

# EL DERECHO (¿CONSTITUCIONAL?) A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO \*

M.<sup>a</sup> CORONA QUESADA GONZÁLEZ

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona

«¡Jamás! ¡Con tales prendas, yo no paro hasta saber al fin de quién desciendo!... ¡Reviente lo que quiera! Yo estoy firme en dar con mi linaje, por más bajo que venga a resultar» (Sófocles, *Edipo Rey*)

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO EN ALEMANIA. 2.1. Desarrollo doctrinal del derecho a conocer el propio origen biológico. 2.2. Reconocimiento del derecho a conocer el propio origen biológico por el *Bundesverfassungsgericht*.—3. EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN. 3.1. La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. 3.1.1. La dignidad de la persona. 3.1.2. El libre desarrollo de la personalidad. 3.2. Consideración del derecho a conocer el propio origen biológico como derecho de la personalidad.—4. PROYECCIÓN DEL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN EN DERECHO CIVIL COMÚN Y EN DERECHO CIVIL CATALÁN. 4.1. Determinación jurídica de la filiación conforme a las reglas generales. 4.1.1. En Derecho civil común. 4.1.1.1. Filiación matrimonial. 4.1.1.2. Filiación no matrimonial. 4.1.2. En Derecho civil catalán. 4.1.2.1. Filiación matrimonial. 4.1.2.2. Filiación no matrimonial. 4.1.3. Posible ejercicio de una acción judicial dirigida a la mera investigación de la paternidad. 4.2. Obligación (¿jurídica?) de la madre de revelar la identidad del padre. 4.2.1. Estado de la cuestión en Alemania. 4.2.2. Toma de posición en el Derecho civil

---

\* Trabajo realizado con ayuda del Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada de la Generalitat de Cataluña.

común y en el Derecho civil catalán. 4.3. El derecho a conocer el propio origen biológico en caso de adopción. 4.3.1. Derecho a consultar el Registro civil. 4.3.2. Ejercicio de la acción de reclamación de la filiación. 4.3.2.1. En Derecho comparado. 4.3.2.2. En Derecho civil común. 4.3.2.3. En Derecho civil catalán. 4.4. El derecho a conocer el propio origen biológico en caso de fecundación asistida con gametos de donante. 4.4.1. En Derecho civil común. 4.4.2. En Derecho civil catalán.—5. CONCLUSIÓN. ABREVIATURAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde finales de la década de los años cuarenta, aproximadamente, defienden algunos autores en Alemania que existe un derecho a conocer el propio origen o ascendencia biológica del que toda persona es titular. Frente a la ya vieja y superada máxima *pater semper incertus est* abogan, los que así piensan, por el reconocimiento del por ellos llamado *Recht auf Kenntnis der eigenen (blutmäßigen/genetischen/biologischen) Abstammung*<sup>1</sup>. Posición doctrinal que ha sido fortalecida y corroborada por dos recientes sentencias del *Bundesverfassungsgericht*<sup>2</sup> (Tribunal Constitucional alemán), y que al parecer trascenderá a la ley si se lleva a cabo la reforma del Derecho de filiación que se está preparando en Alemania, por ser, precisamente, la salvaguardia legal del derecho a conocer el propio origen uno de los principales objetivos que con la misma se persigue<sup>3</sup>.

Por ser éste, tema muy sugestivo, de gran interés actual por su trascendencia social y humana, además de jurídica (piénsese en las modernas técnicas de reproducción asistida)<sup>4</sup>, mi propósito es examinar aquí la posibilidad de deducir de nuestra Constitución un derecho de la personalidad a conocer el propio origen y, en su caso, estudiar su proyección en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán (en atención a sus recientes y autónomas leyes, de filiación de 27 de abril de 1991 y de adopción de 30 de diciembre de 1991) en diversos ámbitos.

<sup>1</sup> Vide, GIESEN, «Genetische Abstammung und Recht», *Jz*, 1989, pp. 365 y ss.; DEICHFUß, «Recht des Kindes auf Kenntnis seiner blutmäßigen (genetischen) Abstammung?», *NJW*, 1988, p. 114; y GOTTWALD, «Recht auf Kenntnis der biologischen Abstammung?», *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Festschrift für Heinrich Hubmann*, Frankfurt, 1985, p. 112.

<sup>2</sup> En adelante *BVerfG*.

<sup>3</sup> Consúltese, sobre esto, «Reform des kindschaftsrechts», *FamRZ*, 1993, p. 278.

<sup>4</sup> Según GIESEN, tras una etapa de relativa tranquilidad, las controversias sobre el derecho a conocer la filiación genética han recibido un nuevo impulso en la década de los años ochenta, por los progresos conseguidos en materia de técnicas de reproducción asistida («Genetische Abstammung und Recht», *loc. cit.*, pp. 365 y 366).

Para mejor ilustrar el tema no está de más, como cuestión previa, analizar las razones que han llevado a cierto sector (mayoritario) de la doctrina alemana y al *BVerfG* a configurar el derecho a conocer la verdadera filiación como una concreción del derecho general de la personalidad consagrado en la *Grundgesetz* y derivado de los Arts. 1-I y 2-I de la misma <sup>5</sup>.

## 2. EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO EN ALEMANIA

En la versión originaria del *BGB* la relación jurídica entre un hijo no matrimonial y su padre sólo podía ser alimenticia, sin que entrañara en ningún caso algún otro efecto (padre e hijo no eran siquiera parientes). De ahí que se considerara que una acción de reclamación de la paternidad con efectos frente a todos no era imprescindible. La paternidad sólo podía ser declarada incidentalmente como cuestión previa en el proceso de alimentos <sup>6</sup>.

Un gran impulso recibió el tratamiento jurídico de la filiación en Alemania con la creciente importancia del Derecho público (especialmente del Derecho de la Seguridad Social) y el influjo de la ideología racista del nacionalsocialismo <sup>7</sup>. Para poder distinguir a los sujetos de raza aria (*Arier*) de los que no lo eran (*Blutsfremde*) se creyó conveniente que existiera un proceso de estado en el que la paternidad pudiera ser declarada con efectos frente a todos <sup>8</sup>. El Tribunal Supremo del *Reich* tuvo en cuenta esta demanda y tras alguna demora (en 1939) aplicó analógicamente las reglas de los procesos de estado (§ 640 *ZPO* y ss.) a la acción de declaración de la paternidad (*Abstammungsfeststellungsklage*) <sup>9</sup>. De este modo se empezó a reconocer un derecho del hijo no matrimonial a la declaración de su filiación biológica <sup>10</sup>.

Tras el fin del dominio nacionalsocialista se originó cierta inseguridad acerca de la suerte de la *Abstammungsfeststellungskla-*

---

<sup>5</sup> Destaca por su gran contribución al reconocimiento y consagración en Alemania del derecho general de la personalidad deducido de los arts. 1-I y 2-I GG, la obra de HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Munster/Köln, 1953, *passim*. Véase también PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg, 1991, p. 349.

<sup>6</sup> Consúltese, DEICHFUß, *Abstammungsrecht und Biologie*, Heidelberg, 1991, pp. 7 y 114; BRUNS, «Abstammungsfeststellungsklage», *ZfP*, 1951, p. 109; y FRANK, «Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?», *FamRZ*, 1988, pp. 117 y 118.

<sup>7</sup> *Cfr.* DEICHFUß, *Abstammungsrecht*, cit., p. 114.

<sup>8</sup> Véase, GOTTWALD, *op. loc. cit.*, p. 113; y KOCH, «Der Anspruch der Descendenden auf Klärung der genetischen Abstammung - ein Paradigmawechsel im Abstammungsrecht», *FamRZ*, 1990, p. 571.

<sup>9</sup> Consúltese, DEICHFUß, *Abstammungsrecht*, cit., p. 114; FRANK, «Recht auf Kenntnis...», cit., p. 117; BRUNS, *op. loc. cit.*, p. 114; y KOCH, *op. loc. cit.*, p. 571.

<sup>10</sup> *Vide*, GOTTWALD, *op. loc. cit.*, p. 113.

ge <sup>11</sup> al presentarse tal acción como *tipisch nationalsozialistisch* <sup>12</sup>. Por eso, en un determinado momento, se sintió la necesidad de desvincular dicha acción de la ideología hasta entonces imperante. A una parte de la doctrina se le ocurrió la idea de fundamentar el especial interés del hijo no matrimonial en la declaración de su filiación en el derecho general de la personalidad <sup>13</sup>.

Un sutil sentimiento del valor de la persona y los importantes progresos de las pruebas biológicas hicieron aparecer la *Abstammungsfeststellungsklage*, tras 1945, como indispensable. Se impuso así dicha acción en la doctrina y también en la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* <sup>14</sup> (Tribunal Supremo Federal alemán). El *BVerfG* confirmó expresamente esta jurisprudencia que fue finalmente acogida por el legislador con la introducción de la acción de estado declarativa de la filiación en 1961 <sup>15</sup> y en la posterior reforma del Derecho de filiación no matrimonial de 1969 <sup>16</sup>.

## 2.1. Desarrollo doctrinal del derecho a conocer el propio origen biológico

En el contexto descrito se fue consolidando en Alemania la idea de que el derecho a conocer la propia filiación es un derecho de la personalidad. Aun no regulado explícitamente y como tal en el *BGB*, ya antes de la entrada en vigor de la *Grundgesetz* entendió algún autor que todo hombre tiene derecho a saber quién es su padre, por ser una cuestión que atañe muy de cerca a la persona, a su personalidad.

