cuanto en ella se designe como su “madre legal “a la “madre intencionada”, siendo admitida la transcripción del acta como designando al “padre de intención”, el padre biológico del niño, ¿un Estado parte excede el margen de apreciación bajo el artículo 8 del Convenio? A este respecto, ¿debe hacerse una distinción según se conciba o no el niño con los gametos de la “ madre intencionada”?

2. En caso de respuesta afirmativa a alguna de las dos cuestiones anteriores, la posibilidad de que la madre de intención adopte al hijo de su cónyuge, padre biológico, lo que constituye un método para establecer su filiación hacia ella, ¿Cumple con los requisitos del artículo 8 del Convenio?”.

En esencia, el Tribunal concluyó que: “El derecho al respeto de la vida privada del niño, en el sentido del artículo 8, no exige que este reconocimiento se produzca por transcripción en los

de apreciación del Estado en los casos de negativa a inscribir como “madre legal” a la “madre de intención” no gestante si el hijo o hija había nacido por gestación por sustitución en el extranjero. En la respuesta a esta Opinión consultiva, el TEDH sostiene que la falta de reconocimiento de la filiación entre el menor nacido por gestación subrogada en el extranjero y la madre intencional conlleva consecuencias negativas para la vida privada, afirmando que:

“(…) desde un punto de vista general, perjudica al niño cuando lo coloca en una forma de inseguridad jurídica en cuanto a su identidad en la sociedad. Además, dado que el interés superior del niño también incluye la identificación en la ley de las personas responsables de criarlo, satisfacer sus necesidades y velar por su bienestar, así como la posibilidad de vivir y desarrollarse en un entorno estable, el derecho general y la imposibilidad absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo entre un hijo nacido de una gestación subrogada practicada en el extranjero y la madre de intención no es conciliable con el interés superior del niño, lo que requiere por lo menos un examen de cada situación en relación con las circunstancias particulares que la caracterizan”.

Añade el Tribunal que el margen de apreciación de los Estados en cuanto a la filiación, que concibe como “un aspecto particularmente importante” de la identidad de la persona, es más limitado, si bien, se tiene en cuenta que no existe consenso europeo sobre la cuestión.

Como conclusión, el TEDH respondió a la Consulta planteada por el Estado francés entendiendo que, para dar cumplimiento al contenido del artículo 8 del Convenio los tribunales internos debían poder contar con medios para reconocer la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante la gestación por sustitución también respecto a la madre de intención y debían hacerlo de forma eficaz y rápida, como mucho cuando, a juicio de las autoridades nacionales, “ya se haya materializado el vínculo”. Indica el TEDH que, estos medios tanto pueden ser la transcripción en los registros del certificado de nacimiento, como pueden ser otros medios que el Estado prevea para posibilitar dicho reconocimiento de forma eficaz y rápida; esto es, que no es necesario que *ab initio* sea establecida la relación de filiación por medio de la transcripción de la filiación registrada en las actas de nacimiento extranjeras, dejando en manos del Estado la elección del mecanismo empleado a tal fin.

---

registros del estado civil del acta de nacimiento legalmente establecido en el extranjero; puede hacerse por otro medio, como la adopción del niño por la madre de intención, a condición de que las modalidades previstas por el derecho interno garanticen la eficacia y la celeridad de su ejecución, de conformidad con el interés superior del niño”.

Es más, el Tribunal indica que, aunque no se plantee en la consulta, debe precisarse que en el supuesto en que el hijo hubiere nacido mediante gestación por sustitución pero concebido con gametos de la madre y del padre de intención, y se ha reconocido la filiación entre este último y el hijo, “la posibilidad de reconocer este vínculo también con la madre debe aplicarse *a fortiori*” (apartado 47), ahora bien, esta determinación, a juicio del tribunal, se insiste, puede efectuarse por otro medio, no necesariamente por la transcripción directa del certificado de nacimiento extranjero.

Con posterioridad, resulta necesario invocar el contenido de la Sentencia del caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia<sup>1014</sup>, aunque ya se advierte que este caso no fue tratado por la Gran Sala<sup>1015</sup> como un caso de gestación por sustitución como los analizados. En este caso, los demandantes alegan la infracción del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por injerencias indebidas por parte del Estado italiano en la “vida familiar”. Los reclamantes habían acudido al mecanismo de la gestación por sustitución para poder tener hijos a través de una clínica en Moscú, por medio de la que suscribieron un acuerdo de subrogación, plenamente válido según el ordenamiento ruso. Según refieren, la agencia rusa con la que habrían suscrito el contrato les había informado de que el material genético de los demandantes había sido el utilizado para fecundar *in vitro* los embriones que fueron implantados a la mujer gestante. Cuando el niño nació, la demandante fue a buscar al niño, que fue inscrito en el Registro Civil de Moscú como hijo del Sr. *Campanelli* y de la Sra. *Paradiso*. Esta última regresó con el menor a Italia y solicitó el registro del certificado de nacimiento. Fue entonces cuando la oficina del Fiscal italiana solicitó, además de la apertura de un procedimiento para la adopción del menor, la incoación de diligencias penales contra los solicitantes.

---

<sup>1014</sup> Sentencia TEDH (Gran Sala), Asunto *Paradiso y Campanelli* contra Italia de 24 de enero de 2017. ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812

Vid. también al respecto de esta Sentencia FARNÓS AMORÓS, E. (2017) “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”. *Revista Bioética y Derecho*, 40, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, pp.231-242. Consultable en:

<https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19174/21628> (última consulta 06/12/2022)

Puede consultarse el interesante artículo de GARCÍA SAN JOSÉ, D. (2018) “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 103-130.

<sup>1015</sup> Que resolvió sobre el recurso planteado contra la Sentencia del TEDH (Sección 2ª) de 27 de enero de 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812, revocando la misma.

En este periplo, se realizó pruebas de ADN y se comprobó que no existía vínculo genético entre el niño y ninguno de los demandantes. Al parecer, la clínica rusa adujo a los reclamantes que se había tratado de un error.

Debido a esta inexistencia de vínculo genético con ninguno de los progenitores intencionales, y al pago realizado por los reclamantes a la agencia, los tribunales italianos no trataron este supuesto como un caso de gestación por sustitución, sino que lo calificaron como un supuesto penal y las autoridades decidieron separar al menor de los reclamantes, que fue acogido y posteriormente adoptado por otra familia totalmente desconocida por aquéllos. Además, al Sr. *Campanelli* y a la Sra. *Paradiso* no se les permitió contacto alguno con el menor. El TEDH se pronuncia acerca de si este supuesto se halla conectado con el artículo 8 del Convenio, por cuanto debe valorarse si había existido una vida familiar “de facto entre los demandantes y el niño” (apartado 136), esto es, “la existencia de una familia de hecho entre un adulto o adultos y un niño en ausencia de vínculos biológicos o legalmente reconocidos, siempre que existan vínculos personales efectivos” (apartado 147). Sin embargo, en este supuesto denegó este reconocimiento de vida familiar debido a la inexistencia de vínculo genético con ninguno de los reclamantes, y también, según el Tribunal, por la duración de convivencia con el menor, que fue de unos ocho meses, concluyendo que:

“Teniendo en cuenta los elementos anteriores, a saber, la ausencia de cualquier vínculo biológico entre el niño y los padres de intención, la corta duración de la relación con el niño y la precariedad de los vínculos desde el punto de vista legal, y a pesar de la existencia de un plan parental y la calidad de los vínculos afectivos, el Tribunal considera que no se reúnen las condiciones que le permitan concluir que existe una convivencia familiar de hecho” (apartado 157)

Sin embargo, el Tribunal sí reconoce que puede valorarse una posible injerencia en la “vida familiar” al analizar “las medidas dirigidas a la remoción inmediata y definitiva del niño y su impacto en la vida privada de los demandantes” (apartado 187) y, aunque reconoce la relevancia de las mismas para la vida familiar tal y como la viene entendiendo, concluye que no existió vulneración de la misma por parte de las autoridades italianas habiendo considerado el margen de apreciación del que gozan los Estados y la proporcionalidad entre los intereses contrapuestos<sup>1016</sup>. Así, recuerda que:

---

<sup>1016</sup> Alude el Tribunal en su valoración, y esta también aparece de forma recurrente en otras resoluciones del TEDH sobre la cuestión, al *Comité ad hoc de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas creado en el Consejo de Europa (CAHBI)*. Así, refiere: “El comité *ad hoc* de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas creado en el seno del Consejo de Europa (CAHBI), antecesor del actual comité directivo de bioética, publicó en 1989 una serie de principios, el decimoquinto de los cuales, relativo a la “madres sustitutas”, queda redactado de



“La existencia o inexistencia de «vida familiar» es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia de vínculos personales estrechos (...) La noción de «familia» en el artículo 8 se refiere a las relaciones basadas en el matrimonio, y también a otros «vínculos familiares» de facto en los que las partes viven juntas fuera del matrimonio o en los que otros factores demostraron que la relación tenía suficiente constancia” (apartado 140)

“Las disposiciones del artículo 8 no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar (...). El derecho al respeto de la «vida familiar» no salvaguarda el mero deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia (...), o al menos la relación potencial entre, por ejemplo, un niño nacido fuera del matrimonio y su padre natural (...), o la relación que surge de un matrimonio no ficticio, incluso si la vida familiar aún no se ha establecido plenamente (...), o la relación entre un padre y su hijo legítimo, incluso si se demuestra, años después, que no ha tenido base biológica (...), o la relación que surge de una adopción legítima y auténtica” (apartado 141)

“El Tribunal no subestima el impacto que la separación inmediata e irreversible del niño debe haber tenido en la vida privada de los demandantes. Si bien la Convención no consagra ningún derecho a ser padre, el Tribunal no puede ignorar el dolor moral que sienten aquellos cuyo deseo de ser padres no ha sido o no puede ser satisfecho. Sin embargo, el interés general en juego pesa mucho en la balanza, mientras que, comparativamente, debería darse menos importancia al interés de los solicitantes en asegurar su desarrollo personal a través de la continuación de su relación con el niño. Aceptar dejar al niño con los demandantes, quizás con miras a que se conviertan en sus padres adoptivos, equivaldría a legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes normas de la ley italiana.” (apartado 215)

---

la siguiente manera: 1. Ningún médico o establecimiento utilizará técnicas de procreación artificial para la concepción de un niño que será gestado por una madre sustituta. 2. No podrá invocarse en derecho ningún contrato o acuerdo entre la madre sustituta y la persona o pareja en cuyo nombre nace un hijo. 3. Debe prohibirse cualquier actividad de intermediación de las personas afectadas por la maternidad subrogada, así como cualquier forma de publicidad relacionada con la misma. 4. Sin embargo, los Estados podrán, en casos excepcionales determinados por su legislación nacional, prever, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 de este Principio, que un médico o un establecimiento puedan realizar la fecundación de una madre subrogada utilizando técnicas de procreación artificial, siempre que: a. que la madre sustituta no obtiene ningún beneficio material de la operación; y b. que la madre sustituta puede optar al nacer por quedarse con el niño.” (apartado 79)

Posteriormente, es necesario referir el caso *D. contra Francia*<sup>1017</sup>. En este supuesto, los reclamantes fueron los progenitores de intención y también el hijo nacido en Ucrania fruto de un contrato de gestación subrogada. En este caso, tanto el padre como la madre intencional eran los progenitores genéticos, al haberle sido implantado el óvulo fecundado con el material genético de ambos a la mujer que gestó y dio a luz. Los tribunales franceses aceptaron la determinación de la filiación respecto del padre de intención al ser también el padre biológico, pero, sin embargo, rechazaron la determinación de la filiación a favor de la madre intencional alegando que no se ajustaba a la realidad, puesto que no podía designarse como madre a la mujer que no había dado a luz; señalando, eso sí, que la filiación en este último caso podría establecerse por medio de la adopción, y que ello, a tenor de la resolución de la referida Consulta no contravenía el contenido del artículo 8 del Convenio. Los reclamantes denuncian una posible injerencia indebida en la “vida privada” del hijo, pero el TEDH, tras analizar que en el momento de los hechos el estado de la cuestión en Francia era anterior al cambio jurisprudencial; observar que podía determinarse la vinculación materno-filial entre el hijo y la madre por medio de mecanismos como el de la adopción, y atender a que el procedimiento era bastante ágil en Francia, concluyó que no existió tal vulneración.

Nótese que, en todos estos pronunciamientos, en los que fue declarada la violación de la vida privada de los menores, el hijo o hija mantenía un vínculo biológico, normalmente, con el padre intencional. Pero la cuestión se complica cuando, los hijos e hijas gestados no comparten vínculo genético alguno con los comitentes.

La cuestión fue tratada por el TEDH, más recientemente, en el caso *Valdís Fjölnisdóttir y Otros contra Islandia*<sup>1018</sup>. En este caso, las reclamantes son dos madres

---

<sup>1017</sup> Sentencia TEDH (Sección 5ª) Asunto *D. contra Francia* de 16 de julio de 2020. ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818

<sup>1018</sup> Sentencia TEDH (Sección 3ª) Asunto *Valdís Fjölnisdóttir y Otros contra Islandia* de 18 de mayo de 2021. ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812

Para un análisis doctrinal acerca de la resolución y el estado de la cuestión, resulta muy interesante la lectura de OCHOA RUIZ, N. (2021), “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda nº 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021”. *Revista Aranzadi Doctrinal num. 9/2021 parte Jurisprudencia*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, BIB 2021\4769. Para la autora: “(...) la jurisprudencia sobre maternidad subrogada es deudora de tres aspectos desarrollados por el Tribunal: la autonomía de la voluntad, el derecho a la identidad y la expansión del concepto de la vida familiar. (...)”. Para la autora el TEDH al optar por un amplio margen de apreciación “lo que supone endosar el principio *mater semper certa est*. La sentencia es un paso más en el intento de construir una jurisprudencia coherente en materia de gestación subrogada. La dificultad de combinar la prohibición de la gestación subrogada con la necesidad de proteger los derechos de los niños nacidos por esta vía crea

intencionales, el pretendido hijo y The AIRE Centre<sup>1019</sup>. Las reclamantes habían suscrito en California un contrato de gestación por sustitución y el menor concebido por la madre gestante no tenía ningún vínculo genético con ninguna de las madres comitentes. Las autoridades islandesas no reconocieron al menor como a hijo de las reclamantes, pues en Islandia la gestación por sustitución es ilegal, y consideró que, a tenor de la normativa islandesa, la madre del niño es siempre la madre gestante -en el Estado islandés rige también la regla *mater semper certa est*-, que en este caso era de nacionalidad estadounidense. El Estado islandés, eso sí, promovió que el menor fuera acogido por las reclamantes y que mantuvieran la relación. Las circunstancias concurrentes no propiciaron una ulterior adopción, entre otras, por el divorcio posterior de las reclamantes. Los reclamantes alegan que el no reconocimiento del menor como hijo y la negativa del Estado a su adopción produjeron una injerencia indebida en la “vida familiar” y en la “vida privada” de las madres y su pretendido hijo.

Reproduce el TEDH el contenido de la definición de “vida familiar” que ya integraba en la anterior resolución y recoge que:

“Las disposiciones del artículo 8 no garantizan tampoco el derecho a fundar una familia o el derecho a adoptar. El derecho al respeto de la "vida familiar" no garantiza el mero deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia, o al menos la posible relación entre, por ejemplo, un hijo nacido fuera del matrimonio y su padre o madre biológico, o la relación que surge de un matrimonio cierto, incluso si no se ha establecido plenamente la vida familiar, o la relación entre un padre y su hijo legítimo, incluso si se demuestra, años más tarde, no tener ninguna vinculación genética, ni la relación que surge de una adopción lícita y genuina (...)” (apartado 57)

Sin embargo, a diferencia de algunos de los supuestos examinados, las autoridades islandesas fueron proclives al mantenimiento del vínculo entre las madres intencionales y el menor. Ello llevó a considerar al TEDH la existencia de vínculos personales que permiten sostener la existencia de vida familiar a la luz del artículo 8 del Convenio. En este sentido, arguye que:

---

carencias e insuficiencias. Sigue aún pendiente realizar una valoración de la conformidad de esta práctica con el Convenio Europeo (...)”.

<sup>1019</sup> Son las siglas de *Advice on Individual Rights in Europe*, con sede en Londres, que se define como una “organización benéfica especializada en derecho”. Puede consultarse información acerca de esta organización en <https://www.airecentre.org/the-aire-centre> (última consulta 24/09/2022)

“El Tribunal concluye, aplicando el criterio de aplicabilidad de la "vida familiar" con arreglo al artículo 8 del Convenio, (...), que en el presente asunto y basándose en los hechos, se han cumplido los requisitos de la "vida familiar". A este respecto, el Tribunal ha tenido en cuenta la larga e ininterrumpida duración de la relación de las dos primeras demandantes con el tercer demandante, la calidad de los vínculos ya establecidos y los estrechos vínculos emocionales forjados con el tercer demandante durante las primeras etapas de su vida, reforzados por el régimen de acogimiento adoptado por las autoridades nacionales y no impugnado por el Gobierno ante el Tribunal.” (apartado 62)

Alude en este supuesto el Tribunal que “en virtud del artículo 8.2, esa injerencia debe ser conforme a la ley, perseguir uno o más de los objetivos legítimos enumerados en la disposición y ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzar el objetivo o los objetivos en cuestión.” (apartado 63), entendiendo esta necesidad como “necesidad social apremiante y, en particular, que es proporcionada al objetivo legítimo perseguido, teniendo en cuenta la justa ponderación que debe alcanzarse entre los intereses en conflicto valorando cada uno de estos extremos” (apartado 68), atendiendo al margen de apreciación con el que cuentan los Estados. El Tribunal concluye que, en este caso concreto el Estado demandado “alcanzó una justa ponderación entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida familiar y los intereses generales que el Estado pretendía proteger mediante la prohibición de la gestación subrogada. Así pues, el Estado actuó dentro del margen de apreciación que se le concede en esas cuestiones”. (apartado 75).

Cabe referir también, por su relevancia, el contenido de los siguientes apartados:

“El Tribunal reitera que al determinar ese margen de apreciación que debe disfrutar un Estado al examinar un asunto en virtud del artículo 8 del Convenio, deben tenerse en cuenta una serie de factores. Cuando está en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de una persona, normalmente el margen de apreciación permitido al Estado será más estrecho (...) Sin embargo, si no hay un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, bien en cuanto a la importancia relativa del interés en juego bien, en cuanto a los mejores medios para protegerlo, en especial cuando el asunto plantea cuestiones morales o éticas delicadas, el margen será más amplio (...). Por norma general, se concederá un amplio margen de apreciación si se exige al Estado que logre un equilibrio entre los intereses privados y públicos en conflicto o los derechos del Convenio (...).” (apartado 69)

“Con respecto al reconocimiento del Tribunal de que, en principio los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en asuntos que plantean cuestiones morales o éticas delicadas sobre las que no existe un consenso a nivel europeo, el Tribunal se refiere en particular al enfoque adoptado sobre la cuestión de la fertilización asistida heteróloga (...), y al análisis del margen de apreciación en el contexto de los acuerdos de gestación subrogada y del reconocimiento de la relación paterno-filial entre los deseados posibles y el niño legalmente concebido en el extranjero (...).” (apartado 70)

Para el TEDH en este supuesto las autoridades islandesas no se excedieron de este margen de apreciación, y consideró que no había existido vulneración en la vida familiar de las reclamantes al valorar “la ausencia de una indicación de obstáculos reales y prácticos en el disfrute de la vida familiar, y las medidas tomadas por el Estado demandado para regularizar y asegurar el vínculo entre los demandantes” (apartado 75).

Es decir, ante este supuesto de no concurrencia de vínculo genético alguno entre comitentes y el niño nacido, el TEDH “salvó la papeleta” invocando esta vez el ámbito de la vida familiar. Respecto a la posible injerencia de la actuación del Estado en la vida privada de los solicitantes, sorprendentemente, el Tribunal no la valora, limitándose a afirmar que “El Tribunal observa que las alegaciones presentadas por las demandantes en relación con su queja relativa al respeto de su "vida privada" son, en principio, las mismas que las presentadas en relación con su queja relativa al respeto de su "vida familiar". En consecuencia, el Tribunal no ve ninguna razón para alcanzar una conclusión diferente de la primera queja. Por consiguiente, entiende que no ha habido ninguna violación del artículo 8 en lo que respecta al derecho de los demandantes al respeto de su vida privada” (apartado 76).

En este sentido, es necesario hacer mención a las apreciaciones efectuadas por uno de los magistrados<sup>1020</sup>, y que constan al final de la resolución como “opinión separada” en relación a la no valoración del TEDH de las posibles injerencias en la vida privada de las reclamantes. Así, el magistrado considera que no concurre motivo que justifique la no valoración de este extremo, al entenderse por vida privada otro ámbito distinto que también debería haber sido considerado, afirmando que:

“Como muestra la jurisprudencia, el derecho al respeto de la vida privada suele referirse a otro aspecto de la situación derivada de un contrato de gestación subrogada, a saber, el derecho del niño al reconocimiento de la relación legal paternofilial con el futuro padre (...), así como con la futura madre (...). Ese

---

<sup>1020</sup> Vid. al final de la resolución la opinión separada del Juez *Pablo Lemmens*.

derecho se considera parte del derecho del niño a establecer detalles de su identidad como ser humano individual (...). Hasta ahora, el Tribunal ha limitado el derecho del niño al reconocimiento de la relación legal padre-hijo a las relaciones que implican un vínculo biológico con al menos uno de los futuros padres (...). Me parece que el desarrollo futuro no debe excluirse en absoluto. El impacto negativo que tiene la falta de reconocimiento de una relación jurídica entre el niño y los futuros padres “en varios aspectos del derecho de ese niño al respeto de su vida privada” (...) se aplica a todos los niños nacidos a través de un acuerdo de gestación subrogada realizado en el extranjero. De hecho, para los niños el impacto es el mismo, ya sea que uno o ambos de sus futuros padres tengan o no un vínculo biológico con ellos. En ambas situaciones, me pregunto si el limbo legal en el que se encuentra un niño puede justificarse sobre la base de la conducta de sus futuros padres o con referencia a las opiniones morales que prevalecen en la sociedad. Es cierto que la adopción es un medio de reconocer una relación padre-hijo. Sin embargo, como muestran los hechos del presente caso, la adopción no siempre es una solución para todas las dificultades que el niño puede estar experimentando (...).”

Con ocasión de esta Sentencia, aunque pudiera haberse pronunciado el TEDH acerca de los supuestos en los que no existe vínculo genético entre el niño o niña y los comitentes, no va más allá de la cuestión, siendo una “oportunidad perdida al respecto”<sup>1021</sup>. Tal vez, el TEDH pretenda, por lo menos de momento, salvaguardar el principio de maternidad biológica del Estado que no permita la gestación por

---

<sup>1021</sup> FARNÓS AMORÓS, E. (2022) “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos...” op. cit., p.42. Para la autora “En el no reconocimiento del vínculo legal de filiación por parte del TEDH se observa un cierto prejuicio hacia la familia no convencional y, en especial, hacia la formada por una pareja de mujeres que accede a GS transfronteriza y en la que, además, ninguna de las dos aportó sus gametos”. Lo mismo infiere de los pronunciamientos del TEDH el autor GODOY DOMÍNGUEZ, L.A. (2021) “La posición del TEDH...” en LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir.), op. cit. JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (Coord.) *El reto de la gestación subrogada...* cuando señala que “en el enfoque del TEDH lo determinante parece haber sido la existencia o no de vínculo biológico, a partir del que liga paternidad biológica con identidad y, por ende, con vida privada; lo cual resulta ciertamente controversial pues no parece realmente satisfactorio que merezca mayor protección el vínculo jurídico de filiación derivado de un lazo genético, cuando lo cierto es que la filiación jurídica puede encontrar su fundamento en lazos socio-afectivos (posesión de estado), o en declaraciones de voluntad (adopción, presunción de paternidad) con la misma trascendencia que tienen los vínculos biológicos”, p.102.

sustitución, para que sea este último el que halle el mecanismo más acorde con su ordenamiento interno<sup>1022</sup>.