Guggemos basó su razonamiento en el artículo 100 de la Constitución bávara de 1946, que es un precepto homólogo al actual art. 1-I GG en el que se reconoce la inviolabilidad de la dignidad de la persona <sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Consúltese, BRUNS, *op. loc. cit.*, sobre todo la p. 114 y ss.; y SCHWAB, «Das rechtliche Interesse bei Erhebung der Abstammungsklage im Statusprozeß», *Ehe und Familie*, 1954, p. 166 y ss.

<sup>12</sup> La expresión es de DEICHFUB, *Abstammungsrecht*, cit., p. 114.

<sup>13</sup> Según DEICHFUB, tal argumentación era atractiva, porque una restauración del especial valor del individuo y de su personalidad tras doce años de *Kollektivismus* podía esperar aprobación (*Abstammungsrecht*, cit., p. 115).

En cambio, opina SMID, que el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán) permitió de nuevo la *Klage auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung* no en atención al derecho general de la personalidad, sino por la necesidad de evitar enfermedades hereditarias y relaciones incestuosas («Recht auf Kenntnis der eigenen blutsmäßigen Abstammung?», *JR*, 1990, p. 224).

<sup>14</sup> En lo sucesivo *BGH*.

<sup>15</sup> Véase, KOCH, *op. loc. cit.*, p. 571; y DUNZ, «Das neue Familienrechtsänderungsgesetz», *NJW*, 1961, p. 2140.

<sup>16</sup> *Cfr.* GOTTWALD, *op. loc. cit.*, p. 113.

<sup>17</sup> «Die Abstammungsklage des unehelichen Kindes», *NJW*, 1947/48, p. 59.

Neumann Duesberg, vigente ya la *Grundgesetz*, fundamentó este derecho de la personalidad en la analogía existente entre el derecho al conocimiento de la filiación biológica y el derecho al nombre (*Namensrecht des § 12 BGB*)<sup>18</sup>, por ser ambos distintivos individualizadores de la persona<sup>19</sup>.

No obstante, tras el advenimiento de la *Grundgesetz* la mayoría de la doctrina lo incluye en el que denomina «derecho general de la personalidad» que fue estructurado por el *BGH* como cláusula abierta partiendo de los Arts. 1-I y 2-I GG, donde se declara intangible la dignidad del hombre (Art. 1-I GG) y se reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad dentro del marco del orden constitucional, de la ley moral y del respeto debido a los derechos de los demás (Art. 2-I GG)<sup>20</sup>.

La *Grundgesetz* ha sido, pues, en Alemania, la clave de bóveda que ha permitido construir definitivamente el derecho a conocer la filiación biológica, como uno de los particulares derechos de la personalidad, derivado del llamado derecho general de la personalidad<sup>21</sup>. Con tal fundamento afirmaba ya

<sup>18</sup> Vide, HUBMANN, *op. cit.*, pp. 214 y 218.

<sup>19</sup> En un principio así lo entendió NEUMANN-DUESBERG («Die Abstammungsfeststellungsklage», *NJW*, 1950, p. 15; «Anmerkungen zu BGH», *MDR*, 1952, p. 487; «Das Rechtsverhältnis bei der Abstammungsfeststellungsklage», *NJW*, 1955, p. 578). Véase en sentido diferente, BRUNS, *op. loc. cit.*, pp. 121 y 122. Más tarde consideró NEUMANN-DUESBERG (en «Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB», *NJW*, 1957, p. 1342) que el derecho al esclarecimiento de la verdadera filiación es un derecho particular derivado del general derecho de la personalidad protegido constitucionalmente por los arts. 1 y 2 GG. DURIG estima que dada la fuerza llenadora de vacíos del art. 2-I GG para proteger la personalidad, se incluye también en él el derecho a los medios de individualización de la persona, considerando que la *blutmäßige Abstammung* es uno de ellos (*Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, München, 1986, pp. 37 y 39).

<sup>20</sup> Así, NIPPERDEY (en *Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Halbband, Tübingen, 1959, p. 591; en «Freie Entfaltung der Persönlichkeit», *Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte*, Bd. IV, 2. Halbband, Berlin, 1962, p. 847; y en «Die Würde des Menschen», *Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte*, Bd. II, 2. Auf., Berlin, 1968, p. 43); KRÜGER (en *Krüger/Breetzke/Nowack, Gleichberechtigungsgesetz Kommentar*, München-Berlin, 1958, p. 153; y en «Uneheliche Kinder», *Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte*, Bd. IV, 1. Halbband, Berlin, 1960, p. 347); KLEINEKE (*Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, 1976, pp. 24 y ss.); y los autores que al hablar de la fecundación asistida con gametos de donante se citan en la nota 166.

<sup>21</sup> Sin embargo, también criticaron ya en un principio ciertos autores (en concreto, Bosch, Zippelius y Beitzke) la postura de los que defienden que de los textos legales se puede inferir que el derecho al conocimiento de la verdadera filiación es un derecho de la personalidad, esgrimiendo argumentos extraídos del *BGB* (KLEINEKE, *op. cit.*, p. 27). Argumentos que han sido, en mi opinión, brillantemente rebatidos por KLEINEKE bajo el razonamiento fundamental de que de los §§ 1594 ss. y 1600 a) ss. *BGB* (donde se regula, respectivamente, la filiación matrimonial y la no matrimonial) no se puede deducir nada contra la admisión como principio de un derecho fundamental al conocimiento de la verdadera filiación, puesto que esos preceptos sólo muestran los límites de ese derecho (*op. cit.*, p. 41).

Nipperdey<sup>22</sup> que tanto los progenitores como el hijo tienen derecho a que se esclarezca la filiación, ya que se trata de una cuestión esencial para su personalidad. De este derecho inherente a la persona surge el derecho de poder reclamar con eficacia *erga omnes*, por vía de la acción de estado, la declaración de la filiación genética, puesto que sólo una semejante manifestación en el proceso de estado puede dar certeza sobre el vínculo biológico.

Se ha sostenido, por una muy autorizada doctrina dentro de la propia Alemania<sup>23</sup>, que este derecho de la personalidad se ve fortalecido, respecto de los hijos no matrimoniales, por el art. 6-V GG («la legislación creará para los hijos ilegítimos las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos») porque, como observa Kleineke, con la determinación del padre se equipara la certeza de la filiación del hijo extramatrimonial a la que tiene el hijo matrimonial sobre la suya, por regla general, ya desde que nace<sup>24</sup>.

Después de Kleineke, cuya obra ha constituido un hito en esta materia<sup>25</sup>, es mayoritaria la doctrina alemana que se pronuncia a favor de la consagración constitucional de un derecho al conocimiento de la verdadera filiación<sup>26</sup>, frente a cierto sector doctrinal reacio que no lo cree procedente o se opone a ello<sup>27</sup>.

Sea como fuere, decisivo ha sido su reciente reconocimiento por el *BVerfG*.

<sup>22</sup> Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 591.

<sup>23</sup> Véase, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 51; y KNÖPFEL, «Beistand und Rücksicht zwischen Eltern und Kindern (§ 1618 a BGB)», *FamRZ*, 1985, p. 563.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 51.

<sup>25</sup> Véase un comentario amplio de la obra de Kleineke en DEICHFUß, *Abstammungsrecht*, cit., pp. 120 y ss.

<sup>26</sup> Como autores más representativos de esta dirección doctrinal cabe citar a COESTER-WALTJEN, «Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht», *FamRZ*, 1992, p. 372; ENDERS, «Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung», *NJW*, 1989, pp. 881 y ss.; GIESEN, «Genetische Abstammung und Recht», *loc. cit.*, pp. 364 y ss.; MANSEES, «Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft», *NJW*, 1988, pp. 2984 y ss.; y SCHMIDT-DIDCZUHN, «(Verfassungs) Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung?», *JR*, 1989, pp. 228 y ss.

<sup>27</sup> *Sic*, DEICHFUß, «Recht des Kindes auf Kenntnis...», *loc. cit.*, pp. 113 y ss., en especial la p. 116; FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, pp. 113 y ss.; GOTTWALD, *op. loc. cit.*, pp. 111 y ss., en particular la p. 125; y HASSENSTEIN, «Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung», *FamRZ*, 1988, pp. 120 y ss.

## 2.2. Reconocimiento del derecho a conocer el propio origen biológico por el *Bundesverfassungsgericht*

En los últimos tiempos el *BVerfG* en dos sentencias notables, con supuestos de hecho distintos, ha reconocido expresamente que todo hombre tiene un derecho a la aclaración de su procedencia biológica<sup>28</sup>.

En el primer caso, resuelto por la sentencia de 18-1-1988<sup>29</sup>, una hija de treinta años deseaba conocer el nombre de su padre por motivos de índole personal, pero sobre todo económicos, para poder hacer valer sus derechos hereditarios. El *BVerfG* no admitió el recurso planteado ante él por la madre<sup>30</sup> y confirmó la decisión de los Tribunales inferiores<sup>31</sup>, quienes consideraron que el hijo no matrimonial tiene derecho a conocer a través de su madre el nombre de su padre, lo que implica posponer el derecho a la intimidad de la madre dando preferencia al derecho de la personalidad del hijo a conocer su verdadera filiación. Según el *BVerfG* el derecho del hijo no matrimonial a conocer a su padre halla protección en el ámbito del derecho general de la personalidad.