Por último, también cabe señalar el contenido de la Sentencia sobre el caso *AM* contra Noruega<sup>1023</sup>. En este caso, la reclamante es una madre comitente o intencional que suscribió junto al que era su pareja un contrato de gestación por sustitución en Texas, donde se considera una práctica legal. El hijo fue concebido con material genético de la pareja de la madre intencional y con un óvulo de donante anónima, siendo implantado el embrión en la mujer gestante. Para el Estado americano los progenitores eran los padres intencionales. Ahora bien, Noruega tan sólo reconoció como padre al progenitor genético, pero no así a la madre, pues no había dado a luz. Para el estado noruego, la madre era la mujer gestante. La pareja ya se había separado antes de que el embrión fuera implantado a la mujer gestante. Aun así, habían decidido seguir adelante con su proyecto de procreación, pero su relación se fue deteriorando. Durante los primeros años de vida el niño había vivido un día con cada uno de ellos, pero según se recoge tenían graves desavenencias. Finalmente dada la situación administrativa y la imposibilidad de alcanzar un acuerdo entre las partes que fuera beneficioso para el hijo, cuando el menor contaba tan sólo con 17 meses, el padre decidió unilateralmente que el hijo pasara a residir con él y establecerlo con él con carácter permanente, poniendo fin al contacto entre madre intencional e hijo, sirviéndose de que el padre era el único que tenía reconocido el vínculo filiatorio y el único titular de la potestad parental. Aunque la madre intencional solicitó reiteradamente el restablecimiento del contacto con el menor, peticionando tanto la adopción, así como una medida cautelar para que se le otorgara derecho a comunicarse con él, todas las solicitudes le fueron denegadas por las autoridades noruegas. La madre intencional invocó ante el TEDH la posible conculcación de su derecho a la vida privada y familiar. El Tribunal se refiere a este caso, como a los anteriores en los que se pronuncia en materia de gestación subrogada, a la posible injerencia en la vida privada del hijo, ahora bien, indicando que ello no obsta a que el Tribunal tenga en cuenta los vínculos reales que se crearon entre la reclamante y el menor. Sin embargo, en este supuesto la reclamante no planteó la posible vulneración

---

<sup>1022</sup> Op. cit. MÚRTULA LAFUENTE, V. (2021) *El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución. Una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante*, Dykinson, p.345.

<sup>1023</sup> Sentencia TEDH (Sección 5ª) Asunto *AM* contra Noruega de 24 de marzo de 2022. ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD003025418.

del derecho a la vida privada del hijo, sino que aludió solamente a sus intereses propios. Ello difiere de otros casos analizados<sup>1024</sup>.

El TEDH valora en esta resolución, desde un enfoque de las obligaciones negativas del Estado, que “Una injerencia en el derecho de un solicitante al respeto de su vida privada constituirá una violación del artículo 8 del Convenio a menos que pueda justificarse en virtud del párrafo 2 de esa disposición como “de conformidad con la ley”, persiguiendo una o más de los fines legítimos enumerados en el mismo y siendo “necesarios en una sociedad democrática” para lograr el fin u objetivos de que se trate.” (párrafo 122)

Tras analizar las resoluciones de los Tribunales noruegos, el Tribunal concluyó que, aunque la situación hubiera sido especialmente dura para la reclamante, las autoridades resolvieron conforme a su derecho interno y motivaron sus decisiones respecto al principio del interés superior del menor, por lo que se debía concluir que no había habido violación del precepto invocado.

Resulta interesante también en esta resolución la opinión disidente de uno de los magistrados,<sup>1025</sup> en la que plasmó que el margen de apreciación del Estado noruego no debió considerarse tan amplio, atendiendo a que las actuaciones del Estado involucraban a un menor y que se afectaba a su interés superior, aludiendo a la Opinión Consultiva emitida por el TEDH en respuesta al tribunal de casación francés -ya referida *ut supra*-, toda vez que en esta se recogía por el TEDH que “cuando estaba en juego un aspecto particularmente importante de la identidad de un individuo, como cuando se trataba de la relación legal padre-hijo, el margen permitido al Estado normalmente estaba restringido. De ello infirió que se debía reducir el margen de apreciación otorgado al Estado demandado”, lo que, según el Juez, debió conllevar la restricción de tal margen de apreciación atendiendo a las circunstancias concurrentes. La aplicación rígida de la ley noruega comportaba restricciones excesivas que impedían valorar otros aspectos. Según su opinión, debió el TEDH valorar si en este supuesto se había producido una violación de la vida familiar y no focalizarse tan sólo en la valoración de la vulneración de la vida privada de la demandante. Asimismo, discrepa, de forma muy acertada, con la valoración del interés superior del niño por parte de los tribunales noruegos, toda vez que el padre decide unilateralmente y, obvio es, en base a sus propios intereses, poner fin a la relación entre madre -ya sea intencional- e hijo<sup>1026</sup>.

---

<sup>1024</sup> Vid. Asunto *Menesson* contra Francia o Asunto *Labassee* contra Francia.

<sup>1025</sup> Vid. opinión disidente del Juez *Jelic*.

<sup>1026</sup> Así, recuerda que:



---

“35. (...) Todo niño tiene derecho a conocer su identidad, lo que incluye “descubrir la verdad sobre aspectos importantes de su identidad personal, como la identidad de sus padres”. Este derecho no debe limitarse a los padres biológicos, sino que debe ampliarse para incluir a los futuros padres que se suponía que eran la madre o el padre del niño desde el comienzo del procedimiento de subrogación. Además, los tribunales no dieron suficiente peso a las consecuencias resultantes si el niño, en una etapa posterior, descubriera que tenía una futura madre que lo crio durante el primer año y cinco meses de su vida, y a quien no pudo llegar a saber. Tales revelaciones no solo podrían afectar profundamente su relación con su padre y su madrastra, sino que también pueden causar un daño emocional severo. En consecuencia, no puedo estar de acuerdo con el razonamiento de los tribunales de que prohibir al solicitante tener cualquier relación con X era lo mejor para este último.”

“38. (...) está claro que el paso del tiempo en este caso no juega a favor de la demandante. (...). Tal situación es particularmente injusta para el solicitante y no debería contar como razón para no encontrar una violación del artículo 8 del Convenio.”

“41. El Tribunal tampoco tuvo en cuenta el acuerdo sobre responsabilidades parentales compartidas entre la demandante y EB. Las autoridades nacionales se limitaron a evaluar si la pareja seguía junta y sostuvo que, dado que no lo estaban, “tenían el deseo compartido de criar a la pareja”. niño por separado, no juntos”. No puedo llegar a la misma conclusión sobre este punto. El hecho de que la pareja estuviera separada cuando el niño fue concebido debería implicar que tenían la intención de criarlo juntos en lugar de descartarlo. Esto fue reconocido tanto por EB como por el solicitante, quienes habían acordado compartir la responsabilidad de X, y pasaron la misma cantidad de tiempo con el niño (...).”

“42. Por lo tanto, concluyo sobre este punto que los tribunales no dedujeron hechos relevantes de la práctica entre los padres y su acuerdo explícito. Esto resultó en hacer la vista gorda ante la situación familiar *de facto* y en la aplicación errónea de una definición demasiado simplista y obsoleta al hecho de que una pareja cría a su hijo juntos.”

“43. Hay varios casos de trato injusto y discriminatorio del solicitante en el presente caso.

44. En primer lugar, la falta de otorgamiento a la solicitante del reconocimiento legal de la maternidad ha dado lugar a que el padre, EB, retenga la autoridad exclusiva para negar a la solicitante cualquier derecho a visitar o permanecer en contacto con X. Tal restricción conduce a (...) que EB tiene la potestad exclusiva de decidir que la solicitante sea madre de un hijo que pretendía ser suyo, cuando no había podido procrear biológicamente. Además de negar la maternidad a la solicitante, EB tiene la autoridad adicional para designar a su pareja actual como madre adoptiva de X.

45. Tal desequilibrio de poder no solo lleva a que una persona pueda tomar decisiones que cambien la vida de otra persona, sino que también puede crear una situación en la que este poder puede ser mal utilizado para abusar de un futuro padre. En una situación de conflicto, como en el presente caso, el progenitor reconocido tiene la capacidad exclusiva de tomar represalias contra un progenitor rebelde, despojándolo de cualquier derecho de contacto con su hijo.

46. Otorgar poderes tan amplios a una sola persona no solo es discriminatorio contra el progenitor biológicamente incapaz de procrear, sino que también va en contra de la finalidad prevista de la gestación subrogada y del interés del niño. Como se describió anteriormente, cualquier niño nacido de la subrogación debe tener la capacidad de conocer a sus futuros padres: el hecho de que el sistema legal noruego no reconozca la importancia de este aspecto conduce a una situación que penaliza injustamente a las personas biológicamente incapaces de procrear.

47. En segundo lugar, el Tribunal no reconoció que la negativa de las autoridades nacionales a aplicar la jurisprudencia de 2009 del Tribunal Superior de Gulating había estado viciada por la discriminación entre la demandante y EB, basada en la diferencia de estado civil. Las autoridades sostuvieron que el caso de 2009 no era aplicable en el presente caso, en particular porque el

En conclusión, el TEDH no se posiciona, ni tampoco puede, entorno a la cuestión de admitir o prohibir la figura por parte de los distintos ordenamientos, debiendo respetar las previsiones relativas a la misma por parte de los Estados, pero sí insta, cuando existe el vínculo genético con alguno de los comitentes<sup>1027</sup>, a que los Estados

---

solicitante y EB no estaban casados ni vivían juntos cuando nació el niño. Por lo tanto, los casos no eran comparables (...)

48. Sin embargo, el Tribunal ha encontrado en varias ocasiones que la diferencia de trato por razón de nacimiento dentro o fuera del matrimonio solo podría hacerse si existieran razones de mucho peso (ver *Sahin c. Alemania* [GC], no. 30943/96, ECHR 2003-VIII, *Mazurek v. France*, n.º 34406/97, ECHR 2000-II, y *Camp and Bourimi v. the Netherlands*, n.º 28369/95, ECHR 2000-X). Tales razones no se adujeron en el presente caso, ya que la existencia de matrimonio entre el solicitante y EB no es indicativo de su capacidad para criar al niño juntos. En ese sentido, los tribunales discriminaron injustamente a la demandante al negarse a aplicar la jurisprudencia anterior sobre la base de que no estaba casada con el padre de X.

49. Finalmente, es importante señalar que el Tribunal está reconociendo gradualmente los derechos de la comunidad LGBTQ. En ese sentido, el Tribunal ha encontrado violaciones del artículo 14 en conjunción con el artículo 8 del Convenio cuando a una pareja de una pareja no casada del mismo sexo no se le permitió adoptar al hijo de su novia sin romper sus vínculos legales (*X y otros c. Austria* [GC], n.º 19010/07, TEDH 2013), donde a un hombre homosexual se le impidió ejercer la patria potestad sobre su hija a causa de su orientación sexual (*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n.º 33290/96, ECHR 1999-IX) o donde a una mujer lesbiana se le impidió adoptar un niño (*EB c. France* [GC], núm. 43546/02, 22 de enero de 2008). Estos casos demuestran que el Tribunal está otorgando mayores derechos a constelaciones familiares no convencionales y personas con diferentes orientaciones sexuales o identidades, lo cual apoya.

50. A pesar de los importantes desarrollos jurisprudenciales en esta área, que sin duda son encomiables, no puedo aceptar que el Tribunal, por un lado, reconozca los mayores derechos de los padres de la comunidad LGBTQ, y por el otro, no otorgue ninguna protección a los futuros padres privados de su derecho a tener una relación con su futuro hijo. Corresponde al Tribunal brindar igual protección a todos los ciudadanos de sus Partes Contratantes y adaptarse, de acuerdo con la doctrina del “instrumento vivo”, a los nuevos conceptos sociales emergentes. La internalización de este principio requiere que el Tribunal mire más allá de la evaluación basada en el proceso seguida por las autoridades nacionales y, en su lugar, realice un análisis caso por caso de las circunstancias de un caso determinado, y más aún cuando se trata de aspectos cruciales como la paternidad en cuestión.

51. Es por las razones anteriores que no puedo estar de acuerdo con la opinión de la mayoría de no encontrar violación del artículo 8 de la Convención o del artículo 14 leído en conjunto con el artículo 8. En mi opinión, tanto las autoridades nacionales como las Tribunal, en su evaluación, no tuvo en cuenta los factores prácticos pertinentes, de una manera que habría inclinado la balanza de intereses a favor del solicitante. Por lo tanto, concluyo que la falta de reconocimiento de la solicitante como la madre legítima de X (que también restringió sus derechos de visita) no fue proporcional a las circunstancias del caso, y que la consiguiente autoridad única de EB resultó en un trato injusto y discriminatorio de la solicitante.”

<sup>1027</sup> Las autoras CASADO, M. / NAVARRO-MICHEL, M. (Coords.) (2019), *Documento sobre gestión por sustitución...*, op. cit. se muestran muy críticas, al afirmar que esto “reforça la tendència a atorgar la primàcia essencialista als vincles genètics (els meus gens, la meua sang, el meu llinatge), cosa que resulta qüestionable si hom analitza l’evolució del dret de família actual.”, p. 12.

posibiliten de forma urgente el establecimiento de un vínculo de filiación entre los niños y niñas que son trasladados y los progenitores *de facto*. El TEDH insta a que los Estados lo hagan a través de las instituciones o con las fórmulas que consideren, dentro de su margen de apreciación, en aras de respetar el derecho de estos niños y niñas a su identidad, integrada en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

De los últimos pronunciamientos se sigue desprendiendo que la limitación del reconocimiento de estos supuestos a si existe algún vínculo genético con los comitentes no protege al niño o niña.<sup>1028</sup> Esta vinculación genética se halla arraigada a nuestra concepción de familia, pero no encaja ya en muchas ocasiones con la concurrencia de otros modelos de familia en los que se impone la voluntad o la intención. Ello afecta de forma negativa a los niños y niñas que fueron engendrados sin material genético de ninguno de los comitentes, que son discriminados respecto de los demás niños y niñas que sí comparten material genético con alguno de los comitentes, y los sumen además en situación de desigualdad<sup>1029</sup>.

#### **5.4.3. Gestación por sustitución y Tribunal Supremo (TS) español**

Centrémonos ahora en nuestro ámbito interno. El contrato de gestación por sustitución o la maternidad subrogada es absolutamente ilegal también en nuestro ordenamiento español, se trata de una figura absolutamente rechazada y no reconocida por el ordenamiento.

---

<sup>1028</sup> Vid. al respecto comentario, op. cit. de FARNÓS AMORÓS, E. (2022) “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”. *Revista Bioética y Derecho*, 56, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, pp.29-54. La autora afirma que: “

<sup>1029</sup> Ibidem, FARNÓS AMORÓS, E. (2022) “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”op. cit., al sostener que “la existencia de vínculo genético con al menos un progenitor de intención se erige como elemento legitimador de la relación. Sin embargo, la exigencia de dicho vínculo, incluso cuando existe vida familiar consolidada, entra en tensión con la propia doctrina del TEDH sobre la vida familiar *de facto* protegida por el artículo 8 CEDH y perjudica, en última instancia, a los menores concebidos a partir del recurso a GS. Al impedir el desarrollo de la relación familiar por ausencia de vínculo genético y limitar las obligaciones de los Estados solo hacia un cierto sector de menores nacidos de esta forma se está incurriendo en una distinción ya superada entre familia «legítima» e «ilegítima», susceptible de crear una nueva categoría de hijos e hijas”, p.50.

Es necesario destacar los pronunciamientos del Tribunal Supremo en la Sentencia nº835/2013, de 6 de febrero de 2014<sup>1050</sup>. En este supuesto el Tribunal se pronunció acerca de la determinación de la filiación de dos niños mellizos a favor de dos padres intencionales a través del reconocimiento de una inscripción extranjera, en concreto del Registro Civil de California. Tras el recurso interpuesto por los padres intencionales contra la denegación por parte del encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles (California), la Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN) había resuelto<sup>1051</sup> inscribir el nacimiento de los menores tal y como constaba en las certificaciones registrales extranjeras, amparándose en la protección del interés superior del menor y en la prohibición de discriminación por razón de sexo, al ser los padres intencionales un matrimonio homosexual.

Ante la resolución de la DGRN, el Ministerio Fiscal formuló demanda de impugnación de la misma al entender que la inscripción era contraria al orden público español. El juzgado de primera instancia estimó la demanda y ordenó dejar sin efecto la inscripción<sup>1052</sup>. Los solicitantes formularon recurso de apelación y la Audiencia

---

<sup>1050</sup> STS (Pleno) nº835/2013, de 6 de febrero de 2014. ECLI:ES:TS:2014:247

<sup>1051</sup> Actualmente, su denominación es *Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*. La resolución alude a la ya derogada Resolución de la denominada DGRN de fecha 18/02/2009. Referencia Aranzadi: RJ 2009\1735.

Especialmente interesante resulta el artículo relativo a esta Resolución, elaborado por FARNÓS AMORÓS, E. (2010) “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, nº1/2010, enero 2010. Consultable en: [https://indret.com/wp-content/uploads/2010/03/711\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2010/03/711_es.pdf) (última consulta 20/09/2022).

<sup>1052</sup> Tras la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia nº193/2010 de 15 de septiembre (ECLI:ES:JPI:2010:25) que acordó dejar sin efecto la inscripción y cancelar el asiento registral, contrariamente a lo estipulado por la DGRN, esta última modificó el criterio que venía manteniendo sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en Instrucción de 5 de octubre de 2010. BOE-A-2010-15317. En esta se hace constar, entre otros extremos que “(...) Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según

---

se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.” Como directrices para el acceso a la inscripción del nacimiento de un menor en el extranjero por medio de la gestación subrogada, establecía la DGRN por aquel entonces las siguientes directrices: “Primera. –1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Segunda.–En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.”

Al respecto puede consultarse HEREDIA CERVANTES, I. (2013) “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. *ADC, tomo LXVI, fasc. II*, pp. 687-715. En este artículo el autor recalca que en ninguna de las Instrucciones se refiere expresamente al derecho a conocer los orígenes del menor concebido por medio de un contrato de gestación subrogada. Así, “ (...) en la totalidad de certificaciones examinadas ni siquiera se da cuenta del hecho de que la relación de filiación tenga su origen en un supuesto de gestación por sustitución, algo que supone además un serio menoscabo del derecho de los hijos a conocer su origen biológico (artículo 39.2 CE) y que impide constatar si realmente se respetaron los derechos de la madre gestante (p. ej., si su maternidad realmente respondió a una decisión libremente aceptada) o, incluso, si los consentimientos prestados son revocables.”, p.714.

---

Estas directrices fueron actualizadas mediante una extensa Instrucción de fecha 14 de febrero de 2019, en la que se facilitaba la inscripción del nacimiento de los menores nacidos por esta técnica y la determinación de la filiación a favor de los progenitores intencionales. BOE-A-2019-3534. Puede leerse noticia relacionada en:

[https://elpais.com/sociedad/2019/02/15/actualidad/1550231597\\_775037.html](https://elpais.com/sociedad/2019/02/15/actualidad/1550231597_775037.html) (última consulta 1/10/2022).

Días más tarde dicha Instrucción fue inminentemente dejada sin efecto por la Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE-A-2019-2367. En virtud de esta última, “La gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes. El interés preferente de los primeros debe quedar en todo caso salvaguardado, y a la vez la actuación de los poderes públicos debe garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad que es de todo punto inaceptable. Resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho. Por lo demás, este problema no se limita a España, sino que se desenvuelve en un ámbito exterior, por lo que sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz. En tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor. (...) Por consiguiente, se dicta la presente Instrucción, en los términos siguientes:

1. Queda sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, a todos los efectos, incluso derogatorios, en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente Instrucción.

2. Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

El encargado o encargada del Registro Civil consular en estos casos deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el encargado o encargada del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil.

El solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación.”

Al respecto, puede consultarse ANDREU MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>.B. (2019) “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana n°10 bis*, junio 2019, pp. 64-85. Así como, DÍAZ FRAILE, J.M. (2019) “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, n°1, enero- marzo 2019, pp. 53-131.

Provincial de Valencia<sup>1033</sup> también desestimó el recurso. La sentencia fue nuevamente recurrida, esta vez en casación. El Tribunal Supremo, no de forma unánime<sup>1034</sup>, invocó

---

<sup>1033</sup> Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) nº826/2011, de 23 de noviembre. ECLI:ES:APV:2011:5738.

<sup>1034</sup> Vid. Voto particular del magistrado D. Antonio Seijas Quintana, al que se adhirieron tres magistrados más. Los magistrados discrepan acerca de la posibilidad de excepcionar el orden público en el reconocimiento de una resolución extranjera legal conforme su ordenamiento, debiéndose comprobar dicha vulneración caso por caso (2.4). Se manifiestan particularmente en contra de la concepción del resto de magistrados al entender que la vulneración de la dignidad de las mujeres gestantes por acceder a la maternidad subrogada, arguyendo que “esta afirmación no se puede generalizar ni se compadece con las reglas jurídicas de un Estado con el que compartimos ámbitos privilegiados de cooperación jurídica, en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, como son los Estados Unidos de Norteamérica. Pero es que, además: a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica.” (2.3). Asimismo, también se alude en el Voto particular, a que “el interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles (...) es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, (...) y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...) Ciertamente es que este interés superior no impide que se produzcan situaciones como la descrita en la sentencia en un supuesto de acciones de impugnación de filiación, ni impide que los padres puedan desaparecer de la vida de los menores, física o jurídicamente. Ocurre que el interés en abstracto no basta y que, como se ha dicho, en feliz expresión, «no hay orden público si en el caso se contrariaría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada». (2.5)”.

A colación de este Voto particular, suscrito por cuatro de nueve magistrados, resulta interesante la lectura de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014) “Paradojas de la vida”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 3/2014, BIB 2014\1533. El autor afirma que “Resulta paradójico que en dicho voto particular se diga, a la hora de enumerar razones favorables a la tesis que se defiende, que las técnicas de reproducción humana asistida suponen «una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso». ¿Existe un derecho a procrear con quien la naturaleza no lo permite? Llama la atención también la afirmación, según la cual, «Obligación del legislador será establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas, no tanto de los menores, ajenos a esta suerte de relaciones mercantiles, como de las madres subrogadas,

la excepción de orden público al entender que el reconocimiento del acto en cuestión resultaba totalmente incompatible con los derechos fundamentales del menor y de la madre gestante, madre de conformidad con nuestro ordenamiento, pues sólo hay una y es la que había dado a luz.