En el segundo caso, decidido por la sentencia de 31-1-1989<sup>32</sup>, un hijo matrimonial mayor de edad impugnó su filiación matrimonial a pesar de que no concurría ninguno de los supuestos previstos legalmente (*cfr.* § 1596 BGB) en los que procede la acción de impugnación<sup>33</sup>. El *BVerfG* declaró inconstitucionales los pre-

---

<sup>28</sup> Aunque ya en otras sentencias anteriores lo había evocado al afirmar que todo hombre tiene un interés jurídico en conocer su filiación genética (*vide*, GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, 1989, pp. 366 y 367).

Según SMID, en la sentencia del *BGH* de 11.11.1981 ya se perfilaban cambios (*op. loc. cit.*, p. 223). Véase una más amplia referencia sobre esta resolución en la nota 107.

<sup>29</sup> *Vide*, *FamRZ*, 1989, p. 147.

<sup>30</sup> Según el § 93 b I Nr. 2 *BVerfGG* puede la Sala, por decisión unánime, rechazar un recurso de inconstitucionalidad, cuando no tiene suficientes perspectivas de éxito (consúltase sobre esto, con referencia a la sentencia de que hablamos, RAMM, «Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht», *NJW*, 1989, p. 1594).

<sup>31</sup> Véase la sentencia del *AmtsG Passau* de 15.7.1987 en *FamRZ*, 1987, p. 1309; y la del *LG Passau* de 26.11.1987, en *FamRZ*, 1988, p. 210.

El *AmtsG Passau* fundó su decisión: en el § 1618 a) BGB («Padres e hijos están obligados a ayudarse y respetarse mutuamente») —por considerar que no es una norma meramente programática, sino que contiene auténticas obligaciones jurídicas exigibles judicialmente en cada caso particular—; en el § 1934 a) y ss. BGB (donde se regulan los derechos hereditarios de los hijos no matrimoniales); y en el art. 6-v GG (véase su contenido en el epígrafe. 2.1.).

Recurrida la sentencia del *AmtsG* por la madre el *LG Passau* se limitó, diciendo poco más, a confirmar la decisión de aquél.

<sup>32</sup> *Vide*, *FamRZ*, 1989, p. 255.

<sup>33</sup> Según el § 1596 BGB, «el hijo puede impugnar su *Ehelichkeit* (matrimonialidad), cuando: 1. El marido ha muerto o ha sido declarado fallecido, sin que el derecho de impugnación según el § 1596 BGB se haya perdido; 2. Ha sido declarado el divorcio, la separación o la nulidad, o cuando el matrimonio desde hace tres años vive

ceptos en que se contienen esos supuestos, por constituir estrechos límites que provocan que al hijo mayor de edad sólo le sea posible aclarar su procedencia genética en casos excepcionales.

En la última sentencia, que parece haber tenido más resonancia que la primera <sup>34</sup>, lo más destacable es la interpretación que el *BVerfG* hace sobre cómo ha de ser entendido el derecho a conocer el origen biológico. Considera que el mismo no concede ningún derecho al suministro efectivo de conocimientos acerca de la propia filiación, sino que sólo procura protección al interesado ante la retención de información (por otras personas) susceptible de ser obtenida. Es decir, no es que en virtud del derecho a conocer el verdadero origen biológico a la persona se le haya de proporcionar información sobre su filiación sin más, sino que tiene derecho a reclamarla sin que proceda una ocultación o reserva de la misma cuando ésta puede ser conseguida <sup>35</sup>. Con esta inteligencia el *BVerfG* no estatuye un derecho absoluto a conocer la ascendencia biológica, sino que estima que también éste, como cualquier otro derecho protegido constitucionalmente, debe tolerar ciertas limitaciones <sup>36</sup>. Relevante en esta sentencia es, además, que el derecho a conocer el propio origen biológico se predica también para los hijos matrimoniales, pues en un principio tan sólo se defendía respecto de los hijos no matrimoniales, por ser los que más dificultades han encontrado siempre para determinar su filiación.

Característica común y decisiva de ambas resoluciones es que el *BVerfG* tomó expresamente en consideración, por primera vez, que todo hombre tiene un derecho a conocer su procedencia biológica <sup>37</sup>.

---

separado y no cabe esperar que la vida matrimonial en común se reanude; 3. La madre se ha casado con el progenitor del hijo; 4. La impugnación a causa de un modo de vivir inmoral o deshonesto o a causa de un delito del marido contra el hijo está justificada moralmente; 5. La impugnación a causa de una grave enfermedad hereditaria del marido está justificada moralmente. En los casos de los números 1 a 3 el hijo puede impugnar su *Ählichkeit* dentro del plazo de dos años...».

<sup>34</sup> Según GIESEN, el *BVerfG* con la sentencia de 18.1.1988 se encaminó hacia el reconocimiento del derecho a conocer la propia filiación genética, pero no le dio un expreso fundamento hasta la sentencia de 31.1.1989 («Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, 1989, pp. 366 y 367).

Véase, también, SMID, *op. loc. cit.*, p. 224.

<sup>35</sup> Consúltese, sobre esto, GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 368; STARCK, «Anmerkung, Urteil des BVerfG v. 31.1.1989», *Jz*, 1989, p. 339; SMID, *op. loc. cit.*, p. 225; COESTER-WALTJEN, «Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht», *loc. cit.*, p. 372; RAMM, *op. loc. cit.*, p. 1595; y ENDERS, *op. loc. cit.*, p. 882.

<sup>36</sup> Vide, en particular, ENDERS, *op. loc. cit.*, p. 882; y FRANK, «Die unterschiedliche Bedeutung der Blutsverwandtschaft im deutschen und französischen Familienrecht», *FamRZ*, 1992, p. 1366.

<sup>37</sup> Véase, en sentido crítico, KOCH, *op. loc. cit.*, p. 573; y RAMM, *op. loc. cit.*, p. 1595.

### 3. EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

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 que debiera ser elevado a la categoría de derecho de la personalidad y ser así apreciado en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán, como ya se ha sugerido atinadamente en nuestro país con referencia a uno u otro ordenamiento jurídico <sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Ya SÁNCHEZ ROMÁN escribió en 1898, refiriéndose al derecho de investigar la paternidad: «se trata... de un derecho del hijo, que pertenece a la esfera inmanente de todos los naturales propios de la personalidad, que la ley no debe estorbar en su ejercicio, ni menos desconocer, para acreditar la cualidad de su filiación, que no puede depender de la voluntad exclusiva de los padres otorgarla o negarla» («Derecho de familia», *Estudios de Derecho civil*, t. IV, vol. 2.º, Madrid, 1898, p. 999).

Sobre este particular dice RIVERO: «en lo que afecta al *status* jurídico del hijo extramatrimonial, a mí no me preocupa tanto que en algún caso se le hayan negado incluso alimentos y sólo se le reconocieran los auxilios necesarios para la subsistencia (caso del hijo ilegítimo no natural antes de la reforma de 1981), o que su legítima o sus derechos sucesorios abintestato sean menores que los del hijo matrimonial; sino el que se le haya limitado e incluso prohibido en no pocos casos el conocer jurídicamente quién era su padre. Yo me he planteado, y he propuesto, que ésta es una cuestión que habría que llevar incluso al terreno de los derechos de la personalidad, y tener una protección y tratamiento a ese nivel. Pienso que el derecho de conocer quiénes son sus progenitores, a quién se debe, para bien o para mal, el estar en este mundo, es un derecho que a nadie le puede ser negado, y más en un país como el nuestro donde el nacimiento en o fuera del matrimonio, el tener padres conocidos o no, está vinculado tan de cerca al honor de la persona y de las familias. Entiendo que el conceder a todo nacido el buscar y poder encontrar jurídicamente a sus padres es un derecho que a nadie le puede ser negado; es o debe ser un auténtico derecho de la personalidad, no sólo por su proximidad al honor (aquí, en nuestro país sobre todo, decía), sino *per se*, por el solo hecho de ser traído a este valle de lágrimas sin ser consultado» («La filiación en Cataluña en el momento actual», *Temas de Dret civil català, Quaderns de ciències socials*, núm. 6, 1984, p. 143). Véase también de este autor, «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», *La filiación a finales del siglo XX. II Congreso Mundial Vasco*, Vitoria, 1987, pp. 157 y ss.

VILLANUEVA y CASTELLANO llegan incluso a afirmar: «no es cuestión baladí este derecho, el saber quién es su padre o su hijo que dentro de los “llamados de la personalidad” debería figurar en lugar de privilegio» («La investigación de la paternidad ante la perspectiva constitucional», *REML*, 1981, p. 8).

Es también muy interesante, el trabajo de ROCA TRÍAS, «Adopción y datos biogénéticos: el proyecto “genoma humano” como auxiliar de las técnicas de desarrollo de la personalidad», Comunicación presentada en la *Reunión internacional sobre el Derecho ante el proyecto genoma humano*, Bilbao, 24-26 mayo 1993, pendiente de publicación (amablemente proporcionado por la autora). En este trabajo se destaca que el derecho a conocer el propio origen tiene ligámenes considerables con otros derechos fundamentales (v. gr., con el derecho a la intimidad y con el respeto a la dignidad de la persona), además de implicaciones sanitarias.