El Tribunal esgrimía que, aunque las certificaciones registrales de nacimiento en California fueran legales, a la hora de poder desplegar estos efectos en el ordenamiento civil español era necesario establecer un control de contenido previo, siendo que el orden público debe operar como límite, debiéndose respetar “las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español” (FJ3, apartado 4), especialmente los aspectos fundamentales de la familia, la protección de la infancia, así como, el derecho a la integridad física y moral de las personas, todos ellos “derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero<sup>1055</sup>, FJ 4) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.

El Tribunal Supremo afirmó que, aunque la determinación de la filiación se contemple más allá del vínculo biológico con los progenitores, al ser posible la fecundación por medio de técnicas de reproducción humana asistida determinándose la filiación a favor del consentimiento a la fecundación del cónyuge, o bien la adopción; lo que no podía permitirse por ser manifiestamente contrario a derecho es la procreación a costa de los derechos fundamentales de los hijos e hijas y de la madre gestante. En este sentido, afirmó que la gestación por sustitución vulnera el orden público español, que integra todas estas normas<sup>1056</sup> y principios. Así:

---

que renuncian a sus derechos como madres, especialmente de aquéllas que provienen de grupos económicamente desfavorecidos y de los que pretenden ser padres. Obligación de los Jueces y Tribunales es resolver y tutelar situaciones concretas como la que es objeto del Recurso». ¿Se quiere decir que el Poder Judicial puede actuar *contra legem*? (...)”

<sup>1055</sup> Alude el Tribunal Supremo a la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) nº54/1989, de 23 de febrero. ECLI:ES:TC:1989:54

<sup>1056</sup> También alude el Tribunal Supremo a la normativa vigente en el momento del dictado de la resolución, así como al *Informe del Comité ad hoc de expertos en el progreso en las Ciencias Biomédicas (CAHBI), del Consejo de Europa*. Refiere el Tribunal Supremo al Informe del Grupo de Trabajo del Comité *ad hoc* de expertos para el progreso de las Ciencias Biomédicas (CAHBI) del Consejo de Europa. 3-6 de febrero de 1987. Principio I.



“(…) en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Fruto de esta preocupación es, por ejemplo, la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional estableciendo como principios básicos que los estados establezcan, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, y la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de niños, que se concreta, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (considerandos introductorios y art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993).

También responden a esta preocupación las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la gestación por sustitución.” (FJ 3 apartado 6)

El Tribunal alude de forma extensa al interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, de los que se conciben como “conceptos esencialmente controvertidos” (FJ 5 apartado 3), y que ha de ser tomado en consideración de forma primordial, tal y como se prevé en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>1037</sup>; pero insiste en que este no debe considerarse de forma aislada y que necesariamente ha de ponderarse con otros bienes jurídicos, como “la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse

---

<sup>1037</sup> A tenor del artículo 3.1 de la ya citada Convención de los Derechos del Niño (CDN), “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. BOE-A-1990-31312.

mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.” (FJ 5 apartado 7).

En relación al respeto a la vida privada y a los pronunciamientos por parte ya del TEDH en materia de gestación por sustitución, el Tribunal Supremo ya aludía a que el no reconocimiento de la filiación no supone una injerencia en la vida familiar de los recurrentes, toda vez que el núcleo familiar *de facto* en el que los menores se habían integrado podía ser protegido por otros mecanismos. En este sentido, afirmó que:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (...) de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares «de facto» con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que, si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.” (FJ 5 apartado 11)

Por todo ello, el Tribunal concluye que:

“Lo expuesto supone que la solución alcanzada por los tribunales de instancia realiza una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto tomando en consideración primordial el interés superior de los menores. La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores. (...)”

Nada dice el Tribunal Supremo acerca del derecho de los menores a conocer su origen ni de las consecuencias inherentes a la procreación por este método en la identidad de los mismos.

En la misma línea, pero en un supuesto distinto resuelve el Tribunal Supremo en la Sentencia nº277/2022<sup>1038</sup>. En esta Sentencia el Tribunal se pronuncia, esta vez por unanimidad, acerca de la pretensión de determinación de la filiación materna conforme a la ley española, por posesión de estado *ex. artículo 131 del Código Civil*<sup>1039</sup>. Se trata del caso de una madre intencional que había recurrido de forma individual a un contrato de gestación por sustitución para procrear. La demanda se plantea por el padre de la madre intencional y abuelo *-de facto-* del menor. A través de una agencia mejicana la madre intencional formalizó un contrato con una madre gestante que se sometió a tratamientos de fecundación *in vitro* con material de un donante anónimo. Cabe referir que en el contrato de gestación suscrito, como suele ser práctica habitual en estos contratos, se incluían cláusulas que establecían, entre otros extremos, que “la gestante sustituta no tendrá ni tratará de tener relación el niño, incluyendo sin limitación: la relación padre-hijo, información de su crianza o intentar tener información de su localización”, o que “la gestante sustituta declara y acepta que no es la madre legal, natural, jurídica o biológica del niño”, renunciando *ex ante*, incluso antes de la concepción, a los derechos que le corresponden, además de establecer renunciaciones a algunos de sus derechos básicos como paciente, tales como, la renuncia a la confidencialidad de sus datos médicos, y otros que quedan sometidos a la decisión de la futura madre, obligándose la gestante también a sendas restricciones de su libertad

---

<sup>1038</sup> STS (Pleno) nº 277/2022, de 31 de marzo. ECLI:ES:TS:2022:1153. Para un interesante comentario de la citada resolución, vid. FARNÓS AMORÓS, E. (2022) “La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual”. *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXXV, 2022, fasc. III (julio-septiembre), pp. 1281-1314. Consultable en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2022-30128101314](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2022-30128101314) (última consulta 18/01/2023).

<sup>1039</sup> A tenor del artículo 131 del Código Civil (CC) “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.” BOE-A-1889-4763. Para un mayor detalle en cuanto a la posesión de estado como forma de atribución de la filiación, vid. op. cit. QUICIOS MOLINA, M.S. (2021) “Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado...e interés superior del menor” en MÚRTULA LAFUENTE, V. / DE LAS HERAS GARCÍA, J.A. et al. (Coords.) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, pp.277-317

personal mientras está embarazada (no salir de la ciudad donde reside, necesidad de recabar permiso para viajar, entre otras).

En este supuesto, en primera instancia se denegó la posibilidad de determinarse la filiación del hijo a favor de la madre intencional ex artículo 131 del Código Civil por posesión de estado, al entender que el hijo había nacido por medio de un contrato de gestación por sustitución, que es contrario a la ley, y, a lo que se añade, que la filiación materna del menor ya había sido determinada a favor de la mujer gestante, en virtud del artículo 10 de la LTRHA<sup>1040</sup>. Indicaba también la autoridad judicial que la vía adecuada para plantear esta pretensión debía ser la tramitación del expediente de guarda o acogimiento del menor para posteriormente, tener acceso a una posible adopción del menor. Sin embargo, la sentencia fue recurrida en apelación y el recurso fue estimado. En segunda instancia se declaró que la madre intencional era la madre del menor, por posesión de estado. Lo arguye el Tribunal de apelación<sup>1041</sup> a la luz, según sus razonamientos, del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), al entender que no era viable la adopción por el escollo de la diferencia de edad entre el menor y la demandada, lo que supondría, en suma, abocar al menor a una “incertidumbre inquietante”, haciendo clara alusión a la jurisprudencia del TEDH. El Ministerio Fiscal recurrió en casación el fallo de la Audiencia y el Tribunal Supremo en esta resolución estima el recurso de casación interpuesto, denegando el reconocimiento de la filiación a favor de la madre intencional.

Así, en casación, el Tribunal Supremo rechazó de plano la posible determinación de la filiación a la madre intencional al haber sido concebido el menor mediante un contrato de gestación por sustitución, a todas luces nulo para nuestro ordenamiento jurídico, al ser, esta determinación en palabras del Tribunal “manifiestamente contraria” (FJ 3) al orden público español, toda vez que supone una contravención del

---

<sup>1040</sup> A tenor del artículo 10 de la ya citada Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), BOE núm. 126, de 27/05/2006. BOE-A-2006-9292; se reputa expresamente nulo el contrato de gestación por sustitución, indicándose que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

<sup>1041</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) nº 947/2020 de 1 diciembre. ECLI:ES:APM:2020:14547.

artículo 10 de la LTRHA<sup>1042</sup>, pero no sólo de este precepto legal, sino que también “vulnera fuertemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte” (FJ 3 apartado 2), haciendo mención expresa el Tribunal a la Convención sobre los Derechos del Niño y la necesaria prohibición y erradicación de la venta de niños, así como a su Protocolo Facultativo<sup>1043</sup>, además de a la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>1044</sup>, al Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños<sup>1045</sup>, así como al Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad

---

<sup>1042</sup> A tenor del artículo 10 de la ya mencionada Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), BOE-A-2006-9292, haciendo mención expresa a la gestación por sustitución establece que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

<sup>1043</sup> En virtud del artículo 35 de la ya citada *Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)*, BOE-A-1990-31312, “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”

En su Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, BOE-A-2002-1858, se establece en el artículo 1 que “Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.”, así como, en su artículo 2, que: “A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;(…)”

<sup>1044</sup> Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979. En su artículo 6 se preceptúa que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.” Consultable en:

<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

(última consulta 20/09/2022).

<sup>1045</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, de 15/01/2018. Consultable en:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/007/74/PDF/G1800774.pdf?OpenElement>

(última consulta 25/09/2022)

Subrogada<sup>1046</sup>, a la Resolución del Parlamento Europeo relativo al Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo<sup>1047</sup>, “así como en otros informes encargados por instituciones públicas y en la mayoría de la literatura científica existente sobre esta cuestión” (FJ 3 apartado 6).

También hace mención el Tribunal Supremo a la incompatibilidad entre la gestación por sustitución y la posible adopción internacional del menor nacido por estas técnicas por cuanto contraviene el orden público. Así, reputa que la gestación por sustitución es contraria a los artículos 26.2 de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional<sup>1048</sup>. Añade el Tribunal que el anterior acervo legislativo contrasta y contraría lo que en la realidad se impone.

A pesar de todo ello, las prácticas de gestación por sustitución no han hecho más que proliferar y lo cierto es que con total impunidad tanto para las agencias como para los progenitores intencionales que, movidos por su afán de formar una familia, recurren a estas técnicas. La consecuencia de todo ello es la vulneración flagrante de los derechos más fundamentales tanto de las madres gestantes, que quedan en el plano del anonimato y al margen totalmente de la vida familiar que tras la gestación se inicia,

---

<sup>1046</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada, de 16/05/2017. Consultable en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_et\\_icos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_et_icos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf) (última consulta 26/09/2022)

<sup>1047</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)), 2017/C 399/19. Consultable en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IP0470&from=ES> (última consulta 25/09/2022).

Véase también Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, consultable en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.html) (última consulta 25/09/2022).

<sup>1048</sup> Vid. Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, BOE-A-2007-22438. En su artículo 26 establece como requisito para el reconocimiento de la adopción internacional en España, que: “1. En defecto de Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España que resulten aplicables, la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos: (...) 2.º Que la adopción no vulnere el orden público. A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación.”

como la vulneración de los hijos e hijas nacidos a través de estas técnicas, que ni tan siquiera podrán conocer su origen, con todo lo que ello implica.

Siguiendo con la argumentación del Tribunal, asimismo se hace mención al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>1049</sup> indicando que este artículo no protege el derecho a fundar una familia ni a adoptar, sino que lo que es susceptible de protección es el respeto a la vida familiar, e insiste en que:

“el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Un contrato de gestación por sustitución como el que es objeto de este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio.” (FJ 3, apartado 12).

El Tribunal Supremo alude a la conculcación flagrante de los derechos más fundamentales a las mujeres gestantes, cuya gestación a través de este método es instrumentalizada en virtud de este contrato. Para el Tribunal el trato hacia las mujeres gestantes resulta cuanto menos “inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano” (FJ 3, apartado 8), a lo que se le aúna que muchas mujeres gestantes se hallan en una especial situación de vulnerabilidad social y económica. Afirma también el Tribunal que tanto el niño/a como la madre gestante se consideran “meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad” (FJ 3 apartado 7) y a su vez, también invoca la necesaria protección del derecho a conocer los orígenes del niño o niña nacido.

Así,

“9. En definitiva, el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se «cosifica» pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente. Para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y

---

<sup>1049</sup> Cabe recordar el contenido del artículo 8 del CEDH, BOE-A-1979-24010, relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, en cuya virtud: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.” Consultable en: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf) (última consulta 26/09/2022)

de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano” (FJ 3)

Insiste el Tribunal en que, el contrato de gestación por sustitución o de gestación subrogada, constituye un supuesto de venta de niños/as y que:

“5. (...) Resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño (y puede también serlo para su integridad física habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes) que se le considere como objeto de un contrato, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico.” (FJ 3)

Ahora bien, tal y como ya he referido *ut supra*, resulta necesario dar respuesta a la realidad social que impera y, ante todo, dotar de derechos a los hijos e hijas nacidos por medio de estas técnicas y que ya se han integrado en un núcleo familiar durante un tiempo prolongado. Por ello, el Tribunal Supremo, en el mismo sentido que en la Sentencia nº835/2013 ya referida, arguye que:

“si tal núcleo familiar existe actualmente, si el menor tienen relaciones familiares *de facto* con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial en su favor, la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido la existencia de una vida familiar *de facto* incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante (sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso *Paradiso y Campanelli*, apartados 140 y 151 y siguientes, y de 18 de mayo de 2021, caso *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia*, apartado 62). Así lo exige el interés superior del menor (en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) y su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro de la cual tiene gran importancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar” (FJ 4, apartado 8)

Así las cosas, el mecanismo que propone el Tribunal para la determinación de la filiación a favor de los progenitores que han recurrido a estas técnicas, y todo ello atendiendo al interés superior de los hijos e hijas que nacieron por decisión de los progenitores intencionales por medio de estas técnicas, es como sigue: respecto del



padre biológico puede determinarse la filiación por medio de la acción de reclamación de paternidad ex artículo 10.3 de la LTRHA<sup>1050</sup>, claro que siempre que el padre tenga vínculo genético con el niño o niña. Lo que no queda claro en este extremo es cómo podría determinarse entonces a favor del padre intencional pero que tampoco mantiene ningún vínculo biológico con el hijo/a. En cuanto a la madre comitente, se propone por el Tribunal el recurso a la adopción, pudiéndose entonces valorar su idoneidad y debiéndose cumplir todos los requisitos, todo ello a pesar de que exista con ella vínculo genético. Se basa el TS en el Dictamen/ Opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>1051</sup>:

“Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado *in concreto*, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general ( sentencias de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso *Paradiso y Campanelli*, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de, caso *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia*, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones.” (FJ 3 apartado 14)

---

<sup>1050</sup> Tal y como se establece en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), BOE-A-2006-9292, que es el relativo a la gestación por sustitución “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

<sup>1051</sup> Se refiere el Tribunal Supremo a la Opinión consultiva sobre el reconocimiento en el derecho interno de una relación padre-hijo entre un niño nacido de una subrogación practicada en el extranjero y la futura madre planteada por el Tribunal de casación francés ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (P-16-2018-001). Consultable el dictamen de la Gran Sala del TEDH de 10 de abril de 2019 en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380431-8364345%22%5D%7D> (última consulta 29/09/2022).

La resolución, como no puede ser de otro modo, se fundamenta<sup>1052</sup> en las normas relativas a la filiación que ya han sido analizadas, y de sus pronunciamientos se infieren las contradicciones y el debate moral, ético y jurídico que suscitan estos supuestos, que quizá no son tan nuevos<sup>1053</sup>, pero que han proliferado durante las últimas décadas.

#### **5.5. PERSPECTIVAS NORMATIVAS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, BIOÉTICA, Y EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES. EN BUSCA DE UNA FÓRMULA CONSENSUADA DE REGULACIÓN**

Por muchas dudas e incluso rechazo que nos pueda suponer esta figura, lo cierto es que en las últimas décadas ha crecido su práctica, en detrimento del recurso a otros mecanismos, como la adopción internacional<sup>1054</sup>.

El recurso a esta figura sigue siendo una opción para las personas movidas por satisfacer su deseo de convertirse en padre o madre y es una práctica que trasciende de nuestras fronteras. Las relaciones humanas, los modelos de familia, o el crecimiento de la infertilidad, entre otras, son algunas de las razones que, unidas al estado de la ciencia, explican que esta figura no desaparezca ni probablemente lo haga en el futuro. Al contrario, el derecho va un paso por detrás<sup>1055</sup> de lo que demanda la sociedad en un contexto de inseguridad jurídica que provoca la conculcación de los derechos de los niños y niñas, y como no, el riesgo de vulneración de derechos a la mujer gestante.

Por ello, existen algunas iniciativas que pretenden ordenar esta cuestión, algunas de ellas en el plano internacional, que sugieren trazar unos principios encaminados a la protección de los derechos de los hijos e hijas, así como de la mujer gestante, pretendiendo alcanzar un equilibrio entre los intereses de las partes

---

<sup>1052</sup> NAVARRO-MICHEL, M. (2022) “La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales”. *Revista de Bioética y Derecho*, 56, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, pp.5-28.

<sup>1053</sup> Op. cit. GARCÍA RUBIO, M.P. / HERRERO OVIEDO, M. (2018) “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52, pp.67-89

<sup>1054</sup> MATÍA PORTILLA, F.J. (2019) “Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?”. *Revista de derecho político*, 105, pp.81-125.

<sup>1055</sup> Op. cit. MÚRTULA LAFUENTE, V. (2021) “El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución. Una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante”. Dykinson, p.323.

implicadas. La cuestión se antoja bien difícil y las voces discordantes, como es normal, no se han hecho esperar<sup>1056</sup>.

En este sentido, debe hacerse mención a la labor de la de la *Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, que desde hace años cuenta con un grupo de expertos cuyo cometido es el de confeccionar un instrumento de Derecho internacional privado que permita el reconocimiento de las resoluciones extranjeras que atribuyen la filiación a los comitentes. También a la propuesta emanada de los expertos del *International Social Service* (ISS). Estos Instrumentos y propuestas de derechos internacional, serán analizados seguidamente, ciñéndonos, eso sí, al derecho a conocer los propios orígenes.

---

<sup>1056</sup> Existen sendas críticas a contemplar siquiera la posible regulación acerca de la materia, tal y como ya se ha constatado en el presente capítulo. Al respecto de este apartado cabe mencionar algunas fuentes como, entre muchas otras:

*Diario Público*, en prensa 12/10/2020 “La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el lobby no tan callado de los vientres de alquiler” La organización intergubernamental de carácter mundial se reúne en Holanda para presionar y reconocer de facto la aceptabilidad de la subrogación a través de la filiación de las criaturas que nazcan por explotación reproductiva”. Consultable en <https://www.publico.es/internacional/conferencia-haya-derecho-internacional-privado-lobby-no-callado-vientres-alquiler.html> (última consulta 10/10/2022)

La asociación *Comisión para la Investigación de malos tratos a mujeres*, como miembro de la *International Coalition for the Abolition of Surrogate Motherhood*, publica en su página web en fecha 24/06/200 una noticia titulada: “Llamamiento para condenar el proyecto de protocolo de la Conferencia de la Haya y los Principios de Verona, que pretenden fomentar la gestación subrogada transfronteriza”, Consultable en: <https://malostratos.org/llamamiento-para-condenar-el-proyecto-de-protocolo-de-la-conferencia-de-la-haya-y-los-principios-de-verona-que-pretenden-fomentar-la-gestacion-subrogada-transfronteriza/> (última consulta 09/12/2022).

También, desde la *Coalition for the Abolition of Surrogate Motherhood* “Crítica feminista a los Principios de Verona”, consultable en:

<http://abolition-ms.org/es/nuestras-acciones/documento-critico-sobre-los-principios-de-verona/> (última consulta 09/12/2022)

La Federación feminista Gloria Arenas publica en su página web en fecha 03/01/2022 la siguiente noticia: “Alerta feminista: avances para la regulación internacional de la gestación subrogada”, consultable en:

<http://ffeministagloriaarenas.org/blog/2022/01/31/alertafeministaverona/> (última consulta 09/11/2022).

### ***5.5.1. Informe Final acerca de la viabilidad de los instrumentos de derecho internacional sobre la filiación legal de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: apuntes para la confección de un instrumento que regule la figura a nivel internacional***

Tras varios años de reuniones entre expertos de distintos países, en fecha 1 de noviembre de 2022, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado emitió un Informe Final acerca de la viabilidad de los instrumentos de derecho internacional sobre la filiación legal<sup>1057</sup>. El Grupo de expertos en el Informe parte de la premisa de que resulta necesario en este ámbito alcanzar unos protocolos comunes de actuación a nivel internacional para poner fin a la inseguridad jurídica<sup>1058</sup> de los menores y proponen, a tal fin, unas bases para el desarrollo de cualquier instrumento internacional apto para esta finalidad.

En cuanto a la posibilidad de introducir en este futuro instrumento el derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos se señala en el Informe que, en base a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye un posible elemento a incluir en el mismo. En el Informe se hace constar qué se entiende por origen de los niños y niñas, concibiéndose de forma acertada el término en sentido amplio:

“la recopilación, preservación, acceso y disponibilidad para el niño de información relacionada con sus orígenes (es decir, sobre la madre sustituta / madre sustituta, cualquier donante de gametos, los padres intencionales; historial gestacional del niño e historial médico de los padres genéticos del niño).”<sup>1059</sup>, p.34.

---

<sup>1057</sup> Vid. *Final Report: The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage*, de 1/11/2022, confeccionado por el Grupo de expertos en materia de gestación subrogada. Consultable en: <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf> (última consulta 09/12/2022).

<sup>1058</sup> Ibidem. Se recoge en su Conclusión 1: “Aim of any Instrument. The Group worked with the understanding that the aim of any new instrument would be to provide greater predictability, certainty and continuity of legal parentage in international situations for all persons concerned, taking into account their human rights, including, for children, those enshrined in the United Nations Convention on the Rights of the Child and in particular their right that their best interests be a primary consideration in all actions taken concerning them.”, p.52.

<sup>1059</sup> Las traducciones de este apartado son propias.

En el Informe se hace constar de forma expresa que algunos de los miembros insistían en la necesidad de que el futuro instrumento se confeccione desde la perspectiva de la preservación, pero también del acceso a la información sobre el origen de la persona<sup>1060</sup>. Sin embargo, como conclusión, el Grupo de expertos simplemente lo considera un extremo que podría ser incluido en un futuro Instrumento, lo que denota su falta de consenso interno sobre la cuestión:

“Teniendo en cuenta la importancia de conocer los propios orígenes, en particular en el contexto de la filiación legal, hubo breves debates en el Grupo sobre si una convención debería incluir una obligación general para los Estados con respecto a la preservación de la información y el acceso a ella, similar al artículo 30 de la Convención sobre la adopción internacional de 1993. Sin embargo, el Grupo no llegó a ninguna conclusión sobre su posible inclusión, aunque algunos expertos consideraron que debía incluirse. Si el CGAP aprobara nuevos trabajos, esta cuestión debería examinarse más a fondo.”, p.24.

#### **5.5.2. Propuesta desde la International Social Service (ISS): Los Principios de Verona**

En fecha 25 de febrero de 2021 fue publicado por el ISS, miembro del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el documento titulado Principios para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante gestación subrogada (Principios de Verona)<sup>1061</sup>. Los expertos han confeccionado estos principios en aras de “servir como una herramienta importante que ayudará a identificar respuestas legislativas adecuadas al nuevo desafío relacionado con la protección de los derechos de la infancia”, en el supuesto en el que el Estado considerare que debe regularla.

Se apunta ya en su Preámbulo a que, en caso afirmativo, el Estado en cuestión debe poder asumir y garantizar un control de la figura que garantice los derechos de los niños. También, se hace constar en el mismo que no debe entenderse al documento de principios como un posicionamiento favorable a dicha práctica. Los expertos que lo

---

<sup>1060</sup> Ibidem, §133, p. 39.

<sup>1061</sup> Vid. International Social Service (ISS) (2021) Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy.

Consultable en:

[https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples\\_25February2021.pdf](https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf)

(última consulta 09/12/2022)

confeccionan lo consideran como una “importante contribución al desarrollo de orientaciones normativas para la protección de los derechos de los niños nacidos” a través de gestación por sustitución<sup>1062</sup>, y de su Principio 6, que versa sobre el interés superior de la persona menor, se desprende que los expertos consideran que es más beneficioso para los hijos e hijas gestados tener vinculación genética con alguno de los comitentes.<sup>1063</sup>

Recogen también los autores en el Prefacio del documento que:

“Los legisladores y los responsables políticos tienen que responder a la realidad de que en el mundo de hoy los niños nacen a través de múltiples tecnologías de reproducción asistida, de las cuales la subrogación, al menos por el momento, es la más desafiante. Deben respetar los derechos de estos niños y ofrecerles un futuro libre de discriminación. Independientemente de su postura sobre la maternidad subrogada, ya sea prohibitiva o permisiva, los Estados deben crear urgentemente salvaguardias para garantizar los derechos fundamentales de los niños nacidos a través de acuerdos de maternidad subrogada. Dejar el asunto sin regular conlleva claramente graves riesgos para todas las partes implicadas y, en particular, para los propios niños.”

Cabe referir a una apreciación en cuanto a la premisa del documento, que es la del interés superior de la persona menor, recogiendo en el Preámbulo del documento que:

“Los Principios de Verona se basan en la premisa de que ningún niño debe ser desfavorecido, sufrir daños, ser castigado debido a las circunstancias de su nacimiento, ya sea mediante discriminación, explotación o cualquier otra acción que pueda privarlo de un derecho establecido en el derecho internacional. Si los

---

<sup>1062</sup> Ibidem, p.3.

<sup>1063</sup> En este sentido, op. cit. FARNÓS AMORÓS (2022) “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre la gestación por sustitución fronteriza”. *Revista de Bioética y Derecho*, 56, pp.29-54. La autora alerta de que “En ello se observa un intento de justificar la exigencia de vínculo genético entre al menos uno de los progenitores de intención y la persona nacida con base en el derecho de esta última a conocer sus orígenes. Sin embargo, ello no acaba de encajar en un contexto en que todavía muchos ordenamientos, entre ellos el español, confían en la regla general del anonimato de los y las donantes de gametos. Si bien cada vez más sectores recomiendan una profunda revisión de dicha regla y en derecho comparado se constata una tendencia a su supresión, la legislación vigente sigue preservando el anonimato. Si en algún momento se impone la revelación de la identidad del o los donantes de gametos, esta opción debería extenderse, en caso de estar permitida, a la GS, con el fin de que también pueda conocerse la identidad de la madre gestante.”, p.32.

intereses debidamente considerados de cualquier otra parte interesada entran en conflicto con el interés superior de un niño nacido por maternidad subrogada, el interés superior del niño debe ser el factor determinante para validar o invalidar cualquier decisión o curso de acción relacionado con ese niño.”

En cuanto al derecho de los niños y niñas, nacidos por estas técnicas, de conocer sus propios orígenes, los expertos se refieren también a la “información identificativa” de forma amplia, en concreto la definen como la “información acerca de los orígenes genéticos, gestacionales, sociales y legales del niño o niña”<sup>1064</sup>. La mención a este derecho aparece ya en el Principio 1 relativo al derecho a la dignidad, pues en este Principio 1 subyace la premisa de que la identidad y la dignidad son conexas y que no pueden entenderse la una sin la otra. Así:

“1.8. El derecho internacional y otras leyes nacionales pertinentes no otorgan a ninguna persona, incluidos los futuros padres en acuerdos de maternidad subrogada, el derecho a un niño. Del mismo modo, los futuros padres no deberían poder reclamar un "derecho" a la paternidad legal exclusiva y la responsabilidad parental de un niño nacido a través de la maternidad subrogada. La dignidad humana inherente del niño, el estado del niño como titular independiente de derechos. Los derechos del niño a preservar la identidad y a acceder a los orígenes y otros derechos impiden acceder a tales reclamaciones.”

También relacionado con el Principio 3, relativo al Derecho a la no discriminación de los niños y niñas concebidos por esta figura, se alude al derecho a conocer los propios orígenes como principio rector que debe ser valorado de forma concomitante a otros. Así;

"Lo anterior debe interpretarse de manera compatible con otros principios, entre otros, el interés superior del niño, la dignidad humana, la prevención y prohibición de la venta de niños y la trata de niños, la protección de la identidad y el acceso a los orígenes.” (3.2 *in fine*)

A su vez, se atiende a la necesidad de facilitar la comunicación relacionada con los orígenes biológicos en el Principio 5, que atañe a la fase previa a la subrogación (*Pre-surrogacy*) indicando que los acuerdos previos deben contener previsiones acerca de la comunicación sobre los orígenes del niño o niña (5.5).

Especialmente relevante resultan las consideraciones contenidas en el Principio 12, relativo a la comunicación del nacimiento, registro y certificación del niño o niña.

---

<sup>1064</sup> Ibidem, Glosario, p. 7

En este principio, además de proibirse la discriminación del niño o niña por razón alguna del nacimiento instando a su inmediato registro tras el nacimiento, el SSI explícitamente recoge la importancia a efectos de poder garantizar el posible acceso a los orígenes, de inscribir a todas las personas nacidas en el territorio del Estado, incluyendo los nacidos de un progenitor extranjero o los de progenitores desconocidos, debiendo figurar la máxima información posible (fecha y lugar de nacimiento, datos de la madre sustituta, de los futuros padres, así como, en su caso, de información relativa a los donantes de material genético) y se afirma que los intermediarios deben poner a disposición de los registros nacionales toda esta información.

También en su Principio 16, que versa sobre los intermediarios en el proceso de gestación, se recoge la necesidad de que estos estén obligados y acrediten estar debidamente capacitados para recopilar, almacenar y facilitar información de identidad en el contexto de la gestación por sustitución a fin de defender el derecho del niño a la identidad y el acceso a los orígenes, a lo que se añade que, según los expertos, la información de identificación debe ser tratada de acuerdo con la ley de protección de datos aplicable (16.6), exigiendo de forma correlativa a todo lo anterior en su Principio 18, relativo a la cooperación entre Estados, regiones y autoridades locales, que los Estados deben cooperar para “disuadir de todas las prácticas contrarias a los objetivos de estos Principios”, en especial a facilitar el acceso a los orígenes y a cualquier otra circunstancia que requiera una determinación del interés superior (18.2).

Uno de los principios que se plasman en el documento alude explícitamente, de forma extensa y pormenorizada al derecho a conocer los propios orígenes:

“Principio 11: Protección de la identidad y acceso a los orígenes

11.1 Todo niño debería poder disfrutar y ejercer su derecho a preservar su identidad (nacionalidad, nombre y *relaciones familiares*) con la asistencia y protección adecuadas. La capacidad del niño para preservar su identidad, incluidos sus orígenes genéticos, gestacionales y sociales, tiene un impacto continuo y de por vida en el niño y las generaciones futuras, en particular desde la perspectiva del derecho del niño a la identidad, la salud y los derechos culturales.

11.2 Los Estados tienen el deber de garantizar que todo niño nacido por maternidad subrogada tenga la oportunidad de acceder a la información relativa a su identidad, incluidos los orígenes genéticos, gestacionales y sociales. Esto debe incluir el acceso a la información como adulto. Los Estados deben prestar asistencia en este proceso.



11.3 Los acuerdos de maternidad subrogada solo deben involucrar a madres sustitutas que proporcionen información de identificación verificada y precisa sobre sí mismas, y que acepten que su información de identificación pueda transmitirse a las personas a las que dieron a luz.

11.4 El material reproductivo humano en la maternidad subrogada solo debe utilizarse de personas que proporcionen información de identificación verificada y precisa sobre sí mismas, y que acepten que su información de identificación pueda transmitirse a personas con las que tengan una conexión genética.

11.5 En los casos en que los niños nacen por maternidad subrogada, deben fomentarse los acuerdos abiertos de maternidad subrogada, a fin de salvaguardar la protección de los derechos de identidad y el acceso a los orígenes. Por consiguiente, los Estados deben alentar la *educación acerca* de los beneficios del contacto posterior al nacimiento entre el niño nacido por maternidad subrogada, la madre sustituta, los futuros padres y la familia ampliada, las personas que proporcionan material reproductivo cuando existan tales oportunidades.

11.6 Los Estados deberían garantizar la recopilación y el almacenamiento rigurosos para preservar a perpetuidad la información de identidad relativa a todos los acuerdos de maternidad subrogada. Los Estados deben aclarar bajo qué condiciones se almacenará y mantendrá actualizada la información de identidad, quién puede acceder a esta información y cuándo y cómo se puede acceder a esta información. Esto debe incluir la preservación de los datos cuando se producen cambios, como cuando los intermediarios ponen fin a su actividad.

11.7 Los Estados que permiten la maternidad subrogada deberían establecer y mantener registros y registros nacionales que contengan información sobre los orígenes genéticos y gestacionales de los niños nacidos por maternidad subrogada, a los que los niños puedan tener acceso, de conformidad con la edad y madurez del niño y con sujeción a las condiciones establecidas en la legislación nacional. Los Estados deben capacitar adecuadamente a las personas que recopilan, almacenan y facilitan información de identidad en el contexto de la maternidad subrogada.

11.8 De conformidad con el interés superior del niño, los futuros padres que lleven a cabo la maternidad subrogada deben garantizar, desde lo antes posible,

la recopilación y preservación de toda la información disponible pertinente a la identidad del niño, incluidos todos los aspectos de su origen.”

Sorprende gratamente que se erija como uno de los Principios básicos al derecho a conocer los orígenes propios, como cuestión fundamental a la identidad de la persona y de forma consustancial al derecho a su dignidad.

Muy acertada también es la exigencia de que las partes tomen conciencia de los beneficios que entraña conocer las circunstancias relativas a nuestro nacimiento y tener acceso a los datos, y, si se quiere, a las personas que han colaborado para posibilitar la existencia de la propia persona, siendo sólo posible recurrir a estas prácticas por las gestantes y personas donantes que comprendan y estén dispuestas -de forma irrevocable, entiendo- a un posible contacto ulterior por parte de la persona nacida.

A su vez, también es destacable que se exija al Estado la implementación de los mecanismos que procedan para garantizar la recopilación y la custodia “perpetua” de estos datos sensibles; también imprescindible resultara en este contexto la cooperación internacional -compartiendo principios básicos en aras de armonizar lo vital acorde con los derechos humanos- y la creación de un registro.

En conclusión, el documento integra en materia del derecho a conocer los propios orígenes los elementos que, de darse, parece que podrían proteger y garantizar el ejercicio de este derecho, que en no pocas ocasiones, queda absolutamente en un segundo plano. Posibilitar a la persona ese acceso al conocimiento y al posible contacto, tanto de la madre gestante como de los donantes intervinientes es respetuoso con su derecho; otra cosa es que la figura en sí produzca rechazo y que se planteen profundas dudas acerca de la necesidad de su regulación e inherente admisión.

## CONCLUSIONES

### **PRIMERA. – LA IDENTIDAD: CONCEPTO INDETERMINADO.**

No existe consenso entre las disciplinas respecto al concepto de identidad en su sentido más amplio o abstracto. A pesar de ello, existen distintos elementos que pueden predicarse de la noción de identidad: es un concepto multidimensional y cambiante, ligado a la persona, que hace referencia a la unicidad de cada ser humano en sí mismo considerado, como ser único y distinto de los demás.

Esta identidad define el sustrato de su ser y, junto con otros factores, condiciona el desarrollo de su genuina personalidad. La identidad, asimismo, se proyecta en distintos ámbitos. Entre ellos, hallamos la identidad de género; la identidad de las minorías étnicas; la identidad cultural; la identidad genética; o la denominada identidad digital. Sólo cuando se concreta en algún ámbito puede ser definida con mayor consenso y claridad.

### **SEGUNDA. – EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN SENTIDO ABSTRACTO NO SE SOSTIENE.**

El derecho a la identidad, creado jurisprudencialmente por la doctrina italiana, no es acogido por nuestro ordenamiento. El bien jurídico que se pretende tutelar por el derecho italiano -respeto a la forma de ser real de la persona en sus proyecciones en sociedad- en nuestro sistema jurídico se halla protegido por el derecho a la propia imagen.

En los distintos planos normativos -supranacional, comunitario, estatal y catalán- el derecho a la identidad en sentido abstracto es invocado de forma imprecisa y vaga, siempre conectado con otros derechos. El derecho a la identidad en sentido abstracto no se sostiene debido a la inconcreción en su determinación. En algunos instrumentos se alude a identidad como identificación, pero a pesar de la conexión consustancial entre estos dos conceptos, no son jurídicamente asimilables.

Con mayor profusión y detalle, los ordenamientos protegen una de las proyecciones o facetas de la identidad de la persona. Comúnmente, la identidad de género y el derecho a conocer sus propios orígenes. Además, su protección se da con mayor ahínco en el ámbito de colectivos como el de los niños, niñas y adolescentes y el de las personas con discapacidad.

**TERCERA.** – EL DERECHO A LA IDENTIDAD SE ACOGE POR LA JURISPRUDENCIA EN SUS DISTINTAS Y CONCRETAS PROYECCIONES.

El TEDH subsume la protección de la identidad en la noción de vida privada de las personas en asuntos relacionados con la identidad de género y con el derecho a conocer los propios orígenes. El TJUE ha referido al derecho a la identidad personal en relación al honor de la persona y a su reputación.

En el plano estatal, los tribunales conciben la noción de identidad personal en sentido amplio dentro del derecho fundamental a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Las resoluciones, generalmente, aluden a la protección de la identidad de género, a la protección del nombre y, también, en el ordenamiento civil catalán, a la protección de las relaciones familiares.

**CUARTA.** – LOS ORIGENES BIOLÓGICOS SON EL SUSTRATO DE LA IDENTIDAD DE LA PERSONA.

El origen genético o biológico de la persona la hace única y diferenciable de las demás, es lo que forja su propia identidad. Esta manifestación de la identidad en el plano de la genética se protege mediante el derecho a conocer los propios orígenes biológicos.

La persona ha de tener acceso a toda la información posible acerca de sus orígenes, para concebirse y entenderse como ser humano. Esta información acerca de su historia personal le pertenece y cualquier limitación o restricción a su conocimiento es contraria a Derecho. En nuestro ordenamiento jurídico existen restricciones que conculcan el derecho a conocer los propios orígenes biológicos.

**QUINTA.** – EL ACCESO A LA INFORMACIÓN BIOLÓGICA DEBE SER PROPORCIONADO SIN RESTRICCIONES.

Los instrumentos jurídicos supranacionales dotan a los Estados de gran discrecionalidad a la hora de velar por el derecho a conocer los propios orígenes, quedando su protección al arbitrio de cada Estado.

En el marco estatal el fundamento del derecho a conocer los propios orígenes se asienta también en la dignidad de la persona, así como en el derecho al libre desarrollo de su personalidad. No se protege con el principio constitucional de la investigación de la paternidad puesto que este se ciñe al establecimiento de una relación jurídica de filiación entre progenitores e hijos/as en aras de proteger a las personas menores.

El ordenamiento español no protege de forma suficiente el derecho a conocer los orígenes, más allá del acceso por parte de las personas adoptadas a la información de la que la Administración disponga acerca de sus progenitores biológicos. La posibilidad de acceso a esta información sólo por parte de las personas adoptadas no se sostiene y resulta discriminatoria para otras realidades en las que debería también imponerse legalmente el acceso a esta información.

**SEXTA.** – EL SISTEMA DE FILIACIÓN ES DETERMINANTE PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS ORÍGENES Y DEBE SER REFORMULADO CON URGENCIA.

El derecho de filiación opera en un plano distinto al del derecho a conocer los propios orígenes: una cosa es atribuir a unas personas deberes propios para con un hijo o hija y otra cosa distinta es que el hijo o hija tenga derecho a conocer a sus progenitores biológicos cuando no coinciden con los jurídicos. A pesar de abordar planos distintos se hallan profundamente conectados.

Cuando los progenitores jurídicos no coinciden con los biológicos y esta falta de coincidencia no es conocida por los hijos e hijas existe un conflicto con el derecho a conocer los propios orígenes biológicos de estos últimos. En nuestra sociedad esta circunstancia ha sido comúnmente ocultada por entender que la falta de consanguineidad era ajena a la noción de familia tradicional.

El sistema de filiación se funda en el principio de veracidad o verdad biológica y se halla anclado en el modelo familiar tradicional. Sin embargo, en la práctica, dota de gran importancia al consentimiento como título atributivo de la filiación y, en múltiples realidades, facilita el desconocimiento de los hijos e hijas de los progenitores biológicos.

Deben replantearse, y con urgencia, las bases y principios del derecho de filiación a fin de enmendar estas discordancias. Ello pasa por deconstruir el sistema y reformularlo atendiendo a la nueva realidad social, a los avances de la ciencia y teniendo en cuenta la necesidad de proteger el derecho a conocer los propios orígenes biológicos.

**SÉPTIMA.** – LA COMPROBACIÓN DE LA CORRESPONDENCIA BIOLÓGICA DE AMBOS PROGENITORES PREVIA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN.

De la mano del avance de la ciencia han proliferado nuevos modelos familiares que suponen un cambio de concepción de las relaciones de maternidad y de paternidad como las veníamos entendiendo. La tradicional figura de los padres jurídicos y consanguíneos

se ha escindido, pudiendo concurrir madre jurídica/ social/ genética/ biológica y padre jurídico/ social/ biológico.

Este desmembramiento de la tradicional figura paterna y materna que se da en múltiples realidades no tiene cabida en el esquema tradicional de filiación, que tan sólo se aleja formalmente del modelo tradicional en los supuestos de adopción y de fecundación heteróloga.

Debe plantearse la pervivencia del principio de verdad o veracidad biológica en el sistema filiatorio. Este no permite encajar otras realidades ni responde a la nueva concepción de maternidad y paternidad. El sistema filiatorio debería dar cabida a la coexistencia de progenitores jurídicos y biológicos en los supuestos en los que no se identifiquen.

De *lege ferenda*, para los supuestos de no coincidencia biológica, debe poder inscribirse en cualquier caso que esta correspondencia no existe e identificarse al progenitor biológico, sin que necesariamente en todos los supuestos esto tuviera que implicar efectos ni deberes derivados de la filiación para este último.

**OCTAVA. – DEBE EVITARSE EL DESCONOCIMIENTO DEL PADRE Y DE LA MADRE GENÉTICA.**

El progenitor masculino existe siempre en la procreación, pero, a diferencia de lo que ocurre con la madre *-mater semper certa est-* no se plantea la posibilidad de corroborar la correspondencia biológica del padre.

El ordenamiento debe promover la comprobación también de la correspondencia biológica entre el hijo y el hombre que pretenda la inscripción a su favor como padre biológico, pues la ciencia ya lo permite y es tan sencillo como la realización de la prueba de paternidad.

La asimilación entre madre biológica y genética ya no puede predicarse en los supuestos en los que la mujer gestante concibe con óvulo de donante. En estos supuestos, de *lege ferenda* esta circunstancia debe constar en el Registro Civil.

**NOVENA.** – LA NECESIDAD DE ELIMINAR LA DISTINCIÓN ENTRE FILIACIÓN MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL. LA NECESIDAD DE ELIMINAR LAS PRESUNCIONES MATRIMONIALES.

En la reformulación del sistema de filiación, de *lege ferenda*, no debe existir distinción alguna entre filiación matrimonial y no matrimonial. La distinción se sustenta en la aplicabilidad en la primera de las presunciones de paternidad del marido de la madre que operan en orden a determinar la filiación. Estas presunciones son absolutamente anacrónicas, se basan en una normalidad inexistente y son discriminatorias hacia la mujer puesto que encierran un sesgo de género preocupante. No deben mantenerse y deben ser eliminadas.

Otra figura que pervive relacionada con la anterior, es la *exceptio plurium concubentium* que opera en el plano judicial y, además, se halla regulada expresamente en el derecho civil catalán. Esta figura es manifiestamente contraria a la dignidad de la mujer y no debe tampoco mantenerse.

**DÉCIMA.** – LA CONFIGURACIÓN DE UNA ACCIÓN PROCESAL PARA CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS.

De *lege ferenda*, se propone la configuración de una acción procesal encaminada a la averiguación de los orígenes biológicos, al margen de las acciones propias en materia de filiación -reclamación e/o impugnación de la filiación-.

Esta acción declarativa tendría por objeto conocer estos orígenes y no llevaría aparejados los efectos propios de la filiación, puesto que se plantea exclusivamente en el plano del derecho a conocer los orígenes de la persona que la formula. Esta acción procesal debería ser personalísima e imprescriptible.

La pretensión que perseguiría es la de esclarecer si los progenitores a los que se ha atribuido la filiación coinciden con los biológicos y, en caso negativo, debería procederse al contraste con la información de que la Administración disponga para facilitar algún dato acerca de sus progenitores biológicos.

Tan sólo se prevé la existencia de procedimientos administrativos tendentes a facilitar la información de los orígenes biológicos a las personas adoptadas. Sin embargo, esta opción debería ser extrapolada a otras realidades, aunque fuera en el seno de un proceso judicial.

**DECIMOPRIMERA. – EL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA NO DEBE PODER TENER ACCESO AL REGISTRO CIVIL.**

La figura del reconocimiento de complacencia es a todas luces rechazable, además de que su propia definición enmascara tintes de discriminación hacia la mujer. El reconocimiento de complacencia no debe poder tener acceso al Registro Civil.

La delimitación acogida por los Tribunales entre reconocimiento de complacencia y el denominado “reconocimiento de conveniencia” no se sostiene. Esta distinción no salva los posibles efectos adversos para con el hijo o hija y la madre, puesto que se permite la impugnación de la paternidad al progenitor mendaz dentro de los plazos de caducidad previstos.

El único modo de evitar y blindar este reconocimiento falaz es corroborando la pretendida filiación biológica con una prueba científica -ADN-. Es cierto que ello supondría que todos los reconocimientos efectuados en el Registro Civil deberían ser contrastados, pero este sería el único modo de comprobar la correspondencia biológica cuando el reconocedor así la pretende.

**DECIMOSEGUNDA. – MODIFICACIONES DE *LEGE FERENDA* EN TORNO A LA ADOPCIÓN.**

La adopción no debe ser sometida a publicidad restringida puesto que esta promueve el desconocimiento. La adopción debe atender al interés superior de la persona adoptada, y no servir a los intereses de los adoptantes. La posible relación con la familia de origen no debería ser rechazada puesto que la conexión con la misma puede resultar beneficiosa para la persona adoptada.