Entiendo que partiendo de determinados preceptos de la Constitución es posible llegar a considerar el derecho al conocimiento del verdadero origen biológico como uno de los llamados derechos de la personalidad.

### 3.1. La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad

A la persona, que es centro de todo lo jurídico <sup>39</sup>, se le reconoce por el solo hecho de serlo, un valor: la personalidad <sup>40</sup>. La dignidad de la persona es la faceta estática de esa personalidad, de la que se desprende que todo ser humano, en cuanto tal, merece ser tratado con respeto y deferencia, independientemente de sus méritos y deméritos, e incluso de la forma como se comporte. De ahí que se estime que existen ciertos derechos indeclinables, inviolables, que le son inherentes <sup>41</sup>.

En cambio, el libre desarrollo de la personalidad, en cuanto 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. Sin olvidar que para que el ejercicio de cualquier derecho conduzca al libre desarrollo de la personalidad de un individuo sin impedirselo a otros, debe respetarse la ley y los derechos de los demás (principios negativos), dada la alteridad de las relaciones jurídicas.

A ambos principios —dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad— recurre, en definitiva, la doctrina alemana cuando fundamenta el derecho al conocimiento del verdadero origen biológico en el derecho general de la personalidad, en cuanto deduce éste de esos dos principios de constante referencia <sup>42</sup>. En ellos, como trataré de demostrar, es posible fundamentar también el derecho a conocer el propio origen en nuestro país.

---

<sup>39</sup> Como ya observara con fina intuición HERMOGENIANO en el Digesto *Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit...* (D, I, 5, 2) (DE COSSIO, «Evolución del concepto de la personalidad y sus repercusiones en el Derecho privado», RDP, 1942, p. 749).

<sup>40</sup> Según PERLINGIERI, la tutela de la personalidad no debe expresarse *in chiave di diritto della personalità*, sino más bien *di principio, di bene, di valore* en el que se inspira el ordenamiento jurídico. El valor unitario justifica la teoría de las *situazioni giuridiche soggettive* [denominación que da este autor a los llamados derechos de la personalidad] de naturaleza personal, que realizan prevalente y directamente el desarrollo de la personalidad (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Camerino-Napoli, 1984, p. 355).

<sup>41</sup> Como observa MANSEES, la vulneración de la dignidad humana supone que un hombre es tratado como si no fuera tal (*op. loc. cit.*, p. 2985).

<sup>42</sup> Consúltese, HUBMANN, por lo que hace al fundamento del derecho general de la personalidad (*op. cit.*, p. 104).

### 3.1.1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

La dignidad de la persona constituye la esencia del ser humano y comprende: 1.º por una parte, aquello que es atributo propio de su existencia antropológica y le distingue de otros seres vivos; y 2.º, por otra parte, lo que diferencia a cada hombre de los demás, incidiendo, pues, en lo que cada persona es, en su individualidad.

1.º El hombre se diferencia de otros seres vivos en que tiene el control de sí mismo. Sólo él puede dedicarse a la reflexión e introspección. A diferencia de animales y plantas el hombre tiene consciencia de que es un ser histórico, de que posee un pasado, un presente y un futuro. Es el único ser vivo que sabe que debe su existencia a la unión de dos gametos de otros seres como él<sup>43</sup>.

2.º El hombre individualmente considerado se diferencia de los demás por su estructura genética y sus caracteres propios adquiridos durante su desarrollo.

Su historia particular comienza con su generación a partir de la unión de los gametos de sus progenitores. De ahí que es esencial para el hombre, al reflexionar sobre su historia individual, poder hacerlo también sobre la procedencia de su constitución natural, sobre su filiación, en suma<sup>44</sup>. No basta, para que este anhelo humano se vea satisfecho, con tener el mero conocimiento de los datos genéticos sin averiguar de quienes procede la herencia genética que el individuo recibe<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. MANSEES, *op. loc. cit.*, p. 2985; SCHMIDT-DIDCZUHN, *op. loc. cit.*, 1989, p. 229; y STARCK, «1. Teilgutachten Verfassungsrechtliche Probleme», Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, *Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*, München, 1986, p. 24. véase, en sentido diferente, SMID, *op. loc. cit.*, p. 224.

<sup>44</sup> Explica SCHMIDT-DIDCZUHN que la especial protección de la personalidad humana tiene que ser entendida (en Alemania) como reacción frente a la política racista del tercer Reich, que degradó y convirtió a los hombres en objeto de una ideología. En el ámbito de las SS-Organisation «Lebensborn e V.» fueron sustraídos a sus padres y ocultados en hospicios alemanes un gran número de niños de los países del Este de Europa con el fin de la «Germanisierung». Estos niños que debían ser alemanes, obtuvieron un nuevo nombre y un falso certificado de nacimiento, su filiación fue a conciencia encubierta, ya que debían obtener una nueva identidad. Algunos de estos hombres buscan todavía hoy su verdadera ascendencia. Ante acciones como ésta —observa dicho autor— difícilmente se podría negar que la filiación biológica y su conocimiento pertenece a la esfera de la personalidad (*op. loc. cit.*, p. 230). Véase también GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 368; KLEINEKE, *op. cit.*, pp. 44 y ss.; y BUSSE, *Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung bei heterologer künstlicher Befruchtung (Samenspende, Eispende, Embryospende)*, Münster, 1988, p. 139.

<sup>45</sup> Así, MANSEES, *op. loc. cit.*, p. 2985; GIESEN, «Genetische Abstammung...» *loc. cit.*, p. 368; y COESTER-WALTJEN, «2. Teilgutachten Zivilrechtliche Probleme», Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, *Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*, Bd. I, München, 1986, p. 64.

Véase lo que se dice más adelante en el texto, al hablar de la fecundación asistida con gametos de donante, en el epígrafe 4.4.

Por todo ello, cabe considerar que el derecho a conocer el propio origen forma parte de la dignidad humana <sup>46</sup> y (su ejercicio) contribuye al libre desarrollo de la personalidad.

### 3.1.2. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El libre desarrollo de la personalidad se logra y potencia haciendo valer, sobre todo, los derechos inviolables inherentes a la persona a que alude el art. 10 CE.

La mayoría de la doctrina identifica esos derechos con los llamados «derechos de la personalidad» <sup>47</sup>, puesto que éstos se adquieren en el momento de nacer por el mero hecho de ser persona y se extinguen sólo con la muerte —sin perjuicio de que algunos de ellos prolonguen sus efectos *post mortem*—, constituyendo aquello que no puede faltar sin que la personalidad deje de ser lo que es.

Si nos atenemos a los caracteres propios de los derechos de la personalidad, clásicos ya en la materia, derivados de su peculiar naturaleza, que hace que sean esenciales e inherentes a la persona (y por ello, individuales y privados), además de extrapatrimoniales (lo que comporta su indisponibilidad, irrenunciabilidad, inexpropiabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad) <sup>48</sup>, creo obligado y lógico admitir que estamos ante algo más que un simple

---

<sup>46</sup> Vide, MANSEES, *op. loc. cit.*, pp. 2985 y ss.; SCHMIDT-DIDCZUHN, *op. loc. cit.*, pp. 229 y ss.; y STARCK, «1. Teilgutachten Verfassungrechtliche Probleme», *Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag*, *loc. cit.*, p. 24.

<sup>47</sup> Advierto que a pesar de que en este trabajo hablaré de «derechos de la personalidad», ello no significa, ni implica, el que esté prejuzgando que son meros derechos subjetivos. Nada más lejos de mi intención. Simplemente utilizaré estos términos por estar comúnmente aceptados.

Tal vez no sería mala idea resolver el problema terminológico con una «logomaquia», cambiando la denominación «derecho de la personalidad», por ejemplo, por la de «derechos de la personalidad», para evitar la confusión de creer que identifico estos «derechos» con los puros «derechos subjetivos»; del mismo modo como don Miguel de Unamuno llamó «novela» a una «novela» que incumplía los cánones clásicos, para sustraerse a la crítica de la doctrina literaria.

Con esto quiero decir que lo que importa son las razones de fondo y no las cuestiones terminológicas que puedan plantearse sobre este tema.

<sup>48</sup> Un estudio amplio de las características de los derechos de la personalidad lo ha hecho en nuestro país BELTRÁN DE HEREDIA, a quien he seguido a efectos de enumerarlos en el texto («Constitución jurídica de los derechos de la personalidad», *Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 29 de marzo de 1976*, Madrid, 1976, pp. 89 y ss.).

Véase también la exposición extensa que de los caracteres de esta categoría jurídica hace DE CUPIS en *I diritti della personalità*, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu y Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1982, pp. 85 y ss.

derecho subjetivo<sup>49</sup>, quizá ante otra figura jurídica más compleja. Cierta doctrina autorizada habla de situación o posición jurídica subjetiva<sup>50</sup> en la que se halla inserto un poder o un derecho subjetivo, que comprende, además, deberes y restricciones respecto de su ejercicio<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Como ha dicho acertadamente RIVERO es en el punto relativo a la naturaleza de los derechos de la personalidad donde se ha producido la mayor polémica, precisamente por la dificultad, en principio, de encasillar esta figura en el marco de los derechos subjetivos, categoría jurídica elaborada fundamentalmente en el ámbito del Derecho patrimonial y para los poderes jurídicos de esta clase («Parte general del Derecho civil», *Lacruz, Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. 2.º, Barcelona, 1983, p. 34).