El derecho español debe imponer legalmente a los progenitores la obligación de informar a los hijos e hijas de que fueron adoptados, tal y como ya prevé el derecho catalán. Ambos ordenamientos deberían incluir una sanción a su contravención para que el cumplimiento del mandato pudiera ser coercible y los hijos e hijas resarcidos en caso de ocultación.

Una vez la persona conoce que es adoptada debería poder iniciar el trámite administrativo para poder tener acceso a la información de sus orígenes con independencia de su edad. No puede restringirse el acceso hasta la mayoría de edad ni imponer durante la minoría de edad la necesaria representación de sus progenitores. Lo que debe procurarse es que las personas menores que cuenten con suficiente capacidad natural tengan a su disposición asesoramiento profesional especializado para



acompañarlos en esta averiguación. La imposición de una edad como criterio objetivo supone una restricción que jurídicamente no se sostiene.

**DECIMOTERCERA. – MODIFICACIONES DE *LEGE FERENDA* EN TORNO AL RECURSO A LAS TRHA CON INTERVENCIÓN DE DONANTE: LA NECESARIA ABOLICIÓN DEL ANONIMATO.**

Del mismo modo que la adopción, si el hijo o la hija ha nacido fruto del recurso a las TRHA con material de donante esta circunstancia debe tener acceso al Registro Civil y esta circunstancia no debe ser sometida al tratamiento de publicidad restringida. El recurso a la fecundación heteróloga ha de constar en el Registro Civil, derogando la norma que prevé expresamente que este dato no conste. Cualquier restricción atiende a los intereses de los progenitores, pero desatiende a los derechos de los hijos e hijas a conocer sus orígenes biológicos.

De forma correlativa a la adopción y con las mismas precisiones efectuadas en la anterior conclusión, los progenitores deben tener la obligación legal de informar a los hijos e hijas de esta circunstancia.

En los supuestos de doble maternidad debe hacerse constar si alguna de las madres ha aportado su material genético.

Debe abolirse de una vez por todas el anonimato del/la donante. De *lege ferenda* los donantes deben consentir de forma irrevocable la revelación de sus datos para que la persona nacida pueda, si lo quiere, cuando cuente con la capacidad natural necesaria, conocer de dónde procede e incluso, si es el caso, contactarle.

Es injustificable y vergonzoso que el Estado español haya demorado el cumplimiento del mandato legal de crear un Registro de donantes por más de treinta años. Este Registro debe ser implementado sin más demora.

**DECIMOCUARTA – LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y EL DESAMPARO EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.**

Con motivo de esta forma de procrear los niños y niñas que son traídos a España se hallan en una situación de inseguridad jurídica y deben ser protegidos. La sanción de nulidad prevista por el nuestro ordenamiento no disuade a los comitentes de la práctica de la misma.

Los nacidos por esta figura deben poder tener acceso a conocer quién es la madre biológica -gestante- y quiénes son sus progenitores genéticos. El componente internacional no hace más que contribuir y potenciar el desconocimiento y la imposibilidad de rastreo de esta información.

Que a los comitentes les pueda ser atribuida la filiación depende fundamentalmente de si uno de ellos es hombre y la mujer gestante -madre biológica- fue fecundada con su material. Si es así, el hombre podrá reclamar la filiación. A la mujer le queda el recurso a la adopción. No queda claro qué ocurre si la persona nacida no comparte material genético con ninguno de los comitentes. Esta inseguridad jurídica es contraria al interés superior de la persona menor.

Debería regularse qué ocurre en este supuesto, más allá del rechazo del ordenamiento. Así, a los solos efectos de proteger a las personas menores debería regularse la situación de los niños y niñas que se hallan en esta situación en aras de que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública mantenga y promueva unos criterios claros en relación a las inscripciones en el Registro Civil de las personas menores afectadas.

**DECIMOQUINTA. – IMPOSIBILIDAD DE SALVAGUARDAR EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES EN LA AUTOINSEMINACION Y EN LOS ACUERDOS DE PROCREACIÓN.**

El recurso a otros mecanismos para convertirse en madre o en progenitores como la autoinseminación o como los acuerdos de pluriparentalidad, no ofrece ninguna garantía respecto al derecho que nos ocupa. Dependerá de la voluntad de la madre o de los progenitores que el hijo o la hija engendrado/a con material de tercero conozca esta circunstancia. A pesar de que se la revelen, tampoco se puede asegurar que el hijo o hija pueda tener acceso a algún dato real acerca de este donante.

En estos casos el derecho que nos ocupa no puede ser garantizado y difícilmente el ordenamiento puede poner coto o disuadir a los interesados en el recurso a estas figuras. Aquí la posibilidad de conocimiento de los orígenes biológicos queda al albur de la sensibilidad de las personas implicadas entorno a la necesidad del hijo o hija de conocer esta información, que le pertenece, que integra su historia vital y que conforma e integra su identidad.

**DECIMOSEXTA. – NECESIDAD DE PROMOVER EL RECONOCIMIENTO Y SENSIBILIZACIÓN SOCIAL RESPECTO AL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS.**

No existe en la sociedad una suficiente sensibilidad acerca del derecho a conocer los orígenes de los hijos o hijas. El reconocimiento de este derecho y su real protección pasan por escuchar a las personas que desconocen o desconocían a sus progenitores biológicos y entender cuál es la base o el sentido de este derecho, esto es, el necesario acceso a la información básica y vital para la propia persona, que le permita concebirse a sí misma, comprender de dónde procede y poder acceder a conocer información con la que la generalidad de personas cuenta.

Y todo ello ya no sólo por contar con información relativa a la salud de la persona, sino también porque es incontestable que las personas debemos poder saber quién conforma parte de nosotros, completar nuestra historia, contar con todas las piezas precisas para poder conocer nuestro ser persona y comprender el modo en el que concebimos el mundo, nuestra forma de ser distinta y genuina, esto es, nuestra singular identidad.

## BIBLIOGRAFÍA

ABAJO-LLAMA, S. / BERMANT, C. / CUADRADA-MAJÓ, C. et al. (2016) “Ser madre hoy: abordaje multidisciplinar de la maternidad desde una perspectiva de género”. *Musas*, Vol. 1, n°2, pp.20-34.

ADAMS, J. et al. (2018) *Adopción internacional y búsqueda de los orígenes: Guía para adoptados*. Australia, Servicio Social Internacional (SSI).

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), CONSEJO DE EUROPA (2015) *Manual de legislación europea sobre los derechos del niño*. Consultable en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_rights\\_child\\_SPA.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_SPA.PDF) (última consulta 25/07/2022).

AL-ADIB MENDIRI, M. (2018) “Gestación Subrogada desde una perspectiva biomédica: lo que el debate científico puede añadir a la discusión ética”. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas* n°28, pp.14-19

ALES URÍA ACEVEDO, M.M. (2020) “La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo. Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada”. *Dikaion*, V.29, 1, pp. 39-65.

ALES URÍA ACEVEDO, M. M . (2012) *El Derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo blanch.

ALGORA WESOLOWSKI, M.R. (2022), “¿Pequeñas discriminaciones sin importancia?”. *Revista El Notario del Siglo XXI*, n°105, septiembre-octubre 2022.

ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003) *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*. Thomson Aranzadi., pp.69-82.

ALKORTA IDIAKEZ, I. (2015) “La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo” en BENAVENTE MOREDA, P. / FARNÓS AMORÓS, E. (Coords.) *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*. Monográfico del Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, n°2179, p. 67.

ALKORTA IDIAKEZ, I. / FARNÓS AMORÓS, E. (2017) “Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio”. *Oñati Socio-legal Series*, v.7, n°1, pp. 148-178.

ALPA, G. (2015) *Manuale di Diritto privato*. 9° edición, Wolters Kluwer.

ALPA, G. (2021) *Il diritto di essere se stessi*. La navi di Teseo.

ÁLVAREZ ESCUDERO, R. (2019) *Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación*. Thomson Reuters.

ÁLVAREZ PLAZA, C. / PICHARDO GALÁN, J.I. (2017) “Mercancía o don: Bancos de semen y autonomía reproductiva”. *Revista de Antropología Iberoamericana*, Vol. 12, nº3, pp.339-363.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2015) *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*. (5th. Ed.). Washington, DC.

AMMERMAN YEBRA, J. (2017) *Las madres solas ante los tribunales, la administración y las leyes ¿se perpetúa la discriminación?* Tirant lo blanch.

AMMERMAN YEBRA, J. (2018) “El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº8, bis (extraordinario).

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2021) *Tiempo de verdad y de justicia. Vulneraciones de derechos humanos en los casos de “bebés robados”*. Consultable en: <https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2021/03/Informe-beb%C3%A9s-robados.pdf> (última consulta 15/06/2022).

AMORÓS I MARTÍ, P./ FUERTES, J./ PAULA, I., (1996) “La búsqueda de los orígenes en la adopción”. *Anuario de psicología / The UB Journal of psychology*, Núm. 71, p. 107-120.

ANDERSON, E. (1990) “Is Women’s Labor a Commodity?”. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 19, No. 1, pp. 71-92.

ANDRES IRAZAZÁBAL, C. / HERNÁNDEZ CATALÁN, G. (2006) *Filiación, adopción y otras formas de protección de menores*. Wolters Kluwer.

ANDREU MARTÍNEZ, M.B. (2018) “Los menores y sus derechos en la sociedad digital” en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO / PIÑAR MAÑAS (Dirs.) *Sociedad Digital y Derecho, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo*. pp. 417-437.

ANDREU MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>.B. (2019) “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana nº10 bis*, junio 2019, pp. 64-85.

ANG, F./ BERGHMANS, E. et al. (2006) *Participation Rights of Children*. Intersentia, Oxford.

ARAGÓN SÁNCHEZ, G. / BAGLIETTO, C. / JEANNIN, C. et al. (2019) *Guía para la valoración de las actividades de los organismos acreditados en los países de origen*. Servicio Social Internacional (SSI), Dirección General de Servicios para las Familias y la Infancia. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social de España.

ARECHEDERRA, L. (2017), *Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación*. Monografías de Derecho Civil, Dykinson.

ARCE JIMENEZ, C. (2022) “Desafíos para la ciudadanía y el sistema de los derechos fundamentales en la era digital”. *Derechos y Libertades*, nº46, *Época II*.

ARCIERO, G. (2003) *Estudios y diálogos sobre la identidad personal. Reflexiones sobre la experiencia humana*. Amorrortu editores, Buenos Aires. pp. 35-67.

ARENDT, H. (1958) *La condición humana*. The University of Chicago.

ARISTÓTELES (2014), *Metafísica*. Traducido por Tomás Calvo Martínez, Gredos.

ATIENZA, M. (2022) “Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca”. *Revista Bioética y Derecho*, 56, pp.107-124.

AUMEND, S.A. / BARRET, M.C. (1984) “Self-concept and attitudes toward adoption: A comparison of searching and non-searching adult adoptees”. *Child Welfare*, nº 63, pp.251-259.

ÁVILA BRAVO-VILLASANTE, M. (2018) “La importancia del lenguaje en el proceso de reificación de las mujeres”. *Asparkía*, 33, pp.101-115.

BAUMAN, Z. (2000) *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.

BAUMAN, Z. (2005) *Identidad*. Lozada, Buenos Aires.

BAGLIETTO, C., CANTWELL, N., DAMBACH, M. (Eds.) (2016). *Respondiendo a las adopciones ilegales: Un manual para profesionales*. Ginebra, Suiza: SSI; pp. 35-134.

BALLESTEROS, J. (2001) “Identidad personal y técnicas de reproducción asistida”. *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, 2, pp. 137-150.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2008) “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 17/2008.

BARBER CÁRCAMO, R. (2010) “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *REDUR* Nº8, pp. 25-37.

BARBER CÁRCAMO, R. (2014) “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”. *Derecho Privado y Constitución*, nº28, enero-diciembre 2014, pp. 93-136.

BARNETT-JONES, B., MANNING, C., (2021). *Modernising post- adoption contact: findings from a recent consultation*. London: Nuffield Family Justice Observatory.

BARTOLOMÉ TUTOR, A., (2016) El derecho a la identidad en MARTÍNEZ GARCÍA, C (Coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Aranzadi, pp. 726-743.

BARTOLOMÉ TUTOR, A. (2018) “Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data”. *Revista iberoamericana de bioética*, 6, pp.1-5.

BASCUÑANA GARDE, M. (2018) “Gestación subrogada: Aspectos emocionales y psicológicos de la mujer gestante”. *Dilemata Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº28, pp.41-49.

BASSOLI, E. (2012). *Come difendersi dalla violazione dei dati su internet. Diritti e responsabilità*. Maggioli Editore.

BATUECAS CALETRÍO, A. (2022) “El Derecho a la identidad y la identidad digital”. *Anuario Derecho Civil (ADC)*, tomo LXXV, fasc. III (julio-septiembre), pp. 923-986.

BELTRÁN DE FELIPE, M. (2010) “¿Qué es el derecho a la identidad?” en ALAMILLO DOMINGO, I. et. al., *Robo de identidad y protección de datos*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.

BENAVENTE MOREDA, P. (2017) “Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación) en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. *Oñati Socio-Legal Series vol. 7*, Oñati International Institute for the Sociology of Law.

BENAVENTE MOREDA, P. / FARNÓS AMORÓS, E. (Coords.) (2015) *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*. Monográfico del Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, nº2179, p. 89-90; 124-164.

BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A./ GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Esta es tu historia. Identidad y comunicación sobre los orígenes en adopción*. Universidad Pontificia de Comillas.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014) “Paradojas de la vida”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº 3/2014*, BIB 2014\1533.

BERGER, P.L. / LUCKMAN, T (1969) *La realtà come costruzione sociale*. Il Mulino, p.235.

BESSION, S. (2007) “Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights”. *International Journal of Law, Policy and the Family*, n° 21, pp. 137–159.

BIGGLIAZI GERI, L./ BUSNELLI, F./ BRECCIA, U./ NATOLI, U. (1987) *Diritto Civile. Vol.I*, Utet, pp.168 y ss.

BLAUWHOFF, R.J. (2009) *Foundational facts, relative truths. A comparative law study on children’s right to know their genetic origins*. Intersentia.

BOCCHINI, F / QUADRI, E. (2014) *Diritto privato*. Quinta edizione, Giappichelli.

BORDIEU, P. (1985) *¿qué significa hablar? Lenguaje y poder simbólico*. Ediciones Akal.

BOSCH CAPDEVILA, E. (2020) “L’estat civil i el Registre Civil” en VAQUER ALOY, A. (Coord.) et al. *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Atelier, pp. 236-241.

BOUCHER (2017) *Cómo puede cambiar nuestra vida la tecnología de la cadena de bloques*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo.

BRANDER, P- et al. (2020) *Compass – Manual for human rights education with young people*. 2n edition, Council of Europe Publishing, p. 482.

BRODZINSKY, D.M. / SCHECHETER, M.D. / HENIG, R.M. (1993) *Being adopted. The lifelong search for self*. Anchor Books, pp. 15-16.

BRUGGEMAN, M. / SOLÉ RESINA, J. (Dirs.) (2017) *Être parents - Ser padres*. Toulouse: Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, pp.63-104.

BUCHANAN, A. / BROCK, D.W./ DANIELS, N. / WIKLER, D. (2000) *From Chance to Choice. Genetics & Justice*. Cambridge University Press.

BUCCISANO, O. (1982), Soggettività e diritto all’identità personale en *Atti dil seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica P. Calamendrei di Messina, 16 aprile 1982*. Milano -Dott.A.Giuffrè editore, pp. 159-168.

BUTIERREZ, L.F. (2020) *Heidegger y la identidad personal*. Prometeo Editorial, Buenos Aires.

BUTLER, J. (1997). *Lenguaje, poder e identidad*. Síntesis.

BUTLER, J. (2008) *Deshacer el género*. Paidós.



CADENAS OSUNA, D. (2022) “La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea”. *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXXV, fasc. I, pp. 69-114.

CADENAS OSUNA, D. (2020) “Determinación de la segunda maternidad por naturaleza en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida” en GALLARDO

RODRÍGUEZ, A. / ESTANCONA PÉREZ, A.A. / BERTI DE MARINIS, G. (Coords.) *Los Nuevos retos del derecho de familia*. Tirant lo blanch.

CAHN, N.R. (2012) *The New Kinship: Constructing Donor-Conceived Families*. NYU Press.

CAMPILLO ÁLVAREZ, J. E. (2021) *La consciencia humana*. Editorial Arpa.

CASADO, M. / NAVARRO-MICHEL, M. (Coords.) (2019) “Documento sobre gestación por sustitución”. *Observatori de Bioètica i Dret*, Universitat de Barcelona.

CASTILLO AGUIRRE, D. (2021) “¿Quién soy? Reflexiones sobre el derecho humano a la identidad de los niños y niñas adoptados” en HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, E. / LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M.T. / PÉREZ ADROHER, A. *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*. Dykinson, p.1351.

CANADIAN PAEDIATRIC SOCIETY STATEMENT (2001) “Understanding adoption: A developmental approach”. *Paediatr Child Health*, Vol. 6.

CARAPELLE, R. (1986) “Diffamazione a partito político e diritto di querela”. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (2021) *Reproducción humana asistida y anonimato: ¿Violación o excepción al principio de verdad biológica?* Thomson Reuters Aranzadi, p. 24-27.

CEDIEL SERRA, A. (2019) Residencia Fiscal Virtual, Identidad Digital y Criptomoneda en LUCAS DURÁN (Coord.) *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*. Ministerio de Hacienda del Gobierno de España, nº 6/2019, pp. 176-180.

CHAUDRON, S. y EICHINGER, H (2018) *Eagle-eye on Identities in the digital world*. Joint Research Centre (JRC). Publications Office of the European Union.

CIFUENTES, S. (2001) “El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido”. *Revista argentina jurídica La Ley*. pp. 759.

CLARK, B. (2012) “A Balancing Act? The Rights of Donor-Conceived Children to Know Their Biological Origins”. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, V. 40, nº3, p.660.

COHEN, G. / FARNÓS AMORÓS, E. (2014) *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación coloquio jurídico europeo. Madrid, p.137.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020) *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*. Consultable en:

<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf>

(última consulta 28/11/2022)

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2018) *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Consultable en:

[http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf) (última consulta 12/01/2023)

COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (2016) *Dret a conèixer els orígens biològics i genètics de la persona*. Generalitat de Catalunya. Consultable en:

<https://canalsalut.gencat.cat/ca/sistema-de-salut/el-sistema-de-salut-de-catalunya/ambits-dactuacio/comite-de-bioetica-de-catalunya/recursos/documents/reproduccio-i-inici-de-vida>

(última consulta 28/11/2022).

COOPER, C.R. (1994) “Cultural perspectives on continuity and change in adolescents relationships” en MONTEMAYOR, R. / ADAMS, G.R. / GULLOTTA, T.P. (Eds.) *Advances in adolescent development: Personal relationships during adolescence*. Thousand Oaks, pp-78-101.

COSTA-LASCOUX, J. (2003) *Mujer, procreación y bioética* en DUBY, G. / PERROT. M., *Historia de las mujeres*. Vol. 5 El siglo XX. Taurus, pp. 644-666.

CRESPO, M. (2016) “Fenomenología, sentimientos e identidad. La contribución de la fenomenología husserliana de los sentimientos a la cuestión de la identidad personal”. *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 33, núm. 2 (2016). p.p. 605-617.

CUBILLOS VEGA, C. / MEDINA PLANA, R. / KONVALINKA, N. (2016) “Orígenes y revelación: entre derechos e intereses” en JOCELES RUBIO, M.I. et al. *Revelaciones, filiaciones y biotecnologías. Una etnografía sobre la comunicación de los orígenes a los hijos e hijas concebidos mediante donación reproductiva*. Edicions Bellaterra.

DE CUPIS, A. (1949). *El derecho a la identidad personal. Primera Parte: el derecho a un nombre*. Giuffrè editore, Milan.

- DE CUPIS, A. (1952) La verità nel diritto. *Foro italiano*, Vol IV.
- DE CUPIS, A. (1961) *Trattato di diritto Civile e commerciale, I diritti della personalità*. Vol. II. Milano-Dott.A.Giuffrè editore.
- DE CUPIS, A. (1982) “Bilancio di un’esperienza; il diritto all’identità personale” en *Atti del seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica P. Calamendrei di Messina, 16 aprile 1982*. Milano -Dott.A.Giuffrè editore. , pp. 187-197.
- DE LAS CASAS LEÓN, M.E. (2021) *Las máximas “mater semper certa est” y “conceptus pro iam nato habetur”: su evolución hasta el derecho actual*. Dykinson, p.239.
- DE LORA, P. / GASCON, M. (2008) *BioÉtica. Principios, desafíos, debates*. Alianza Editorial, pp. 15-59.
- DE LORENZI, M. (2016) “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español ¿una materia pendiente?”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº1, pp.101-122.
- DE MELO MARTÍN, I. (2014) “The ethycs of Anonymous gamete donation: Is there a right to know one’s genetic origins?”. *Hastings Center Report* 44, nº2, pp. 28-35.
- DEL ÁGUILA TUESTA, F.R. (2014) “Identidad genética y filiación”. *VOX IURIS*, 28(2), Lima pp. 225-249.
- DELICADO-MORATALLA, L. (2021) “El embarazo es una máquina, no una mujer. Deshumanización y sexismo misógino en el planteamiento favorable al «trabajo gestacional»”. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, 10, pp.41-50.
- DELPLACE, M. (2006) Participation in adoption en ANG, F. / BERGHMANS, E. et al., *Participation Rights of Children*. Intersentia, Oxford.
- DERRIDA, J. (1967) *De la grammatologie*. Collection Critique, Les Editions de Minuit, París.
- DÍAZ FRAILE, J.M. (2019) “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, nº1, enero- marzo 2019, pp. 53-131.
- DÍEZ-PICAZO, L. (Coord) *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Thomson Reuters Aranzadi.
- DU, J./ KERKHOF, P./ VAN KONINGSBRUGGEN, G. M. (2021) “The reciprocal relationships between social media self-control failure, mindfulness and wellbeing: A longitudinal study”. *PLoS ONE*, Vol. 16 (8).

DESCARTES, R. (2010) *Discurso del método*. Traducido por Manuel García Morente, Austral, 2010.

DUPLÁ MARÍN, M. T. (2019) “El presente del pasado: el principio mater semper certa est y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida”. *Revista Internacional de Derecho Romano*, nº22, abril 2019, pp.289-325.

DUPLÀ MARÍN, M<sup>a</sup> T. (2021) *El principio mater semper certa est ¿A debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias*. BOE Anuarios de Derecho, 2021, pp. 883-890.

DURÁN RIVACOBBA, R. / CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2012) “Las desigualdades jurídicas entre las filiaciones adoptiva y por naturaleza”. *Revista de Derecho Privado y Constitución*, nº26, enero-diciembre 2012, pp. 9-63.

EGEA I FERNÁNDEZ, J. / FERRER I RIBA, J. (Dir.) (2014) *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*. Atelier.

ERIKSON, E. (1956) “El problema de la identidad del yo”. *Journal of the American Psychoanalytic Association*. vol. IV, pp. 56-121.

ERIKSON, E. (1963) *Infancia y sociedad*. W W Norton & Company, New York.

ERIKSON, E. (1994) *Identidad: juventud y crisis*. W W Norton & Company, New York.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. (2013) “Identidad genética y libertad de ciencia”. *AFDUAM nº17*, p.39-74.

ESTRADA ALONSO, E. (1988) *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo*. Cuadernos Civitas.

FALZEA, A. (1985), “Il diritto all’identità personale: motivi di perplessità” en la obra *La lesione dell’identità personale e il danno non patrimoniale*. Milano-Dot.A.Giuffrè Editore, fruto del Congreso de Messina de 1982.

FARNÓS AMORÓS, E. (2007) “¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec, 4<sup>a</sup>, de 7.3.2006”. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 1.07.

FARNÓS AMORÓS, E. (2007) “Evans v. The U.K. (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja”. *Indret Revista para el análisis del Derecho*, 2.07.

FARNÓS AMORÓS, E. (2010) “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, nº 1/2010, enero 2010.

FARNÓS AMORÓS, E. (2012) Reproducción asistida, género y derecho: de la maternidad subrogada a los conflictos sobre embriones en CASADO, M. / ROYES, A. (Coords.) *Sobre Bioética y Género*. Observatori de Bioètica i Dret UB, Civitas Thomson Reuters, pp. 195-198.

FARNÓS AMORÓS, E. (2015) “Anonimat del donant o dret a conèixer els orígens?”. *Butlletí del Comitè de Bioètica de Catalunya*.

FARNÓS AMORÓS, E. (2015) “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”. *Anuario Derecho Civil (ADC)*, tomo LXVIII. Fasc. I.

FARNÓS AMORÓS, E. (2011) *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Atelier.

FARNÓS AMORÓS, E. (2016) “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”. *Revista de Bioética y Derecho*, nº 36, pp. 93-111.

FARNÓS AMORÓS, E. (2016) “Gènere i dret de família: una lectura de la filiació a partir del Llibre segon del Codi civil de Catalunya”. *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16, pp. 81-99.

FARNÓS AMORÓS, E. (2017) “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”. *Revista Bioética y Derecho*, 40, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, pp.231-242.

FARNÓS AMORÓS, E. (2022) “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”. *Revista Bioética y Derecho*, 56, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, pp.29-54.

FARNÓS AMORÓS, E. (2022) “La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual”. *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXXV, 2022, fasc. III (julio-septiembre).

FABRE, C. (2006) *Whose body is it anyway? Justice and the Integrity of the Person*. Oxford University Press.

FARRÉ LÓPEZ, P. (2008) *El derecho de rectificación: un instrumento de defensa frente al poder de los medios*. La Ley.

FEMENÍA LÓPEZ, P. J. *La determinación de la filiación “en interés del menor”: “turismo reproductivo” y nuevos modelos de familia*. Dykinson.

FERRUCCI, P. (1997) *Nuestros maestros los niños*. Emecé.

FÉRNANDEZ-ARROJO, M. (2020) “El impacto de las técnicas de reproducción asistida en el derecho de filiación en España. Desafíos y contradicciones ante el interés superior del menor”. *Rivista di Scienze Giuridiche*, 3/2020, pp. 98-136.

FERNANDEZ CODINA, G. (2019) *Gestación subrogada. Crítica a sus críticas. Sobre porqué es moralmente lícita y legalizable*. Bosch Editor.

FERNÁNDEZ BURGUEÑO (2012) “Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación online”. *adComunica. Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº3.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2016) *Tesis doctoral inédita: el derecho a la identidad: tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*. Universidad de Cantabria.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2017) “La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos”. *Revista de Derecho UNED*, nº 21.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) “La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos”. *Revista de Derecho de Familia* núm. 87/2020, Aranzadi (BIB 2020/11697).

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) “Nuevos factores jurídicos para la reforma del anonimato del donante de gametos en el Siglo XXI”. *Diario La Ley*, nº9548, Sección Doctrina (LA LEY 14636/2019).

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2021) “La correcta identificación del recién nacido como medida de protección del derecho a la identidad” en GALLARDO RODRÍGUEZ, A. et al. *Los Nuevos retos del derecho de familia*. Tirant lo Blanch, p. 417-432.

FERNANDEZ GARCÍA, R.M. (Coord.) et al. (2014) *Neuropsicología del abandono y el maltrato infantil*. Hilo Rojo ediciones.

FERNÁNDEZ GARCÍA, S. / HERNÁNDEZ CORROCHANO, E. / KONVALINKA, N.A. / SÁNCHEZ MOLINA, R. (2018) “La gestación subrogada bajo prismas diferentes, Cuatro corrientes de análisis para un mismo tema”. *Antropología Experimental*, nº18, Universidad de Jaén, pp.319-335.

FERNÁNDEZ LÓPEZ-MINGO, R.D. (2022) “Experiencia vivencial de mujeres españolas que optan por la subrogación como camino hacia la maternidad”. *Nure investigación*, Vol.19 (116).

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1950). *Tesis: Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992). *El derecho a la identidad personal*. Astrea.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1996). “Daño al proyecto de vida”. *Derecho PUCP*, (50), pp.47-97.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1997). “Daño a la identidad personal”. *THEMIS Revista De Derecho*, (36), pp.245-272.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2001). “¿Qué es ser «persona» para el Derecho?”. *Derecho PUCP*, (54), pp.289-333.

FISHER, F. (1973) *The search for Anna Fisher*. Michael Dempsey, London.

FLORIT FERNÁNDEZ, C. (2021) “Kidfluencers: menores de edad emancipados autónomos en internet”. *Actualidad Civil n°2, Sección Persona y derechos, A fondo*, febrero 2021, Wolters Kluwer. (LA LEY 2180/2021).

FORCADA RUBIO, A. (2019) *La autoinseminación: decisiones reproductivas privadas y formación de relaciones familiares*. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, pp.346-354.

FRASQUET AIRA, R.M. (2018) “Elecciones reproductivas, anonimato y parentesco: discursos, estrategias e implicaciones para las ‘madres solteras por elección’”. *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2018/2, papel 196, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), UPV/EHU Press.

FREEMAN, M. (1996) “The new birth right? Identity and the child of the reproductive revolution”. *International Journal of Children’s Rights*, v.3, pp. 273-297.

FREEMAN, T. / JADVA, V. / KRAMER, W./ GOLOMBOK, S. (2009) “Gamete donation: parents’ experiences of searching for their child’s donor siblings and donor”. *Human Reproduction*, V. 24, n°3.

FREEMAN, T. (2015) “Gamete donation, information sharing and the best interests of the child: an overview of the psychosocial evidence”. *Monash Bioeth Rev*, v. 33, p. 45-63.

FROMM, E. (1988) *El miedo a la libertad*. 9ª edición, Paidós, Buenos Aires.

FUGARDO ESTIVILL, J.M. (2018) *Familias monoparentales y relaciones de convivencia*. Volumen III, Parte segunda, Filiación. Tirant lo Blanch, pp. 88-93.

- GADAMER, H.G (1994) *Hombre y lenguaje. Verdad y Método II*. Salamanca.
- GALLARDO RODRÍGUEZ, A. et al. (2021) *Los Nuevos retos del derecho de familia*. Tirant lo blanch.
- GALLO VÉLEZ, A.S. (2017) *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español, Monografías de Derecho Civil*. Dykinson.
- GAMERO, R. (2009) “La configuración de la identidad digital”. *Revista notaenter-IE*, nº131.
- GARCÍA ALVAREZ, M.R. (2017) “Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física”. *Trabajo y Derecho*, nº35, Sección Estudios, noviembre 2017, Wolters Kluwer.
- GARCÍA CAPILLA, D. / CAYUELA SÁNCHEZ, S. (2020) “Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía”. *Revista de Filosofía*, 45 (1) pp.27-46.
- GARCÍA MANRIQUE, R. / IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2018) *El cuerpo diseminado: estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Civitas.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.) (2019) *Mujer, maternidad y derecho, V Congreso sobre la feminización del Derecho, Carmona V*. Tirant lo blanch.
- GARCÍA RUBIO, M.P. / HERRERO OVIEDO, M. (2018) “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52, pp.67-89.
- GARCÍA RUIZ, Y. (2015) “Sin registro de donantes de gametos: cerca de treinta años esperando su creación”. *IUS ET SCIENTIA*, Vol. 1, No. 1, pp. 41-52.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D. (2018) “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 103-130.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. et al. (2006) *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, p. 19.
- GARRIGA GORINA, M. (2000) *La Adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*. Aranzadi Editorial, pp. 247-255.
- GARRIGA GORINA, M. “Dret a la informació sobre el propi origen” en EGEA I FERNÁNDEZ, J./ FERRER I RIBA, J. (Dir.) (2014) *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, Atelier.



GERGEN, K.J. (1997) *El yo saturado. Dilemas de identidad en el mundo contemporáneo*. Paidós, Buenos Aires.

GETE-ALONSO, M.C. (2003), *Determinación de la filiación en el código de familia de Catalunya*. Tirant lo blanch.

GETE-ALONSO, M.C. (Dir) / SOLÉ RESINA, J. (Coord.) (2013) *Tratado de Derecho de la persona física*. Tomo I. Thomson Reuters Aranzadi.

GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2014) *Filiación y potestad parental*. Tirant lo blanch, pp. 115-127.

GETE-ALONSO, M.C. (2017) “Expresiones jurídicas del ejercicio de la identidad personal y de la autodeterminación”. *Joaçaba*, v. 1º, p. 661-678.

GETE ALONSO, M.C. (2017) “Identidad e identificación de la persona” en la obra TORRES GARCÍA, T.F (dir.), INFANTE RUIZ, F.J. y otras (coord.) *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*. Tirant lo blanch. pp. 83-144.

GETE-ALONSO, M.C. (2018) “La inscripción de nacimiento en la ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad”. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1, pp. 34-43.

GETE-ALONSO, M.C. (2020) “Aproximación a la identidad digital. Situación de la persona menor de edad” en SOLÉ RESINA, J. / ALMADA MOZETIC, V. (Coords.) *Protección de los menores de edad en la era digital*. Juruá editorial, p.80

GETE-ALONSO, M.C. / SOLÉ RESINA, J. (2021) *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*. Tirant Lo Blanch.

GHEZZI, A./ GUIMARES PEREIRA, A./ VESNIC-ALUJEVIC, L. (2014), *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. Palgrave Macmillan, p.12.

GIACOBBE, G. (1982). “La lesione dell’identità personale e il danno non patrimoniale” en *Atti dil seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica P. Calamendrei di Messina*, 16 aprile 1982. Milano -Dott.A.Giuffrè editore.

GIARDINA, F. (2012) “Delle persone fisiche” en BARBA A. / PAGLIANTINI, S. (Coords.) *Commentario del Codice Civile*. Utet, p.22.

GINSBURG, F. y RAPP, R. (1995) *Conceiving the New World Order. The Global Politics of Reproduction*. University of California.

GIONES-VALLS, A./ SERRAT-BRUSTENGA, M. (2010) “La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital”. *Textos universitaris de biblioteconomia i documentació*, nº24, Universitat de Barcelona.

GLEZERMAN, M.D. (1981) "Two Hundred and Seventy Cases of Artificial Donor Insemination: Management and Results". *Fertility and Sterility*, Vol. 35, N°2, The American Fertility Society.

GOFFMAN, E. (1963) *Estigma. Identidad deteriorada*. Amorrortu editores, Buenos Aires, pp. 72-75.

GOLOMBOK, S. / BREWAEYS, A. / GUERRA, D. et al (1996) "The European study of assisted reproduction families: family functioning and child development". *Human Reproduction*, vol°11, n°10, p- 2324-2331.

GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2006) "Derecho a la identidad y filiación: un estudio de Derecho internacional privado y Derecho comparado". *Icade. Revista De La Facultad De Derecho*, (68), Universidad Pontificia Comillas, pp. 265-268.

GÓMEZ BENGOCHEA, M. (2007) *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*. Dykinson.

GÓMEZ-BENGOCHEA, B. (2008) "La protección del derecho a la identidad en adopción internacional" en BERÁSTEGUI, A. y GÓMEZ-BENGOCHEA, B. (Coords.) et al., *Los retos de la postadopción: balance y perspectivas*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

GÓMEZ CHACÓN, I.M. (Ed.) et al. (2003). *Identidad Europea. Individuo, Grupo, Sociedad*. Universidad de Deusto.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C. (2012) "Presentación: Biotecnología y derecho. Encuentros y desencuentros". *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*. Editorial Tirant lo blanch, n°11.

GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M. (2013) *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson.

GONZÁLES LÓPEZ, J.J. (2021) "La dignidad humana como límite a la mercantilización: análisis a la luz de la gestación por sustitución" en HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, E. / LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M.T. / PÉREZ ADROHER, A. *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*. Dykinson, pp.1111-1122.

GONZÁLES PORRAS, J. M. / MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (Coord.) et al. *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. Volumen I y Volumen II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia.

GRACE, V.M. / DANIELS, K.R. / GILLET, W. (2008) "The donor, the father, and the imaginary constitution of the family: Parents' constructions in the case of donor insemination". *Social Science & Medicine*, 66, pp. 301-314.

GROTEVANT, H.D. (1997) "Coming to terms with adoption: the construction of identity from adolescence into adulthood". *Adoption Quarterly*, 1 (1), p. 11.

GROTEVANT, H.D./ MCROY, R. (1998) *Openness in Adoption: Exploring family connections*. Thousand Oaks, CA.

GUERRA-PALMERO, M.J. (2017) "Contra la llamada gestación subrogada. Derechos Humanos y justicia global versus bioética neoliberal". *Gaceta Sanitaria*, nº31 (6), pp.535-538.

GUERRA-PALMERO, M.J. (2018) "Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La «gestación subrogada» como nuevo negocio transnacional". *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas* nº26, pp.39-51.

GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2016) "Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos". *Revista La Ley Derecho de Familia* núm. 9/2016 (LA LEY 44/2016).

HARPER, J.C. / KENNET, D. / REISEL, D. (2016) "The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business". *Human Reproduction*, V. 31, nº6, pp- 1136-1140.

HEIDEGGER, M. (1927) *Sein und Zeit*. SMC Press.

HERAS HERNÁNDEZ, M. d. M. (2020) *La adopción abierta: a propósito del Artículo 178.4 del Código civil*. J.M. Bosch editor.

HEREDIA CERVANTES, I. (2013) "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución". *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXVI, fasc. II, pp. 687-715.

HOMES, A. M. (2008) *La hija del amante*, Anagrama.

HORVÁT, E.A. / HANSELMANN, M. et al. (2012) "One Plus One Makes Three (for Social Networks)". *PlosOne*, Vol. 7 (4).

HUSSERL, E. (1950) *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. Springer-Science+ Business media.

HUME, D. (1992) *Tratado de la naturaleza humana*. Tecnos, 1992, pp.353-370.

HUNTER, M. (1993) "Working with the past". *Adoption & Fostering*, Vol. 17, Issue 1, pp. 31-36.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ (2018) *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*. Dykinson.

IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2012) *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado. Análisis socio-jurídico de la legislación sobre maternidad y paternidad en el ordenamiento jurídico español*. Editorial académica española.

IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2014) “El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos”. *Derechos y Libertades*, nº31.

IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2016) “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”. *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, nº38, pp. 71-86.

ILIOI, E. / BLAKE, L. / JADVA, V. / ROMAN, G. / GOLOMBOK, S. (2017) “The role of age of disclosure of biological origins in the psychological wellbeing of adolescents conceived by reproductive donation: a longitudinal study from age 1 to age 14”. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 58:3, pp. 315-324.

IMAZ, E. (2018) “Cuando tres no son multitud. Progenitores, procreadores y proveedores en la conformación de las nuevas técnicas reproductivas”. *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2018/2, p.2.

IMAZ, E. (2018) “«Quem nuptiae demonstrant...». Algunas consideraciones sobre la filiación y las maternidades lesbianas desde la antropología”. *Athenea Digital*, 18, 1, pp.113-128.

INDELLICATO, M. (2020) “Paul Ricoeur: l’alterità nel cuore della persona” en PAGANO, R. / SCHIEDI, A. (Coords.) *Identità, Pluralità, Diversità. Il riconoscimento, ovvero l’essere per l’altro*. Quaderni del Dipartimento Jonic, EDJSGE, pp. 136-146.

IYER, P./ BODDY, J./ HAMMELSBECK, R./ LYNCH-HUGGINS, S. (2020) *Contact following placement in care, adoption, or special guardianship: implications for children and young people’s well-being. Evidence review*. London: Nuffield Family Justice Observatory.

INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE (ISS) (2021) *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy*. Consultable en: [https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples\\_25February2021.pdf](https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf) (última consulta 09/12/2022).

JADVA, V. / MURRAY, C. / LYCETT, E. / MACCALLUM, F. / GOLOMBOK, S. (2003) “Las experiencias de las madres subrogadas”. *Reproducción humana*, Vol. 18, nº10, pp.2196-2204.

JADVA, V. / FREEMAN, T. / TRANFIELD, E. / GOLOMBOK, S. (2015) “Friendly allies in raising a child: a survey of men and women seeking elective co-parenting arrangements via an online connection website”. *Human Reproduction*, Vol. 30, nº8, pp.1896-1906.

JANSSENS, P.M.W. / SIMONS, A.H.M. et al (2005) “A new Dutch Law regulating provision of identifying information of donors to offspring: background, content and impact”. *Human Reproduction*, Vol. 21, nº4, pp.852-856.

JEANNIN, C. / ROULEZ, J. (2019) *Acceso a los orígenes: Panorama de los aspectos jurídicos y prácticos*. Ginebra, Suiza: Servicio Social Internacional (SSI).

JOCILES, M.I. / RIVAS, A.M. (2016) “Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida con donante”. *Ankulegi*, 20, pp.63-78.

JOCILES RUBIO, M.I. (ed.), (2016) *Revelaciones, filiaciones y biotecnologías. Una etnografía sobre la comunicación de los orígenes a los hijos e hijas concebidos mediante donación reproductiva*. Edicions Bellaterra.

KANT, E. (2003) *Crítica de la razón pura*. Editorial Losada, Buenos Aires. pp. 117.

KRASNOW. A (2015) “El derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. *Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, pp. 193-211.

KUHNS, J. (1994) “The Sealed Adoption Records Controversy: Breaking Down the Walls of Secrecy”. *Golden Gate University Law Review*, Vol. 24, pp. 271-274.

LACAN, J. (2009) *Escritos 1. La instancia de la letra*. Siglo xxi editores, México, 3ª edición, p.491.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (2002) *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson.

LAMM, E (2012) “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. *Revista de Bioética y Derecho*, nº24.

LAMM, E (2013) *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona.

LANDINI, S. (2017) “Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale”. *Rivista di Diritto Industriale*, nº4-5, Milano – Giuffrè Editore, p. 190.

LANSDOWN, G. (2005) *The evolving capacities of the child*. Unicef.

LASARTE, C. (2017) *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Derecho civil, Tomo I*, (23ª ed.), Marcial Pons, pp. 279-283

LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir.) / JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (Coord.) (2021) *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*. Dykinson.

LÁZARO PALAU, C.M. (2019) ¿Los derechos del niño o derecho al niño? en LUCAS ESTEVE, A. *La gestación por sustitución*. Tirant lo Blanch, p-. 244-245.

LEDESMA DEL BUSTO, J. (2014) *Mediación familiar en búsqueda de orígenes. El encuentro con mi espejo biológico*. Editorial Cerro.

LEDESMA DEL BUSTO, J. / LOUSE, H. et al. (2019) *Manual de recomendaciones para la búsqueda de orígenes*. CORA (Coordinadora de Asociaciones de Adopción y Acogimiento).

LECUONA RAMÍREZ, I.D./ LAMM, E. (2019) *Derecho y bioética: cuestiones jurídicas y éticas de la biomedicina y la biotecnología*. Editorial UOC.

LEMIEUX, J. (2006) *L'enfant adopté dans le monde*. Éditions CHU Sainte Justine, Université de Montréal.

LEMIEUX, J. (2006) *L'Adoption Internationale : Démystifier le rêve pour mieux vivre la réalité*. Recueil de textes, Le Monde est ailleurs.

LLEDÓ YAGÜE, F. (2017) Las acciones de filiación, en LLEDÓ YAGÜE, F. et al. *Las relaciones paternofiliales, adopción y potestad parental*. Cuadernos teóricos Bolonia, Derecho de Familia, Cuaderno III, Dykinson, pp.53-73.

LIPPMAN, A. (1991) "Prenatal genetic testing and screening: constructing needs and reinforcing inequities". *American Journal of Law Medicine*, nº 17 (1-2), pp. 15-50.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2011) *Derecho de la libertad de conciencia*. Vol.I, 4ª edición, Thomson Reuters, pp. 15-17.

LOCKE, J. (1980) *Ensayo sobre el entendimiento humano*. cap. 27. Editora Nacional, Madrid. pp 492.

LÓPEZ GUZMÁN, J. / APARISI MIRALLES, A. (2012) "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada". *Cuadernos de Bioética*, XXIII, p.264.

LÓPEZ SANTÍN, J.M. (2021). *La identidad en psiquiatría: aspectos conceptuales*. Sociedad Iberoamericana de Información Científica.

LÓPEZ DONAIRE, M.B. (2016) "Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº494/2016 de 15 de julio de 2016, rec 1290/2015 fijación de doctrina jurisprudencial sobre el reconocimiento de filiación por complacencia. Validez. Posibilidad de impugnación. Plazos.". *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº7, pp.337-346.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. (2018) “El anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida”. *Revista de Derecho Privado*, nº4, p. 131.

MAGAZZÙ. A. (1982), “Identità” personale e tutela civile della reputazione, en *Atti dil seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica P. Calamendrei di Messina, 16 aprile 1982*. Milano -Dott.A.Giuffrè editore. pp. 149-158.

MARCEL, G. (1971) *El misterio del ser*. Edhasa, p. 298.

MARCHAL ESCALONA, N. (2019) *La adopción internacional y otras formas de protección del menor*. Aranzadi.

MARRE, D. (2009) “Los silencios de la adopción en España”. *Revista de Antropología Social*, Vol. 18.

MARTÍN AYALA, M. (2019) “La supuesta donación de la capacidad reproductiva en la gestación por sustitución”. *Derecho y salud*, Vol.29, nº1, pp.169-179.

MARTÍN CASALS, M. / RIBOT IGUALADA, J. (2019) “Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo.” Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num. 110/2019* parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios, Editorial Civitas.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2016) “Vida sin intimidad. Una aproximación a los efectos de las intromisiones tecnológicas en el ámbito íntimo”. *Derechos y Libertades*, nº37, Época II, pp. 51-84.

MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M. (2022) “Una aproximación jurídico-filosófica a la memoria y al olvido desde la teoría de los derechos fundamentales”. *Derechos y Libertades*, nº46, Época II, p.194.

MARTÍNEZ NAVARRO, J.A. (2019) “Genética y Derecho. La medicina genómica en el Sistema Nacional de Salud”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº54, pp.337-381.

MASUR, P./ DIFRANZO D./ BAZAROVA, N. (2021) “Behavioral contagion on social media: Effects of social norms, design interventions, and critical media literacy on self-disclosure”. *PLoS ONE*, Vol. 16 (7).