Ya DE CASTRO resaltó lo inadecuado de aplicar a los llamados derechos de la personalidad el concepto de derechos subjetivos y propuso utilizar como figura central la del bien jurídico, que había sido difundida por la antigua filosofía escolástica, en lugar de la del derecho subjetivo («Los llamados derechos de la personalidad», *ADC*, 1959, p. 1260).

Sin embargo, CASTÁN entendió que «no hay ciertamente razones decisivas para negar la existencia de la categoría jurídica constituida por los derechos subjetivos de la personalidad» («Los derechos de la personalidad», *RGLJ*, 1952, p. 20). Postura que parecen también adoptar: BELTRÁN DE HEREDIA por considerar que existen similitudes suficientes para reconducir los derechos de la personalidad a la categoría de los derechos subjetivos de rango civil, sin perjuicio de innegables especialidades (*op. loc. cit.*, pp. 59 y ss.); HERNÁNDEZ GIL (en torno al discurso de recepción: «Construcción jurídica de los derechos de la personalidad», *Contestación al discurso de don José Beltrán de Heredia, leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 29 de marzo de 1976*, Madrid, 1976, pp. 123 y ss.); y DE LA VALGOMA («Comentario a la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», *ADH*, n.º 2, Madrid, 1983, p. 655).

También para DE CUPIS estamos ante derechos subjetivos. Entiende este autor (*op. ult. cit.*, p. 13) que todos los derechos, en cuanto destinados a dar contenido a la personalidad, podrían llamarse «derechos de la personalidad», pero que en el común lenguaje jurídico tal denominación se reserva para aquellos derechos subjetivos, cuya función respecto de la personalidad, se especializa, constituyendo el *minimum* necesario e imprescindible de su contenido.

<sup>50</sup> En esta línea se sitúa PERLINGIERI (*op. ult. cit.*, pp. 354 y ss.) al referirse a los derechos de la personalidad empleando la expresión *situazioni giuridiche soggettive* (*vide, supra*, la nota 40).

<sup>51</sup> Entre la más reciente doctrina española se empieza a cuestionar si estamos ante simples derechos subjetivos. Así CLAVERÍA GOSÁLVEZ tras rebatir (en «Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad», *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pp. 108 y ss.; y en «Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo», *ADC*, 1983, pp. 1257 y ss.) los principales argumentos que se han venido esgrimiendo por los autores que sostienen que los derechos de la personalidad no son derechos subjetivos —por su no tipificación legal, su carencia de objeto y la no existencia de poderes jurídicos efectivos antes o al margen de la violación de los intereses protegidos por ellos—, en un epígrafe que titula «hacia la superación de la fórmula del derecho subjetivo» dice (en «Notas...», *loc. cit.*, p. 115) que «hoy, en Derecho español formalmente vigente, algunos bienes de la personalidad son derechos subjetivos, al menos en cierta medida y en cierto modo. Otros no lo son aún (o no está claro que lo sean). Pero es necesario que todos devengan derechos subjetivos». Sin embargo, líneas más abajo añade: «y, relacionando esto con lo dicho sobre la indisponibilidad, habría que preguntarse: ¿derecho subjetivo, u

Tal conformación de los derechos de la personalidad, en mi opinión, no perturba, sino que más bien potencia, el encomiable y básico principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad.

Los derechos de la personalidad vienen a ser, en consonancia con la configuración de los mismos esbozada, manifestaciones concretas del valor personalidad.

La Constitución, desde una óptica *ius publicista*, dedica gran atención a la persona, lo que denota que el interés en su tutela trasciende de lo estrictamente privado. De nuestra *lex suprema* se colige que el ordenamiento jurídico es uno —aunando normas tanto de Derecho privado como de Derecho público, cuyo tradicional antagonismo deja de tener sentido— y protege a la personalidad de forma más eficaz, global y unitariamente, con independencia de sus manifestaciones específicas, es decir, prescindiendo de que sólo algunos derechos de la personalidad estén expresamente estereotipados, teniendo siempre presente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad<sup>52</sup>. Ésto implica que no es posible limitar el valor de la personalidad y el de su protección a esas manifestaciones típicas —que son expresión concreta del valor genérico personalidad— fraccionando, escindiendo lo que es único y unitario<sup>53</sup>.

---

otra figura más compleja y rica, protectora efectiva del titular que le permita ejercitar pero no renunciar, incluso que le obligue?»; y tras citar a LIDÓN —quien ha escrito recientemente que estos derechos pueden a veces llegar a ser un deber—, se pregunta: «¿no nos hallaremos ante un nuevo modo de situación, o relación jurídica?».

<sup>52</sup> Sostiene NIPPERDEY, en Alemania, que la dignidad del hombre y el derecho al libre desarrollo de su personalidad, son las partes integrantes de un derecho de la personalidad general, que es garantizado por el ordenamiento jurídico como derecho subjetivo público y privado (*durch die Rechtsordnung als subjektives öffentliches und privates Recht gewährleistet ist*) (Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 581).

<sup>53</sup> En este sentido BELTRÁN DE HEREDIA (*op. cit.*, pp. 53 y 54).

Dice sobre esto DOGLIOTTI, refiriéndose al Derecho italiano, que los arts. 2 y 3 *Cost.*, con el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo y la garantía del desarrollo de la personalidad, constituyen el primer y más eficaz elemento de protección del individuo. Considerándose, como se ha dicho, en tal sentido, contradictorio e incoherente el fraccionamiento de una noción de la personalidad por su naturaleza única e indivisible, los singulares derechos deberían entenderse referidos a particulares aspectos de un fenómeno más general, más allá de los cuales subsistirían posibilidades infinitas de manifestaciones concretas, seguramente garantizadas como facultad no sólo de preconstituirse una serie de posiciones (y protecciones) por así decirlo, «estáticas» (según el modelo de lo *ius excludendi alios*), sino también de afirmar una libre y «activa» autodeterminación y «expansión», para así afrontar siempre más eficazmente cualquier potencial e inédita agresión u obstáculo interpuesto a la afirmación de la personalidad («I diritti della personalità: questioni e prospettive», *Rasseg. dir. civ.*, 1982, p. 672).

Véase también un tratamiento amplio del tema en PERLINGIERI, *La Personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 12 y ss.

Forzoso es concluir, de acuerdo con lo que llevo dicho, que una cristalización en precisas definiciones jurídicas de los singulares derechos de la personalidad<sup>54</sup> chocaría con la concepción de la personalidad como valor, que varía de acuerdo con las exigencias de la sociedad<sup>55</sup>. Asimismo, una enumeración taxativa de estos derechos que se agotara en ella misma resultaría, sin duda, incompleta y arbitraria y no conforme con las necesidades de la vida inevitablemente mutable<sup>56</sup>. Por eso es más apropiado, evitando todo intento de concreción, y sin perjuicio de que algunos de los denominados derechos de la personalidad se hallen regulados o se regulen en un futuro próximo —lo que a veces es incluso conveniente para ver más nítidamente la filosofía jurídica subyacente en un momento histórico dado<sup>57</sup>— entender que bajo el concepto de derechos de la personalidad podrá y deberá entrar

---

<sup>54</sup> Lo cierto es que cuando se regulan los derechos de la personalidad ya no se intentan definir. Así pasa, por ejemplo, con respecto al derecho al honor. Las legislaciones que lo proclaman y protegen no lo suelen definir. Nuestra ley 1/1982, de 5 de mayo, no lo hace ni siquiera aproximativamente. Tampoco la jurisprudencia ha sido más explícita, lo cual hace pensar, lógicamente, en la gran dificultad de dar una definición mínimamente satisfactoria. En realidad se trata de un concepto conocido por todos pero imposible de incluir en los límites estrechos de cualquier definición (véase, en este sentido, DE LA VALGOMA, *op. loc. cit.*, p. 657).

<sup>55</sup> El estimar que los derechos de la personalidad son derechos inherentes a la persona no autoriza a concebirllos como derechos del individuo considerado abstractamente como mítico hombre natural, aislado de la historia y de la sociedad, pues a través de ellos se pone de relieve la noción que de personalidad se tiene en un determinado tiempo y lugar.

Se ha dicho, y no sin razón, que siendo el Derecho en sus realizaciones positivas un fenómeno histórico, el ordenamiento jurídico de cada época, de cada lugar, se hallará determinado, necesariamente, por la idea que del hombre tenga vigencia en el espacio y en el tiempo en que la norma se produzca. A un cambio del concepto de la personalidad seguirá, por tanto, una transformación del sistema de Derecho (DE COSSIO, *op. loc. ult. cit.*, p. 749).

Para conocer la evolución del concepto «personalidad» a lo largo de la historia, consúltense DE COSSIO, *op. loc. ult. cit.*, pp. 750 y ss.; y «El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los “estados” en el derecho civil actual», *RDV*, 1943, pp. 1 y ss.