MATÍA PORTILLA, F.J. (2019) “Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?” *Revista de derecho político*, 105, pp.81-125.

MAYER-SCHÖNBERGER V./ CUKIER, K. (2013) *Big data. La revolución de los datos masivos*. Turner Noema.

- MEDINA-VINCENT, M. (2018) “Cuerpos y mercados en la era de la precariedad”. *Asparkía*, 33, pp.13-26.
- MERCHÁN MURILLO (2021) “Identidad digital Blockchain e Inteligencia Artificial: aspectos jurídicos de presente y futuro a debate”. *Revista Ius er Scientia*, Col. 7, N°1.
- MERTENS DE WILMARS, F. (2020) “Evolución jurídica del vínculo biológico en la maternidad: hacia la ruptura”. *Revista Opiniao Jurídica, Fortaleza*, 18, n°27, pp.259-2700.
- MILLER WROBEL, G. / GROTEVANT, H.D. et al. (2003) “Contact in adoption. The experience of adoptive families in the USA”. *Adoption and Fostering*, Vol. 27, n°1.
- MIYARES, A. (2017) “Secretos y mentiras de la «gestación subrogada»”. *Tribuna Feminista* (en línea). Consultable en: <https://stopvientesdealquiler.wordpress.com/2018/08/22/alicia-miyares-secretos-y-mentiras-de-la-gestacion-subrogada/> 22/02/2018.
- MIZRAHI, M.L. (2004) “La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica” en YÁÑEZ VIVERO, M.F. et al. (Coords.) *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*.
- MONTANARI, G. L. / DI LUCA, N. M. (2019) “El impulso hacia una legislación europea común, con respecto al derecho de toda persona a conocer sus orígenes genéticos”. *Medicina Y Ética*, 30(3), pp.985–1007.
- MORENO BELTRÁN, A.M. (2018) “Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español”. *Papeles del CEIC*, 2.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA (2014) “La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS de 6 de febrero 2014”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2014, Aranzadi.
- MORENTE PARRA, V. (2019) “Big data o el arte de analizar datos masivos. Una reflexión crítica desde los derechos fundamentales”. *Derechos y Libertades*, n°41, Época II, pp. 225-260.
- MORENO ROBLES, D. (2021) “Maternidad subrogada en España: un análisis a partir de la práctica registral y jurisprudencial”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n°43, 2021-1, pp.79-117.
- MOUNIER, E. (1972) *Manifiesto al servicio del personalismo*. Taurus ediciones, p.26.



MUÑOZ, M. /ABELLÁN-GARCÍA, F./ CUEVAS, I. et. al., (2019) *Documento sobre posicionamiento de la Sociedad Española de Fertilidad respecto de la regla del anonimato en las donaciones de gametos*. Madrid. Consultable en: <https://www.sefertilidad.net/docs/posicionamientoAnonimato.pdf> (última consulta 02/01/2023)

MÚRTULA LAFUENTE, V. / BUSTOS MORENO, Y. (Coords.) (2021) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*. Dykinson.

MÚRTULA LAFUENTE, V. / BUSTOS MORENO, Y. (Coords.) (2021) *El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante*, Dykinson.

MUSIO, A. et al. (2012) “Profili civilistici del danno all’immagine delle persone giuridiche en Il Danno All’immagine Delle Persone Giuridiche” en MUSIO, A. et.al. *Profili Civilistici, Penalistici Ed Erariali*. Giappichelli Editore.

NAVARRO MICHEL, M. (2012) “Reproducción asistida, modelos de familia y derechos reproductivos” en CASADO, M. / ROYES, A. (Coords.) *Sobre Bioética y Género*. Observatori de Bioètica i Dret UB, Civitas Thomson Reuters, pp. 155-213.

NAVARRO-MICHEL, M. (2022) “La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales”. *Revista de Bioética y Derecho*, 56, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, pp.5-28.

NICOLETTE WOESTENBURG, N.O.M. / WINTER, H.B. / JANSSENS, M.W. (2015) “What motivates men to offer sperm donation via the internet?”, *Psychology, Health & Medicine*.

NIETZSCHE, F. (2004) *Ecce Homo. How One Becomes What One Is*. Algora Publishing.

NIGER, S. (2008) *Ill diritto all’identità personale en Diritto all’anonimato*. Editorial CEDAM, pp. 129.

NOIZET, A., / THÉRY, I. (2009) “Introduction : Procréations assistées, secret, accès aux origines”. *Esprit*, 354 (5), 77–81.

NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS (2013) *Donor conception; ethical aspects of information sharing*. Consultable en: [https://www.nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Donor\\_conception\\_-\\_developments\\_June2014.pdf](https://www.nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Donor_conception_-_developments_June2014.pdf) (última consulta 16/01/2023)

NUÑEZ PAZ, M.I. / JIMÉNEZ BLANCO, P. (2019) *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*. Tirant lo Blanch, pp.93-95.

NUÑO GÓMEZ, L. (2020) “La construcción de las mujeres como cuerpos subalternos: comunicación y narrativas de la historia interminable”. *Historia y comunicación social*, 25, nº1, pp.181-90.

OCHOA RUIZ, N. (2021) “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia, demanda nº 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021”. *Revista Aranzadi Doctrinal num. 9/2021 parte Jurisprudencia*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, BIB 2021\4769c.

OLAVARRÍA, M.E. (2010) “Cuerpo, sustancia y tecnologías reproductivas”. *DeSignis Publicación de la Federación Latinoamericana de Semiótica (FELS)*, nº 16.

OROZCO PARDO, G. (2010), Intimidad, privacidad “extimidad” y protección de datos del menor. ¿Un cambio de paradigma?, en BOIX REIG, J. (Dir.) *La protección jurídica de la intimidad*. Iustel. pp. 381-403.

PATEMAN, C. (1995) *El contrato sexual*. Antrophos.

PANIZA FULLANA, A. (2017) *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*. Aranzadi, p.21.

PANTALEÓN, F. (1993) “Técnicas de reproducción asistida y constitución”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº15.

PARFIT, D. (2004), *Razones y personas*. Edición de 1984 traducida, Mínimo Tránsito – A. Machado Libros, pp.371-600.

PATON, J. (1954) *The Adopted Break Silence*. Life History Study Center, Philadelphia.

PAZOS CASTRO, R. (2015) “El mal llamado “derecho al olvido” en la era de Internet”. *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 2183.

PÉREZ BES, F. (2018) “Identidad y blockchain” en GARCÍA MEXÍA, P. (Dir.) *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*. Wolters Kluwer.

PÉREZ MARTÍN, A.J. (2010) *Acciones de filiación: determinación, reclamación e impugnación: acciones derivadas del cambio de filiación*. Lex Nova.

PÉREZ ORTEGA, A. / PLANA, J.R. et al. (2011) *Personal Branding*. Madrid Excelente.

PETERS, T. (1997) *The Brand Called You*. Fast Company.

PINO, G. (2001) Sul diritto all’identità personale degli enti collettivi. *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, pp.470-484.

PINO G. (2003) *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*. Il Mulino Ricerca.

PINO, G. (2005) "L'identità personale" en CENDON, P. et al. *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, vol.II. Utet, Torino.

PINO, G. (2006) "Il diritto all'identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personale" en PANETTA, R. *Libera circolazione e protezione dei dati personali*. Giuffrè, Milano, pp. 257-321.

PINO, G. (2010) "L'identità personale" en S. RODOTA, S. y ZATTI, P. (eds.) *Trattato di biodiritto I. Ambito e fonti del biodiritto*. Giuffrè, Milán, pp. 297-321.

PIÑAR MAÑAS, J.L. (2018) "Identidad y persona en la sociedad digital" en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO / PIÑAR MAÑAS (Dir.) *Sociedad Digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, pp. 95-111.

PIRANDELLO, L. (1927) *Uno, nessuno e cento milla*. Benporad ed.

PIZZORNO, A. (1989), "Algún otro tipo de alteridad: Una crítica a las teorías de la elección racional". *Sistema*, 88, pp. 27- 42.

PLANAS BALLVÉ, M. (2020) "El fenómeno sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por los responsables parentales". *CEFLegal: revista práctica de Derecho*. Comentarios y casos prácticos, núm. 228, pp. 37-66.

PLATERO ALCÓN, A. (2021), *El derecho al olvido en Internet. La responsabilidad civil de los motores de búsqueda y las redes sociales: estudio doctrinal y jurisprudencial*. Dykinson.

PORQUERES GENÉ, E. (2018) *Estudios sobre el parentesco*. Editorial Universidad de Granada.

POTTER, V.R. (1970) "Bioethics: the Science of Survival". *Perspectives in Biology and Medicine* 14 (1), p.127-153.

POTTER, V.R. (1971) *Bioethics: Bridge to the Future*. Prentice Hall.

PRENSKY, M. (2001) "Digital Natives, Digital Immigrants". *On the Horizon, MCB University Press, Vol. 9 No. 5*.

PUIGPELAT MARTÍ, F. (2004) "Feminismo y las técnicas de reproducción asistida". *Revista Aldaba, UNED Melilla*, nº32, pp. 63-80.

PUIGPELAT MARTÍ, F. (2012) “El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista” en CASADO, M./ ROYES, A. (Coords.) *Sobre Bioética y Género*. Observatori de Bioètica i Dret UB, Civitas Thomson Reuters, p. 189.

QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (1994) “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”. *Anuario de derecho civil (ADC)* Vol. 47, nº2, p.246.

QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (2005), “La prueba del ADN en los procesos de filiación”. *Anuario de derecho civil (ADC)* Vol. 58, nº2.

QUICIOS MOLINA, S. (2012) “Comentario a la Sentencia de 4 de julio de 2011”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 90/2012 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Referencia Aranzadi BIB 2012\2989.

QUICIOS MOLINA, S. (2017) “Inseminaciones artificiales domésticas: cuestiones contractuales y de filiación”. *RJUAM*, nº35, vol. I, pp.367-368.

QUICIOS MOLINA, M.S. (2022) “Doble maternidad y acciones de filiación: conceptos de voluntad de ser madre, posesión de estado e interés superior del menor. Comentario a la STS, de 27 de enero de 2022”. *Aranzadi Instituciones* (BIB 2022\3358).

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. (2021) “Orígenes biológicos y filiación subrogada” en LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir.) / JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (Coord.) *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*. Dykinson.

RAFFIOTTA, E.C. (2010) “Appunti in materia di diritto all’identità personale”. *Forum di Quaderni costituzionali*, pp. 1-18.

RAVITSKY, V. (2012) “Autonomous Choice and the Right to Know One’s Genetic Origins”. *Hasting Center Report* 44.

REID, T. (1878) *Essays on the Intellectual Powers of Man*, Essay III- Of Memory, 10ª ed., J H Butler & Co. ed., Philadelphia, p. 243.

RELETHFORD, JOHN H./ BOLNICK, D.A. (2018) *Reflections of our past, How Human History Is Revealed in Our Genes*. 2ª ed., Routledge editions.

REMOTTI, F. (1996) *Contro l’identità*, Laterza.

REMOTTI F. (2010) “L’ossessione identitaria”, *Rivista Italiana di Gruppoanalisi*, XXV, 2011, 1, pp. 9-29.

REYES MÉNDEZ, D. (2019) “¿Cómo gestionar eficazmente la identidad digital? Hacia una nueva proyección cultural de la persona”. *Diario La Ley*, nº9328, Sección Tribuna (LA LEY 15094/2018).

- REVILLA, J.C. (2003) “Los anclajes de la identidad personal”. *Athenea digital*, nº4.
- RIÑO-GALÁN, I. / MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C. / GALLEGO RUESTRA, S. (2021) “Cuestiones éticas y legales del anonimato y la confidencialidad en la donación de gametos”. *Anales de Pediatría*, vol. 94, nº5, Asociación Española de Pediatría.
- RICHARDS, N.M./ KING, J.H. (2013) *Three Paradoxes of Big Data*. Stanford Law Review Online.
- RICOEUR, P. (1990) *Soi-même comme un autre*. Éditions du seuil, París.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1997) “¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”. *Anuario de Derecho civil (ADC)*, T. L., fasc. I.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2003), “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)”. *Actualidad Civil nº24*, Sección Doctrina, Ref. XXXVI, p3593, tomo 2, La Ley.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2004) “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico”. *Revista Jurídica de Catalunya*, v.13, nº1.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2005) “Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)”. *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, fasc. 3, Estudios Monográficos
- ROCA, G. (2012) “¿Qué dice la Red de ti? Redes sociales e identidad digital”. *Revista TELOS*, nº91.
- ROCA TRÍAS, E. (1988) “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en *II Congreso Mundial Vasco, Vitoria, 1987, sobre Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid, 1988, p.43.
- RODOTÀ, S. (1973) *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino.
- RODOTÀ, S. (2007) “L’identità nell’orizzonte del diritto privato – Quattro paradigmi per l’identità”. *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 4/2007.
- RODOTÀ, S. (2014), *El derecho a tener derechos*. Editorial Trotta.
- RODOTÀ, S. (2018) “Del ser humano al posthumano” en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO / PIÑAR MAÑAS (Dirs.) *Sociedad Digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, pp. 87-93.

ROMERO COLOMA, A.M. (2009) *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*. J.M. Bosch editor.

ROMERO COLOMA, A.M. (2009) “La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos”. *Actualidad jurídica Aranzadi nº789/2009* (BIB 2009\1874).

ROMERO PAREJA, A. (2020) “El principio de veracidad biológica y la elección del sexo de los hijos según la Ley española de reproducción humana asistida”. *Sanidad Militar*, vol. 76, nº1.

ROQUETA SUREDA, A. (2009) *Valoración e intervención psicopedagógica en casos de niños adoptados*, Universitat de Barcelona.

ROQUETA SUREDA, A. (2014) Introducción, en FERNÁNDEZ GARCÍA, R.M (Coord.) et al. *Neuropsicología del abandono infantil*, Hilo Rojo ediciones.

ROSALES DE SALAMANCA RODRIGUEZ, F. (2016) Testamento Digital en OLIVA LEÓN, R./ VALERO BARCELÓ, S. (Coord.) *Testamento ¿Digital?*. Colección desafíos legales, p. 28.

ROYAL SOCIETY FOR PUBLIC HEALTH (2007) “#StatusOfMind, Social media and Young people’s mental health and wellbeing. Consultable en: <https://www.rsph.org.uk/static/uploaded/d125b27c-0b62-41c5-a2c0155a8887cd01.pdf> (última consulta 14/07/2022).

RUIZ-ROBLEDILLO, N. / MOYA-ALBIOL, L. (2016) “Gestacional surrogacy: Psychosocial aspects”. *Psychosocial Intervention*, 25, pp.187-793.

RUIZ FRANCO, A. (2018) “Un análisis crítico del progresivo reconocimiento de los derechos vinculados a la maternidad subrogada”. *Revista Bioética y Derecho*, 44, pp.41-56, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona.

SALAS CARCELLER, A. (2016) “Reconocimiento de complacencia”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2016 parte Estudios. Referencia Aranzadi: BIB 2016\4785.

SALÉS PALLARÉS, L. (2019) “La pérdida del interés (superior) del menor cuando se nace por gestación subrogada”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.11, nº2, pp.326-347.

SALAZAR C. (2009) *Vérité biologique et fiction sociale dans l’histoire du droit paternel : Essai d’anthropologie juridique, Défis contemporains de la parenté*. Paris, Éditions de l’École des hautes études en sciences sociales.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S. (1999) “Derecho a la identidad”. *Actualidad civil*, nº4, p. 1472.

SAN MARTINO POMÉS, M. (2014) “Identidad y orígenes en el menor adoptado”. *Temas de psicoanálisis*, n°8.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Á. (2019) *El derecho entre concepciones sistemáticas y visiones literarias*. Dykinson.

SÁNCHEZ MARTINEZ, M. O. (2015) “Maternidades y paternidades escindidas: una nueva cultura de la reproducción” en TAMAYO HAYA, S. et al. (Dir.) *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Editorial Comares, pp.109-134.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, M. et al. (2012) “El fundamento lógico-metafísico de la identidad personal en la filosofía de Leibniz en torno a 1686. Análisis, influencia y revisiones”. *Thémata, Revista de Filosofía*, n°46, pp-241.

SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2017) “Impugnación de la paternidad por reconocimiento por complacencia”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 104/2017 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Referencia Aranzadi: BIB 2017\12558.

SARTRE, J.P. (1943) *El ser y la nada*. Librairie Gallimard.

SCALISI, V.(1982) “Lesione della identità personale e danno non patrimoniale” en *Atti del seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica P. Calamandrei di Messina*, 16 aprile 1982. Milano -Dott.A.Giuffrè editore, pp. 119-148.

SCHIAVI, P. (2019) “Reputación on line ¿La identidad digital es tan importante como la real?”. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, año 1, n°6.

SERRANO HOYO, G. (2020) “Interés superior del menor y prueba en el proceso de impugnación de su filiación” en ASENCIO MELLADO, J.M. (Dir.) *Derecho probatorio y otros estudios procesales*. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra, Castillo de Luna ediciones jurídicas, pp.1861-1880.

SIBILIA, P. (2008) *La intimidad como espectáculo*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

SIMMEL, G. (2002) *Cuestiones fundamentales de sociología*, Gedisa.

SOLÉ RESINA, J., / GETE-ALONSO, M.C. (2017) *Lliçons de Dret Civil Català III Dret de Família*. Tirant lo Blanch, p.36.

SOLÉ RESINA, J. (2018) “Las voluntades digitales: marco normativo actual”. *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXXI, fasc. II, pp. 417 y ss.

SOLÉ RESINA, J. / ALMADA MOZETIC, V. (Coords.) (2018) *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*. Juruá editorial.

SOLOVE, D.J. (2007) *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*. Yale University Press.

SOROSKY, A.D./ BARAN, A./ PANNOR, R (1984) *Adoption Triangle: Sealed or Opened Records: How They Affect Adoptees, Birth Parents, and Adoptive Parents*. Discover Books.

SOROSKY, A.D./ BARAN, A./ PANNOR, R. (1979) *The Adoption Triangle: The Effects of the Sealed Record on Adoptees, Birth Parents, and Adoptive Parents*. Universidad de Michigan, Anchor Press, p. 103-110.

SOZIO, M. (2020) “Il lato oscuro dell’infosfera identità e comunicazione digitale” en PAGANO, R. / SCHIEDI, A. (Coords.) *Identità, Pluralità, Diversità. Il riconoscimento, ovvero l’essere per l’altro*. Quaderni del Dipartimento Jonic, EDJSGE, pp. 334-343.

SULLIVAN, C. (2011) *Digital Identity: An Emergent Legal Concept*. University of Adelaide Press, Australia.

TAMAYO HAYA, S. (Dir.) et al. (2015) *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*. Comares.

TELLO, L. (2013) “Intimidad y “extimidad” en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook”. *Comunicar*, nº41, XXI.

TERENZI, P. (2012) “Identidad y auto-representación social en Hannah Arendt”. *Revista Tábano* nº8.

TERRIBAS, N. (2016) *Tenim dret a conèixer els nostres orígens biològics i genètics?* DIXIT Centre de Documentació de Serveis Socials, Càtedra de Bioètica Fundació Grífols, Universitat de Vic.

THÉRY, I (2006) “Avortement, engendrement et singularisation des êtres humains”. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, nº2, año 61, pp. 483-503.

THÉRY, I. (2009) “Anonymat des dons d’engendrement, filiation et identité narrative des enfants au temps du démariage”. *Revista de Antropología Social*, nº18, pp. 21-42.

THÉRY, I. (2012) “Du don de gamètes au don d’engendrement”. *Revue du MAUSS*, 39, pp. 155-162.

THÉRY, I. (2013) “L’anonymat des dons d’engendrement est-il vraiment «éthique»? ” *La Revue des droits de l’homme*, nº3/2013. Open Edition Journals.

THÉRY, I. et al. (2014) *Filiation, origines, paternité*, Ministère des affaires sociales et de la santé. Ministère délégué chargé de la famille.



THOMPSON, C. (2005) *Making Parents The Ontological Choreography of Reproductive Technologies*. MIT Press, Cambridge.

TOMMASINI, R. (1981) *Il diritto all'identità personale. L'identità dei soggetti tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della persona*. Cedam. p. 89.

TOMMASINI, R. (1982) "Diritto alla identità personale e risarcibilità deo danni morali" en *Atti dil seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica P. Calamendrei di Messina*, 16 aprile 1982. Milano -Dott.A.Giuffrè editore.

TOSI, E. (2019) *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*. Giuffrè Francis Lefebvre, p. 17.

TORRES QUIROGA, M.A. (2022) "El posthumanismo reproductivo a la vuelta de la esquina (explotación reproductiva 3.0)". *Revista Bioética y Derecho*, 56, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, pp.145-161.

TORRES QUIROGA, M.A. (2019) *Maternidad y gestación en venta. Fabricar bebés en la era neoliberal*. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona.

TROUNSON.A / MOHR, L. (1983) "Human pregnancy following cryopreservation, thawing and transfer of an eight-cell embryo". *Nature*, oct., n°305 (5936), pp. 20-26.

TXETXU AUSÍN, R.M. y MONASTERIO ASTOBIZA, A. (2020) "Neuroderechos: Derechos humanos para las neurotecnologías". *Diario La Ley* n°43, Sección Ciberderecho, 8/10/2020, Wolters Kluwer. (LA LEY 12365/2020).

URDAPILLETA, L. (2004) "Derecho a la identidad en personas nacidas por donación de gametos. Aspectos legales y psicológicos". *Revista de la Federación Latinoamericana de sociedades de esterilidad y fertilidad*, Vol. 4, n°2, pp.21-27.

VALLE ROBLES, M. (2021) "Gestación subrogada, trasplante de útero y útero artificial: aproximaciones desde el bioderecho". *Cuadernos de Bioética*, 32, 105, pp.213-223.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. (2007) "Reflexiones sobre el derecho de familia". *TEORDER*, n°2, pág. 91.

VAN DE VLIERD A. / WILLEMSSEN, G. (2000) *Back to the roots*. ISS Holanda.

VELA SÁNCHEZ, A.J, (2010) "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos". *Diario La Ley*, n°7526, Sección Doctrina, 13/12/2010. La Ley. (LA LEY 13777/2010).

VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, H. (2009) "Transhumanismo, libertad e identidad humana". *Thémata Revista de Filosofía*, n°41.

VELÁZQUEZ, L. (2018) “Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada”. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº26, pp.15-25.

VIDAL MARTINEZ, J. (2019) “Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº10 bis, pp. 478-513.

VILA-CORO BARRACHINA, M. D. (1995) “El derecho a la identidad personal”. *Cuadernos de Bioética*, V.6, pp. 407-414

VILAR GONZÁLEZ, S. (2018) *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*. Bosch Editorial, Wolters Kluwer.

VILASAU I SOLANA, M. (2019) “Las exigencias de información en el RGPD y en la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales, ¿contribuyen a la formación de un consentimiento de mejor calidad?” en GARCÍA MAHAMUT, R. et al. *Reglamento General de Protección de Datos. Un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*. Tirant lo blanch, pp.209-236.

WAILOO, K. et. al (2012) *Genetics and the Unsettled Past, The Collision of DNA, Race and History*. Rutgers University Press.

WATSON, J., CRICK, F. (1953) “Molecular Structure of Nucleic Acids: A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid”. *Revista Nature nº171*, pp. 737–738.