<sup>56</sup> A favor de una lista abierta de derechos de la personalidad se ha pronunciado recientemente CLAVERÍA GOSÁLVEZ («Notas...», *loc. cit.*, p. 105), para quien el derecho al desarrollo de la personalidad podría actuar como válvula de flexibilización. Entendió ya NIPPERDEY (*op. loc. cit.*, p. 584) que los derechos de la personalidad (dadas sus características), se sustraen a una fijación típica, esquemática y casuística.

<sup>57</sup> Como sucede en España con la ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que supone el desarrollo del art. 18 CE. Tiene esta ley, como se ha puesto de manifiesto, «particular trascendencia hoy no sólo por ser la primera de esta clase y regular esos derechos de la personalidad, sino porque en ella podemos ver la mentalidad y filosofía jurídica que subyace en esta materia, ya más allá de la primera regulación constitucional, y de la que cabe inducir unos principios generales del Derecho que ayuden a interpretar otras normas y a colmar las lagunas legales que en este terreno hay todavía, demasiadas por ahora, en espera de que ulteriores leyes continúen desarrollando las previsiones constitucionales, como cabe presumir» (RIVERO, *op. loc. ult. cit.*, p. 32).

toda posición jurídica subjetiva (o interés jurídicamente protegido) dirigida a garantizar la conservación y desarrollo de la personalidad<sup>58</sup>.

Esta construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad halla su apoyo legal en el propio texto de la Constitución, cuyo art. 10 proclama los principios de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad. Pues bien, para hacer efectivo ese libre desarrollo de la personalidad, sin que sea lesionada la dignidad humana, tiene que admitirse que la fórmula constitucional «los derechos inviolables que le son inherentes», recogida en el mismo art. 10, es una cláusula general abierta<sup>59</sup> a través de la cual el ordenamiento tutela a la persona también en hipótesis no típicamente previstas, cuando así lo entiende o exige el sentir social<sup>60</sup>.

Semejante concepción o construcción de los denominados derechos de la personalidad me va a permitir defender y sostener que el derecho al conocimiento y a la determinación de la verdadera filiación es uno de ellos.

<sup>58</sup> En este sentido DOGLIOTTI, *op. loc. cit.*, p. 671.

<sup>59</sup> En Italia, PERLINGIERI excluye cualquier taxatividad o tipicidad de los derechos de la persona por considerar a los arts. 2 y 3-2 de la Constitución italiana —en los que fundamenta tales derechos— como una cláusula abierta (*Il Diritto civile nella legalità costituzionale, cit.*, p. 362).

En el *BGB* alemán se recogieron ciertos derechos de la personalidad, que pronto se mostrarían insuficientes para proteger la personalidad. Por esta causa se levantaron algunas voces exigiendo el reconocimiento de un derecho general de la personalidad, que incluyese todos los intereses dignos de protección de la misma. Un derecho general de la personalidad como el pedido fue negado hasta 1945 por el Tribunal Supremo del *Reich* y por la opinión doctrinal dominante por su amplitud de cláusula general y su indeterminación. El cambio sobrevino tras la segunda guerra mundial por la aspiración de proteger en todos los terrenos los valores de la personalidad que tan cínicamente habían sido despreciados en la guerra. Fue el Tribunal Supremo Federal el que estructuró el derecho general de la personalidad por él introducido en la práctica judicial como cláusula abierta en base a lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la GG [LARENZ, «El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana» (la traducción es de Santos Briz), *RDP*, 1963, pp. 639 y ss.].

<sup>60</sup> En defensa de esta postura podría traerse como argumento de Derecho positivo el criterio hermenéutico básico del art. 3-1 CC que dispone: «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social de tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». De otro modo, de entender que la expresión «los derechos inviolables que le son inherentes» del art. 10 CE es una cláusula cerrada (¿con qué contenido en ese caso?) podrían llegar a ser infringidos principios fundamentales recogidos en la Constitución, lo que tendría unas consecuencias opuestas a las pretendidas por el legislador constituyente.

### 3.2. Consideración del derecho a conocer el propio origen biológico como derecho de la personalidad

La aspiración de que en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán se considere que el derecho al conocimiento de la verdadera filiación es un derecho de la personalidad, no me parece disparatada, sino todo lo contrario, pues le son predicables las características de aquéllos, integrándose su contenido por un poder jurídico, pero también por deberes y por restricciones o límites impuestos a su ejercicio.

De ahí que considere que estamos en presencia de una posición jurídica subjetiva, conforme a la noción bosquejada en el apartado anterior. Diseccionando su contenido se observa que se compone:

1.º En primer lugar del concreto poder jurídico que tiene toda persona para acudir ante los Tribunales bien para reclamar su verdadera filiación, con el fin de que tras su averiguación quede determinada y puedan ser exigidos todos los efectos propios de la misma —personales y patrimoniales—, constituyéndose una situación jurídica nueva; o bien, para impugnar la filiación que ostenta con la idea de investigar y determinar luego la verdadera. De otro lado, en el caso de adopción o de fecundación asistida con aportación de donante, el interesado tiene la facultad de acudir, respectivamente, al Registro civil o al Banco de semen correspondiente y al Registro Nacional de Donantes para recabar información en los términos que veremos.

2.º En segundo lugar, también se integra su contenido por ciertos límites, consistentes: unas veces en el deber de respetar derechos y posiciones jurídicas subjetivas de otras personas, como puede ser el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, que también son merecedoras de protección (art. 18 CE y LO 1/1982, de 5 de mayo); y otras veces, en la obligación de observar determinados principios o mandatos legales (como, por ejemplo, el de seguridad jurídica *ex art. 9-3 CE*).

Así, el derecho al conocimiento de la verdadera filiación entraña la realización de principios constitucionales fundamentales, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, normalmente desde una doble perspectiva: material y espiritual <sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Como señala MUTSCHLER —refiriéndose al Derecho alemán, siendo válidas sus observaciones respecto del nuestro—, para el hijo está en juego con la determinación de la paternidad no sólo un interés económico, sino también un derecho fundado constitucionalmente a la determinación de su filiación genética, que como parte integrante del derecho de la personalidad general es protegido constitucionalmente por los arts. 1 y 2 GG. El fin del proceso de reclamación de paternidad, es por eso, en todo caso, la averiguación y determinación del verdadero, biológico, padre (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5, 2. Halbband, München, 1987, p. 127).

Desde un punto de vista material, porque averiguada la filiación, en general podrá ser determinada y los padres obligados a atender las necesidades inmediatas, vitales y fisiológicas del hijo, y a proporcionarle la instrucción y la base educacional que precise para que sepa desenvolverse en la vida.

Desde un punto de vista espiritual se potencia el libre desarrollo de la personalidad del hijo con el apoyo y afecto del padre, tan importante en ciertas etapas de la vida <sup>62</sup>. O aun no siendo esto posible —por las circunstancias en que se produce la determinación de la paternidad— haciendo que el hijo tenga constancia de su propia identidad <sup>63</sup>.

El conocimiento del propio origen es uno de los elementos más relevantes de identificación de la persona, no sólo porque se puede individualizar a un sujeto sabiendo quiénes son sus progenitores, lo cual comporta una carga genética determinada —de la que hoy se sabe perfectamente que trasciende a lo psicológico y es dato diferenciador respecto de otros individuos—, sino sobre todo porque la constatación jurídica de la filiación implica la atribución de unos apellidos <sup>64</sup>, que son un signo distintivo imprescindible para que la persona pueda moverse y operar en el tráfico jurídico y la manifestación más ostensible del derecho personalísimo a la propia identidad <sup>65</sup>, a lo que hay que añadir la eminente carga emotiva que conlleva el ser portador de los mismos apellidos que los padres, porque supone la adscripción de la persona a una familia, a un concreto árbol genealógico revelador de la ascendencia <sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Sobre esta cuestión resulta interesante la obra de WEBER, «Die Bedeutung des Vaters für die Entwicklung des Kindes», *Ehe*, 1974, pp. 57 y ss.

<sup>63</sup> Según DE CUPIS, «un elemento importante, bastante útil para la identificación personal, está constituido por la descendencia natural del sujeto, de su generación por obra de determinados individuos, respectivamente padre y madre: relación que se concreta en ser hijo de éstos y que encuentra su expresión en la individualización de los mismos como padre y madre del sujeto (paternidad y maternidad). El sujeto mismo, precisamente, es identificado por su situación de hijo de determinados individuos, que figuran como padre y madre de él: tal indicación constituye la constatación de una fundamental relación natural, que sirve para circunscribir la posición social del sujeto, y contribuye, así, fuertemente a su identificación» (*op. cit.*, p. 405).

<sup>64</sup> Significativo en este sentido es el art. 12 RRC, en cuanto considera que el nombre de los padres es una mención de identidad de la persona.

<sup>65</sup> Al respecto, dice IANNELLI, refiriéndose al ordenamiento jurídico italiano: «se ha admitido que el apellido del padre no constituye un atributo de la personalidad del hijo, su asignación no constituye la satisfacción concreta del derecho (constitucional) a la identidad personal, sino que representa exclusivamente un método para la actuación del derecho (de ahí el art. 7 CC) al uso de un apellido que sirva para distinguir a la persona» («Il diritto all'identità personale e l'attribuzione del cognome al figlio nato fuori del matrimonio», *Vita notarile*, 1981, p. 474).

<sup>66</sup> Para DE OLIVEIRA, «parece justo decir que el derecho a establecer jurídicamente la paternidad, y la extensión con que la ley admite este derecho, se relaciona con la garantía fundamental a la identidad y a la integridad personal» («O Direito da

Con todo, en ciertos supuestos especiales y por motivos diversos, se producen disfunciones al ser determinada una filiación que no se corresponde con la real. Pienso, al decir esto, en particular, en los casos de adopción y de fecundación asistida con contribución de dador de gametos<sup>67</sup>, en los cuales son los (llamados) padres sociales (y jurídicos) quienes se hacen cargo del hijo y de todo aquello que pudiera éste necesitar.

A mi modo de ver, en esas hipótesis el alcance (que podríamos calificar como normal) del derecho al conocimiento de la verdadera filiación debe ser necesariamente limitado —lo que no ha de extrañar a nadie, pues como cualquier otro derecho no es absoluto— porque el hijo ya tiene otra filiación determinada, que además, generalmente, es la mejor y más conveniente para él<sup>68</sup>.

Con tal planteamiento, me propongo estudiar a continuación cuál es el alcance o proyección (¿igual o diferente?) del derecho a conocer el propio origen biológico en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán.

#### 4. PROYECCIÓN DEL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN EN DERECHO CIVIL COMÚN Y EN DERECHO CIVIL CATALÁN

En distintos ámbitos se puede examinar el alcance y trascendencia del derecho a conocer el propio origen biológico tanto en el Derecho civil común como en el Derecho civil catalán. En concreto, cuando se determina la filiación según las normas generales, en el caso de adopción y en el de fecundación asistida con gametos de donante. Además, de gran interés será analizar si la madre tiene en ambos sistemas jurídicos la obligación (no sólo moral) de revelar al hijo la identidad de su padre por depender

---

filição na jurisprudência recente», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1983, p. 121). «El derecho a la identidad y a la integridad personal contiene la facultad básica de procurar el reconocimiento público de la “localización social” del individuo; ese lugar, que inviste al ciudadano de un conjunto de derechos y de obligaciones —de un estado jurídico— se expresa casualmente por el nombre y los apellidos de familia» (DE OLIVEIRA, *Critério jurídico da Paternidade*, Coimbra, 1983, p. 292). Véase también de este mismo autor «Investigação de paternidade ilegítima: Inconstitucionalidade do artigo 1860 do Código Civil», *Rev. Dir. Est. Soc.*, XXIV, núms. 1-2-3 Jan.-Set. 1978, pp. 169 y ss.

<sup>67</sup> Pues también puede producirse dicho tipo de disfunciones cuando la paternidad se determina por cualquiera de los modos de determinación que el ordenamiento jurídico prevé. Así ocurre, por ejemplo, en los llamados reconocimientos de «complicencia». No obstante, en estos supuestos, a diferencia de lo que sucede en los casos de adopción y de fecundación asistida con gametos de donante, se presume que la filiación formal coincide con la real mientras no se demuestre lo contrario.

<sup>68</sup> Cfr. MANSEES, *op. loc. cit.*, p. 2986.

de ello, en muchas ocasiones, el ejercicio del derecho a conocer el propio origen conforme a las reglas generales.

#### 4.1. Determinación jurídica de la filiación conforme a las reglas generales

En atención a que el Derecho civil común y el Derecho civil catalán tienen una diferente regulación de la filiación, será interesante estudiar por separado la proyección del derecho a conocer el propio origen biológico en las reglas generales sobre la filiación de cada uno de estos ordenamientos jurídicos.

##### 4.1.1. EN DERECHO CIVIL COMÚN

La filiación puede ser matrimonial o no matrimonial según estén o no casados los progenitores entre sí. Por operarse, normalmente, la determinación jurídica de ambos tipos de filiación con distintos mecanismos jurídicos y ser diferente el régimen jurídico de las acciones de filiación en uno y otro caso, parece oportuno estudiar primero la proyección del derecho a conocer el propio origen biológico en las normas relativas a la filiación matrimonial y, luego, en las normas que regulan la filiación no matrimonial.

##### 4.1.1.1. *Filiación matrimonial*

La filiación matrimonial se puede y suele determinar mediante la presunción legal de paternidad (casi siempre)<sup>69</sup> o en virtud de sentencia firme (*cf.* art. 115 C.c.)<sup>70</sup>. Ahora bien, en sede de fi-

<sup>69</sup> Y no como dice inexactamente el artículo 115-1 C.c., «por la inscripción de nacimiento junto con la del matrimonio de los padres», ya que estas inscripciones, en realidad, sólo aportan datos —sobre la maternidad, y el matrimonio de la madre—, que fundamentan la presunción *pater is est*, de la que en todo caso se deducirá la paternidad.

<sup>70</sup> Respecto de la filiación matrimonial llama la atención que la enumeración del artículo 115 C.c. sea incompleta, pues no se nombra el reconocimiento de ese tipo de filiación, que el propio Código admite desde el momento en que regula su impugnación en el artículo 138 C.c. («los reconocimientos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial podrán ser impugnados por vicio del consentimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 141»).

En dos casos en que no opera la presunción de paternidad, se puede determinar la filiación matrimonial mediante reconocimiento: cuando el hijo nace después de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 118 C.c.); y cuando el hijo nace antes del matrimonio de sus padres (art. 119 C.c.).

El reconocimiento que se recoge en el artículo 117 C.c., creo que no determina *per se* la filiación, sino que tan sólo consolida la presunción *pater is est*, en virtud de la cual sí queda legalmente constatada la paternidad.

liación matrimonial interesa estudiar el alcance del derecho a conocer el propio origen biológico no tanto cuando ésta se determina, sino al pretender su impugnación, porque si se ponen trabas a una acción interpuesta por el hijo con ese fin se dificulta el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico al impedir que, tras las indagaciones pertinentes, se deshaga de una filiación jurídica falsa para adquirir la verdadera. En cambio, cuando de determinar la filiación matrimonial se trata no hay ningún límite que impida el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico. Pues la presunción *pater is est* opera automáticamente al concurrir los requisitos legales que la condicionan y la acción de reclamación puede intentarla el hijo durante toda su vida.

Fue precisamente la resolución de un caso sobre impugnación de la filiación matrimonial, como se recordará, lo que propició que el *BVerfG* se pronunciara expresamente a favor del reconocimiento del derecho a conocer el propio origen biológico, por entender que las restrictivas circunstancias previstas en el *BGB* (cfr. § 1596)<sup>71</sup> a partir de las cuales el hijo mayor de edad puede impugnar su filiación paterna matrimonial vulneran su derecho a conocer su ascendencia biológica<sup>72</sup>, porque en la mayor parte de los casos, de atenerse al tenor literal de la ley, la acción de impugnación no será procedente o no prosperará en Alemania<sup>73</sup>.

En nuestro Código civil hay un límite de carácter temporal que se prevé sólo para el supuesto en que exista posesión de estado, pues en otro caso el hijo puede impugnar siempre la paternidad matrimonial. Así, según el art. 137 C.c., la paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación o desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal, si fuere menor o incapaz, sin que se condicione su derecho a la concurrencia de determinadas circunstancias, como sucede en el Derecho alemán. Seguramente resultaría crítica-

---

Por ser excepcionales los casos en que se determina la filiación matrimonial mediante reconocimiento, y porque mucho de lo que después se dirá sobre el reconocimiento de filiación no matrimonial es también predicable al de filiación matrimonial, prescindo de hablar aquí de este modo de determinar la filiación matrimonial.

<sup>71</sup> *Vide, supra*, la nota 33.

<sup>72</sup> También ha criticado cierta doctrina alemana que la esposa, conforme al *BGB*, no pueda impugnar la paternidad de su marido. Así se pronuncia, por ejemplo, KRUGER, por entender que a la madre incumbe la obligación de descubrir la verdadera filiación de su hijo, aunque el derecho a la declaración de la filiación biológica, como derecho de la personalidad, sólo corresponde al hijo y no a la madre («Das Ehelebensanfechtungsrecht der Mutter», *NJW*, 1954, p. 1511).

<sup>73</sup> Este era uno de los argumentos que esgrimía cierta doctrina alemana para negar la existencia en Derecho alemán del derecho a conocer la ascendencia biológica (*sic*, DEICHFUß, «Recht des Kindes...», *loc. cit.*, p. 114; GOTTWALD, *op. loc. cit.*, p. 114; y FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 114; *en contra*, MANSEES, *op. loc. cit.*, p. 2986).

ble la brevedad del plazo si no fuera porque se establece para la hipótesis en que el hijo sólo pretende impugnar su filiación paterna matrimonial sin reclamar otra, existiendo posesión de estado.

En efecto, ni siquiera ha lugar a esa restricción temporal si no hay posesión de estado o cuando el hijo al propio tiempo que impugna su filiación reclama otra, porque para ese caso el art. 134 C.c. dispone que «el ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo (legitimado de por vida *ex art.* 132 C.c.) o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria».

Un límite —razonable— con el que puede topar además el derecho a conocer el propio origen biológico en este supuesto, radica en que la filiación que se desee reclamar contradiga otra determinada en virtud de sentencia firme, ya que en ese caso, por razones de seguridad jurídica (que consagra la Constitución en su art. 9-3), no podrá prosperar la acción de reclamación.