WAYNE CARP, E. (1998) *Family Matters. Secrecy and disclosure in the history of adoption*. Harvard University Press, pp. 154-163.

WINOCUR, R. (2012) “La intimidad de los jóvenes en las redes sociales”. *Revista TELOS*, nº91.

WYVERKENS, E. / PROVOOST, V / RAVELINGIEN, A. / DE SUTTER, P. / PENNING, G. / BUYSSE, A. (2014) “Beyond sperm cells: a qualitative study on constructed meanings of the sperm donor in lesbian families”. *Human Reproduction*, Vº29, nº6, pp. 1248-1254.

ZADEH, S. / FREEMAN, T. / GOLOMBOK, S. (2016) “Absence or presence? Complexities in the donor narratives of single mothers using sperm donation”. *Human Reproduction*, Vol. 31, nº1, pp-117-124.

ZAGNONI, (1987) “Sull'onore delle "collettività". *Responsabilità civile e previdenza*.

ZANNONI, E. (2005) *Prueba del ADN*. Astrea, Buenos Aires.

ZAMBRANO, M. (1995) *La Confesión*. Biblioteca de ensayo Siruela, p.62.

ZATTI, P. (2007) “Dimensioni ed aspetti dell’identità nel diritto privato attuale”. *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 4/2007.

ZATTI, P. (2009) *Maschere del diritto volti della vita*. Giuffrè.

ZENO-ZENCOVICH, V. (1993) *Identità personale*. Estratto dal Digesto, IV Edizione, vol. IX Civile, Utet. p.3

## RECURSOS WEB

Diccionario de la Real Academia Española: <https://www.rae.es/>

Instituto de Ciencias Forenses Luis Concheiro de la Universidad de Santiago de Compostela (INCIFOR) “La identidad genética y la herencia”. Consultable en: [https://www.usc.gal/gl/institutos/incifor/xeneticaforense\\_conceptos\\_identidadgenetica\\_herencia.html](https://www.usc.gal/gl/institutos/incifor/xeneticaforense_conceptos_identidadgenetica_herencia.html) (última consulta 28/01/2023)

Artículo de la revista El Correo de la UNESCO nº1 de 2022. Consultable en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380274\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380274_spa) (última consulta 10/03/2022).

### Sustracción de bebés robados en España:

Servicio de Información a Afectados por la posible Sustracción de Recién Nacidos: <https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/victimas/servicio-informacion>

España reconoce por primera vez como víctimas del franquismo a los “niños robados” en la dictadura, Euronews, 06/10/2022: <https://es.euronews.com/2022/10/06/espana-reconoce-por-primera-vez-como-victimas-del-franquismo-a-los-ninos-robados-en-la-dic> (última consulta 20/10/2022).

Nota de prensa de La Moncloa, 20/03/2017: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/200319-bebes.aspx>

Fundación Europea por las personas desaparecidas QSDglobal. Puede consultarse más información en <https://www.qsdglobal.com/> (última consulta 10/09/2022)

Adopción:

Solicitud telemática de información a la Administración competente acerca de los orígenes en Cataluña a través de [https://web.gencat.cat/ca/tramits/tramits-temes/20314\\_Coneixement-dels-origens-biologics](https://web.gencat.cat/ca/tramits/tramits-temes/20314_Coneixement-dels-origens-biologics) (última consulta 5/11/2022).

TRHA:

“*Test-tube baby: it’s a girl. All goes well in Britain celebration birth*”, 07/08/1978.  
<https://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,948239,00.html>  
(última consulta 1/08/2022)

“*Brave New Baby*”, 31/03/2003:  
[http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,1977881\\_1977891\\_1978547,00.html](http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,1977881_1977891_1978547,00.html) (última consulta 1/08/2022)

“*Twins born from embryos frozen 30 years ago*”, 22/11/2022:  
<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-63718914> (última consulta 25/11/2022)

“*Nacen gemelos sin una patología hereditaria*”, 10/2012:  
<https://www.uab.cat/web/detalle-noticia/nacen-gemelos-sin-una-patologia-hereditaria-1345680342040.html?articleId=1345645005573>  
(última consulta 28/07/2022).

Campaña de captación de óvulos:  
<https://www.evafertilityclinics.es/donacion-de-ovulos/compensacion-donacion-ovulos/> (última consulta 29/10/2022)

Campaña de *Grupo Hospitalario Quirón* para captación de óvulos entre mujeres de 18 a 30 años:  
<https://sitio.nu/portfolio/donacion-de-ovulos/> (última consulta 29/10/2022)

“*A la caza del óvulo universitario malagueño: FIV Marbella empapela el campus por mil euros la donación*”, 20/02/2018:  
[https://www.lespanol.com/reportajes/20180220/universitario-malagueno-fiv-marbella-empapela-campus-donacion/286222380\\_0.html](https://www.lespanol.com/reportajes/20180220/universitario-malagueno-fiv-marbella-empapela-campus-donacion/286222380_0.html)  
(última consulta 29/10/2022)

“*Barreras de la reproducción asistida en la sanidad pública*”, 07/11/2022:  
<https://www.elmundo.es/espana/2022/11/07/6367a7befdddf733a8b4574.html>  
(última consulta 20/11/2022)

“Radiografía de la reproducción asistida en España: los límites de acceso en la sanidad pública y la situación por comunidad”, 24/01/2022:

[https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/radiografia-reproduccion-asistida-espana-limites-acceso-sanidad-publica-situacion-comunidad\\_2022012461eea5999890160001c4a1a3.html](https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/radiografia-reproduccion-asistida-espana-limites-acceso-sanidad-publica-situacion-comunidad_2022012461eea5999890160001c4a1a3.html) (última consulta 20/11/2022)

“Los tratamientos de reproducción asistida en España aumentan un 28% en los últimos 5 años”, 1/10/2020:

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Paginas/2020/011020-repro-asistida.aspx> (última consulta 16/05/2022)

Registro Nacional de Actividad 2019 – Registro Sociedad Española de Fertilidad, consultable en:

[https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/pdf/Informe\\_estadistico-SEF\\_2019.pdf](https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/pdf/Informe_estadistico-SEF_2019.pdf) (última consulta 10/11/2022)

“La compraventa de óvulos: el negocio a costa de la salud y de la precariedad de las mujeres”, 10/01/2021:

<https://www.publico.es/sociedad/ovodonacion-compra-venta-ovulos-negocio-costa-salud-precariedad-economica-mujeres.html> Público, 11/01/2021

CRYOS INTERNATIONAL. El banco de esperma Cryos:

<https://www.cryosinternational.com/es-es/dk-shop/particulares/>

Puede también consultarse, otra empresa, también con sede en Dinamarca, EUROPEAN SPERM BANK:

<https://www.europeanspermbank.com/es-es/hacer-un-pedido/pedido-y-envio> (última consulta 18/12/2022).

Donante de óvulos parecida físicamente a la madre no genética:

<https://ovoclinic.net/un-selfie-y-una-app-para-encontrar-la-donante-que-mas-se-parezca-a-ti/> (última consulta 29/11/2022)

“Mujeres lesbianas y turismo de fertilidad”, 11/04/2022:

[http://observatoriogbt.org.bo/index.php/noticia/detalle/cod\\_noticia/5949](http://observatoriogbt.org.bo/index.php/noticia/detalle/cod_noticia/5949) (última consulta 03/08/2022)

“Hola, soy tu hijo”: Los donantes de semen y óvulos dejarán de ser anónimos en Portugal. Las clínicas de reproducción asistida prevén una 'estampida' a España ante el temor de los padres biológicos a que se desvele su identidad”, 07/05/2018:

<https://www.diariosur.es/sociedad/hola-hijo-donantes-20180504125041-nt.html> (última consulta 20/02/2023)

Páginas para la búsqueda de los orígenes a las personas concebidas con material genético de donante: (última consulta 23/01/2023)

<https://donorsiblingregistry.com/>

<https://www.facebook.com/people/Reencuentro-Buscando-familiares-biol%C3%B3gicos/100066922681253/>

<https://pmanonyme.asso.fr/livre-de-temoignage-de-lassociation/>

Documental de Televisió de Catalunya, “Gens anònims”, 05/03/2023, consultable en: <https://www.ccma.cat/tv3/alacarta/30-minuts/gens-anonims/video/6207094/>

#### Autoinseminación y coparentalidad:

Nota informativa contra la autoinseminación ,11/10/2016, por parte del Ministerio de Sanidad, concretamente en la plataforma de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida:

<https://cnrha.sanidad.gob.es/informacionInteres/autoinseminacion/home.htm>

(última consulta 12/06/2022)

Página web para encontrar personas que quieran compartir un proyecto de coparentalidad:

<https://www.prideangel.com/Information-Centre/Parenting/Co-Parenting.aspx>

(última consulta 19/12/2022).

#### Gestación por sustitución:

“Universal Surrogacy” <https://www.universalsurrogacy.com> (última consulta 07/12/2022)

“Utah Fertility Center en España” <https://www.novelfamilies.com/utahfertility/es> (última consulta 07/12/2022)

“Gestlife surrogacy” <https://www.gestlifesurrogacy.com/> (última consulta 07/12/2022)

“FertySurrogacy” en cuya página de inicio se ve una playa paradisíaca en Cancún bajo el lema “Cancún. El viaje de tu bebé. Maternidad subrogada con todas las comodidades”. <https://fertysurrogacy.com> (última consulta 07/12/2022)

“Organizaciones de vientres de alquiler se movilizan para presionar al Gobierno”, 14/09/2022:

<https://www.publico.es/mujer/organizaciones-vientres-alquiler-movilizan-presionar-gobierno.html> (última consulta 10/10/2023).

Informe *De Sutter*. Puede consultarse la noticia publicada por este órgano en la misma fecha. Vid. la publicación en su página web “PACE rejects draft recommendation on “Children’s rights related to surrogacy”, consultable en:

<https://pace.coe.int/en/news/6355/pace-rejects-draft-recommendation-on-children-s-rights-related-to-surrogacy-> (última consulta 14/12/2022). Puede consultarse la proposición de recomendación rechazada en:

<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnNveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMzAxNSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdc9OZGYvWFJlZi1XRRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIzMDE1> (última consulta 14/12/2022)

“*La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el lobby no tan callado de los vientres de alquiler. La organización intergubernamental de carácter mundial se reúne en Holanda para presionar y reconocer de facto la aceptabilidad de la subrogación a través de la filiación de las criaturas que nazcan por explotación reproductiva*”, 12/10/2020:

<https://www.publico.es/internacional/conferencia-haya-derecho-internacional-privado-lobby-no-callado-vientres-alquiler.html>

(última consulta 10/10/2022)

Comisión para la Investigación de malos tratos a mujeres, como miembro de la *International Coalition for the Abolition of Surrogate Motherhood*, publica en su página web en fecha 24/06/200 una noticia titulada: “Llamamiento para condenar el proyecto de protocolo de la Conferencia de la Haya y los Principios de Verona, que pretenden fomentar la gestación subrogada transfronteriza”, Consultable en:

<https://malostratos.org/llamamiento-para-condenar-el-proyecto-de-protocolo-de-la-conferencia-de-la-haya-y-los-principios-de-verona-que-pretenden-fomentar-la-gestacion-subrogada-transfronteriza/> (última consulta 09/12/2022)

Coalition for the Abolition of Surrogate Motherhood “Crítica feminista a los Principios de Verona”, consultable en: <http://abolition-ms.org/es/nuestras-acciones/documento-critico-sobre-los-principios-de-verona/> (última consulta 09/12/2022)

La Federación feminista Gloria Arenas publica en su página web en fecha 03/01/2022 la siguiente noticia: “Alerta feminista: avances para la regulación internacional de la gestación subrogada”, consultable en:

<http://ffeministagloriaarenas.org/blog/2022/01/31/alertafeministaverona/>

(última consulta 09/11/2022).

## RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

(por orden de citación)

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS				
Resolución	Sección	Fecha		ECLI
STEDH	Sección 3ª	21 de septiembre de 2010	Asunto <i>Polanco Torres y Movilla Polanco</i> contra España	ECLI:CE:ECHR:2010:0921JUD003414706
STEDH	Sección 3ª	24 de junio de 2004	Asunto <i>Von Hannover</i> contra Alemania	ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000
STEDH	Gran Sala	25 de septiembre de 2018	Asunto <i>Denisov</i> contra Ucrania	ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911
STEDH	Sección 3ª	6 de noviembre de 2018	Asunto <i>Vicent del Campo</i> contra España	ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD002552713
STEDH	Gran Sala	5 de febrero de 1992	Asunto <i>Pfeifer y Prankl</i> contra Austria	ECLI:CE:ECHR:1992:0225JUD001080284
STEDH	Sección 1ª	11 de octubre de 2018	Asunto <i>S.V.</i> contra Italia	ECLI:CE:ECHR:2018:1011JUD005521608
STEDH	Sección 4ª	14 de junio de 2016	Asunto <i>Birzietis</i> contra Lituania	ECLI:CE:ECHR:2016:0614JUD004930409
STEDH	Gran Sala	13 de febrero de 2003	Asunto <i>Odièvre</i> contra Francia	ECLI:CE:ECHR:2003:0213JUD004232698
STEDH	Sección 1ª	7 de febrero de 2002	Asunto <i>Mikulic</i> contra Croacia	ECLI:CE:ECHR:2002:0207JUD005317699
STEDH	Sección 3ª	13 de julio de 2006	Asunto <i>Jaggi</i> contra Suiza	ECLI:CE:ECHR:2006:0713JUD005875700
STEDH	Sección 2ª	12 de febrero de 2013	Asunto <i>Kristian Barnabas</i> contra Hungría	ECLI:CE:ECHR:2013:0212JUD004849406
STEDH	Sección 5ª	24 de marzo de 2022	Asunto <i>CE</i> y otros contra Francia	ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD002977518
STEDH	Sección 5ª	12 de noviembre de 2020	Asunto <i>Honner</i> contra Francia	ECLI:CE:ECHR:2020:1112JUD001951116
STEDH	Sección 5ª	7 de abril de 2022	Asunto <i>Callamand</i> contra Francia	ECLI:CE:ECHR:2022:0407JUD000233820
STEDH	Sección 2ª	25 de septiembre de 2012	Asunto <i>Godelli</i> contra Italia	ECLI:CE:ECHR:2012:0925JUD003378309
STEDH	Gran Sala	10 de abril de 2007	Asunto <i>Evans</i> contra Reino Unido	ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905
STEDH	Sección 1ª	7 de junio de 2018	Asunto <i>N.</i> contra República Checa	ECLI:CE:ECHR:2018:0607JUD001631413
STEDH	Sección 1ª	24 de noviembre de 2005	Asunto <i>Shofman</i> contra Rusia	ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD007482601
STEDH	Sección 3ª	25 de febrero de 2014	Asunto <i>Ostace</i> contra Rumanía	ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005824014
STEDH	Sección 4ª	10 de octubre de 2006	Asunto <i>Paulík</i> contra Eslovaquia	ECLI:CE:ECHR:2006:1010JUD001069905
STEDH	Sección 3ª	9 de noviembre de 2006	Asunto <i>Tavli</i> contra Turquía	ECLI:CE:ECHR:2006:1109JUD001144902
STEDH	Sección 4ª	30 de junio de 2020	Asunto <i>Bocu</i> contra Rumanía	ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005824014
STEDH	Gran Sala	7 de julio de 1989	Asunto <i>Gaskin</i> contra Reino Unido	ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001045483
STEDH	Gran Sala	4 de diciembre de 2007	Asunto <i>Dickson</i> contra Reino Unido	ECLI:CE:ECHR:2007:1204JUD004436204
STEDH	Sección 5ª	21 de octubre de 2016	Asunto <i>Foulon y Bouvet</i>	ECLI:CE:ECHR:2016:0721JUD000906314
STEDH	Sección 5ª	19 de enero de 2017	Asunto <i>Laborie</i> contra Francia	ECLI:CE:ECHR:2017:0119JUD004402413
STEDH	Gran Sala	24 de enero de 2017	Asunto <i>Paradiso y Campanelli</i> contra Italia	ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812
STEDH	Sección 3ª	18 de mayo de 2021	Asunto <i>Valdís Fjölnisdóttir</i> y otros contra Islandia	ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812
STEDH	Sección 5ª	16 de julio de 2020	Asunto <i>D.</i> contra Francia	ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818
STEDH	Sección 5ª	24 de marzo de 2022	Asunto <i>AM</i> contra Noruega	ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD003025418

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA				
Resolución	Sección	Fecha		ECLI
STJUE	Gran Sala	13 de mayo de 2014	Asunto <i>Google Spain, S.L.</i> contra <i>AEPD</i> y <i>Mario Costeja</i>	ECLI:EU:C:2014:317
STJUE	Sección 2ª	2 de junio de 2016	Asunto <i>Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff</i> contra <i>Standesamt der Stadt Karlsruhe</i>	ECLI:EU:C:2016:401
STJUE	Sección 1ª	27 de noviembre de 2018	Asunto <i>VG</i> contra Comisión Europea	ECLI:EU:T:2018:841



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Resolución	Sala	Nº	Fecha	ECLI
Sentencia	Pleno	292/2000	30 de noviembre de 2000	ECLI:ES:TC:2000:292
Sentencia	Pleno	99/2019	18 de julio de 2019	ECLI:ES:TC:2019:99
Sentencia	Sala 2ª	117/1994	25 de abril de 1994	ECLI:ES:TC: 1994:117
Sentencia	Sala 2ª	167/2013	7 de octubre de 2013	ECLI:ES:TC: 2013:167
Sentencia	Sala 2ª	81/2001	26 de marzo de 2001	ECLI:ES:TC:2001:81
Sentencia	Pleno	116/1999	17 de junio de 1999	ECLI:ES:TC:1999:116
Sentencia	Pleno	200/2001	4 de octubre de 2001	ECLI:ES:TC:2001:200
Sentencia	Pleno	116/1999	17 de junio de 1999	ECLI:ES:TC:1999:116
Sentencia	Sala 2ª	54/1989	23 de febrero de 1989	ECLI:ES:TC:1989:54

**TRIBUNAL SUPREMO**

Resolución	Sala	Nº	Fecha	ECLI
Sentencia	Primera, de lo Civil. Pleno	545/2015	15 de octubre de 2015	ECLI:ES:TS:2015:4132
Sentencia	Primera, de lo Civil. Pleno	212/2016	5 de abril de 2016	ECLI:ES:TS:2016:1280
Sentencia	Tercera, de lo Contencioso	1175/2020	17 de septiembre de 2020	ECLI:ES:TS:2020:2873
Sentencia	Primera, de lo Civil	127/2020	26 de febrero de 2020	ECLI:ES:TS:2020:601
Sentencia	Primera, de lo Civil	929/2007	17 de septiembre de 2007	ECLI:ES:TS: 2007:5818
Sentencia	Primera, de lo Civil	645/2020	30 de noviembre de 2020	ECLI:ES:TS: 2020:4482
Sentencia	Primera, de lo Civil	776/1999	21 de septiembre de 1999	ECLI:ES:TS:1999:5672
Sentencia	Primera, de lo Civil. Pleno	247/2014	6 de febrero de 2014	ECLI:ES:TS:2014:247
Sentencia	Primera, de lo Civil. Pleno	1153/2022	13 de marzo de 2022	ECLI:ES:TS:2022:1153
Sentencia	Primera, de lo Civil	3621/1996	14 de junio de 1996	ECLI:ES:TS:1996:3621
Sentencia	Primera, de lo Civil	1079/2003	10 de noviembre de 2003	ECLI:ES:TS:2003:6997
Sentencia	Primera, de lo Civil	558/2022	11 de julio de 2022	ECLI:ES:TS:2022:3002
Sentencia	Primera, de lo Civil	740/2013	5 de diciembre de 2013	ECLI:ES:TS:2013:5765
Sentencia	Primera, de lo Civil	836/2013	15 de enero de 2013	ECLI:ES:TS:2014:608
Sentencia	Primera, de lo Civil	776/1999	21 de septiembre de 1999	ECLI:ES:TS:1999:5672
Sentencia	Primera, de lo Civil. Pleno	629/2018	13 de noviembre de 2018	ECLI:ES:TS:2018:3700
Sentencia	Segunda, de lo Penal	239/2021	17 de marzo de 2021	ECLI:ES:TS:2021:914
Sentencia	Primera, de lo Civil	573/016	29 de septiembre de 2016	ECLI:ES:TS:2016:4176
Sentencia	Primera, de lo Civil. Pleno	318/2011	4 de julio de 2011	ECLI:ES:TS:2011:5546
Sentencia	Primera, de lo Civil	669/2004	12 de julio de 2004	ECLI:ES:TS:2004:5032
Sentencia	Primera, de lo Civil. Pleno	494/2016	15 de julio de 2016	ECLI:ES:TS:2016:3192
Sentencia	Primera, de lo Civil	453/2004	27 de mayo de 2004	ECLI:ES:TS: 2004:3668
Sentencia	Primera, de lo Civil	1012/2008	29 de octubre de 2008	ECLI:ES:TS:2008:5691
Sentencia	Primera, de lo Civil	300/2012	10 de mayo de 2012	ECLI:ES:TS:2012:3058
Sentencia	Primera, de lo Civil. Pleno	494/2016	15 de julio de 2016	ECLI:ES:TS:2016:3192
Sentencia	Primera, de lo Civil. Pleno	835/2013	6 de febrero de 2014	ECLI:ES:TS:2014:247
Sentencia	Primera, de lo Civil. Pleno	277/2022	31 de marzo de 2022	ECLI:ES:TS:2022:1153

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

<b>Resolución</b>	<b>Sala</b>	<b>Nº</b>	<b>Fecha</b>	<b>ECLI</b>
Sentencia	Sala de lo Civil y Penal	49/2021	30 de septiembre de 2021	ECLI:ES:TS:2015:4132
Sentencia	Sala de lo Civil y Penal	48/2021	27 de septiembre de 2021	ECLI:ES:TSJCAT:2021:9227
Sentencia	Sala de lo Civil y Penal	47/2019	1 de julio de 2019	ECLI:ES:TSJCAT:2019:5694
Sentencia	Sala de lo Civil y Penal	49/2019	8 de julio de 2019	ECLI:ES:TSJCAT:2019:6124
Sentencia	Sala de lo Civil y Penal	31/1997	16 de diciembre de 1997	ECLI:ES:TSJCAT:1997:2668
Sentencia	Sala de lo Civil y Penal	17/1998	29 de junio de 1998	ECLI:ES:TSJCAT:1998:5639
Sentencia	Sala de lo Civil y Penal	44/2008	22 de diciembre de 2008	ECLI:ES:TSJCAT:2008:14519

**OTROS JUZGADOS Y TRIBUNALES**

<b>Resolución</b>	<b>Tribunal/Juzgado</b>	<b>Nº</b>	<b>Fecha</b>	<b>ECLI</b>
Sentencia	Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª)	570/2015	24 de septiembre de 2015	ECLI:ES:APV:2015:4116
Auto	Audiencia Nacional	Rec 53/2008	18 de noviembre de 2008	ECLI:ES:AN:2008:67A
Auto	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Pozuelo de Alarcón	Rec 285/2012	25 de junio de 2013	ECLI:ES:JPII:2012:12A
Sentencia	Juzgado de Primera Instancia de Mislata (Valencia)	35/2017	9 de marzo de 2017	ECLI:ES:JPI:2017:792