Se respeta, pues, ampliamente, el derecho a conocer el propio origen biológico en este ámbito del Derecho común y se le dota de preferencia frente a ciertos principios reputados otrora más valiosos<sup>74</sup>, como la paz de las familias o el mantenimiento a ultranza de la legitimidad de los hijos<sup>75</sup>.

#### 4.1.1.2. *Filiación no matrimonial*

La filiación no matrimonial puede determinarse mediante reconocimiento, resolución recaída en procedimiento registral, o por sentencia firme (*cf.* art. 120 C.c.)<sup>76</sup>.

Cierto es que el reconocimiento en cuanto acto de voluntad puede no responder a la verdadera filiación si un varón reconoce (a sabiendas, confuso o engañado) ser el padre cuando en realidad no lo es.

Con todo, el ordenamiento jurídico prefiere que la filiación no matrimonial se determine mediante reconocimiento —de ahí que el reconocimiento se enumere en el art. 120 C.c. como primer modo de determinación y que sea regulado antes que las acciones de filiación—, porque lo lógico y práctico es propiciar la deter-

<sup>74</sup> El *BVerfG* ha llegado a esta conclusión partiendo de lo que la doctrina alemana califica como *praktischen Konkordanz*, que consiste en hacer una ponderación entre los derechos (o principios) fundamentales en juego para determinar cuál ha de considerarse más valioso (*vide*, SMID, *op. loc. cit.*, p. 222; GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 374; y BUSSE, *op. cit.*, p. 148).

<sup>75</sup> Consúltase sobre esto, RIVERO, *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, 1971, pp. 34 y 411.

<sup>76</sup> La maternidad, además, cuando la misma se haga constar en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil (art. 120-4.º C.c.). Mas, sobre ello, volveré luego al hablar de la obligación de la madre de revelar la identidad del padre.

minación extrajudicial de la filiación, pues de un lado, la judicial es más complicada y cara (en trámites, energías procesales y dinero) por lo que debe ser evitada siempre que sea posible<sup>77</sup>; y, de otro, cuando se suscita contienda ante los Tribunales, las relaciones entre progenitor e hijo, por resultar forzadas, pierden en espontaneidad, naturalidad y afecto, siendo éste un factor importante para el desarrollo de la personalidad del hijo.

Por todo ello, teniendo en cuenta además los matices humanos y la trascendencia social que tiene la relación paterno-filial, lo mejor es que sólo cuando no sea posible determinar la filiación por cauces extrajudiciales, o se postule que la filiación ya determinada —no judicialmente— no se corresponde con la filiación real, se acuda a la vía judicial para constatar jurídicamente la verdadera.

Las mismas razones de fondo subyacen cuando la filiación se determina mediante resolución recaída en el expediente registral del art. 49 LRC, pues este modo de determinar la filiación no matrimonial, en cuanto depende de la voluntad del progenitor y, en su caso, de otros interesados, bien puede equipararse al reconocimiento aunque formalmente sean distintos.

Justificada la preferencia legal del reconocimiento como modo de determinar la filiación, ello no ha de llevarnos a la conclusión de que con tal planteamiento se desconoce por completo el derecho a conocer el propio origen biológico, pues más bien se trata de compatibilizar así tal derecho con el bien del hijo —esencial principio informador en materia de filiación—. Por eso, si el hijo es mayor de edad se requiere su consentimiento para que el reconocimiento sea eficaz (*cf.* art. 123 C.c.) y si es menor o incapaz el de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (*cf.* art. 124 C.c.).

Cuando se trata de un hijo mayor de edad él mismo antes de consentir el reconocimiento puede hacer valer su derecho a conocer el propio origen biológico averiguando si quien pretende ser su progenitor lo es en realidad. En el supuesto en que el hijo sea menor de edad o incapaz parece que el Juez, para otorgar su consentimiento, ha de tener el convencimiento de que la filiación que está en juego es probablemente la verdadera tras apreciar todas las circunstancias concurrentes<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> *Vide*, FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 115.

<sup>78</sup> En sentido diferente se pronuncia FRANK, «Die wissentlich falsche Vaterschaftsanerkennung aus zivil- und strafrechtlicher Sicht», *ZBLJugR*, 1972, p. 267.

Para este autor sería contrario a toda lógica que el representante del hijo —por regla general, en Alemania, el curador de oficio (*Amtspfleger*) (*cf.* § 1709 BGB)— hiciera depender el consentimiento al reconocimiento (*cf.* § 1600 d] II BGB) de factores biológicos, sin tomar en consideración el bien del hijo. Desarrolla FRANK esta

En este punto se suscitan dos cuestiones que afectan de lleno al derecho a conocer el propio origen biológico: 1.<sup>a</sup> ¿qué ocurre si el Juez no presta el consentimiento requerido para que el reconocimiento sea eficaz, aun siendo el reconocedor el verdadero padre?; 2.<sup>a</sup> ¿y si el reconocimiento es consentido pero no se corresponde la filiación determinada con la biológica?, ¿podrá atacarse luego el reconocimiento para reclamar la auténtica filiación?

1.<sup>a</sup> En cuanto a la primera cuestión hay que decir que el hijo podrá siempre reclamar su verdadera filiación sin límite de tiempo

---

afirmación examinando cuatro casos: a) La madre dice que «A» es el padre. «A» se presta a reconocer, pero declara que cree que la madre también tuvo relaciones con otros varones (o en concreto, por ejemplo, con «B» y con «C»); b) «A» desea casarse con la madre y por eso reconoce al hijo de ésta. Entran también en consideración como posibles progenitores además de «A», «B» y «C»; c) Se sabe que «A» no es el progenitor del hijo, pero lo reconoce porque desea casarse con la madre y legitimar a aquél; y d) «B», verdadero progenitor, reconoce al hijo, pero antes de que el *Amtspfleger* consienta el reconocimiento, aparece «A», el prometido de la madre, y reconoce también al hijo de ésta.

Las soluciones que da FRANK a estos cuatro supuestos son (resumidas): *sub a*) Cree que sólo en el caso en que se indique como posibles padres a otros concretos varones (v. gr., a «B» y a «C»), sin que el hijo tenga un especial interés en que el padre sea «A», es mejor entablar un procedimiento judicial en el que aclarar quién es el verdadero progenitor; *sub b*) Entiende que en este caso sí existe un especial interés en que el padre sea «A». La interposición de una acción de reclamación de paternidad contra «B» o «C» tras rechazar el reconocimiento de «A» contravendría la voluntad de todos los afectados inmediatos. Debe admitirse, pues, el reconocimiento de «A» aun corriendo el riesgo de que sea falso; *sub c*) Más difícil es la situación, según FRANK, cuando consta que «A» no es el progenitor. Considera no obstante que cuando no haya ninguna o sólo alguna pequeña probabilidad de determinar al verdadero padre, sin que exista razón para dudar de que lo mejor para el hijo será vivir con el matrimonio, debe consentirse el reconocimiento aun siendo contrario a la verdad. Según este autor, la objeción de que para estos casos especiales el *BGB* ha previsto la posibilidad de la adopción no es acertada, porque en la práctica recurrir a la adopción supondría complicaciones innecesarias, frente a lo sencillo que resulta el reconocimiento; y *sub d*) El problema es llevado a límites extremos, pues tanto el verdadero progenitor como el hombre que desea casarse con la madre y legitimar al hijo, reconocen a éste. Entiende FRANK que en este supuesto el *Amtspfleger* habrá de consentir el reconocimiento del verdadero padre. Al prometido de la madre le quedará la posibilidad de adoptar al hijo de ésta, aunque también cabe pensar que en interés del hijo lo mejor es consentir el falso reconocimiento cuando el hijo no puede esperar de su verdadero progenitor ayuda material ni moral.

En mi opinión, los falsos reconocimientos no deberían permitir, aunque en principio puede parecer que son lo mejor para el hijo. En primer lugar, porque cada institución (creada por y para algo) tiene su propia finalidad, que debe ser respetada. Y, en segundo lugar, porque consentir un falso reconocimiento puede resultar a la larga perjudicial para el hijo, si tras cierto tiempo las relaciones entre la madre y el falso o dudoso padre se deterioran, pues ello puede repercutir desfavorablemente sobre aquél (*sic*, POZO VILCHES, «El reconocimiento de la filiación matrimonial en la reciente Ley Catalana de Filiaciones», *ADC*, 1991, p. 1214, nota 30).

Además, como apunta RIVERO, determinar cuál sea el interés o lo conveniente para el hijo menor (caso mayoritario) es hartó discutible y un juicio de valor que difícilmente puede hacerse anticipadamente y por persona que no sea el propio interesado (*Lacruz, Elementos de Derecho civil*, IV, vol. 2.º, Barcelona, 1989, p. 117).

(*cf.* art. 133 C.c.). Otra cosa es que para que el progenitor pueda ejercitar la acción de reclamación haya de existir posesión de estado, hecho del que, no obstante, últimamente viene prescindiendo el Tribunal Supremo a la hora de reconocer legitimación al padre <sup>79</sup>.

Mas, incluso aunque el Tribunal Supremo, ateniéndose a la letra de la ley, exigiera la concurrencia de la posesión de estado para estimar legitimado al progenitor, esto no cambiaría el hecho de que al hijo se le permite hacer valer su derecho a conocer el propio origen biológico y a determinar su filiación sin restricciones.

2.<sup>a</sup> Respecto de la segunda cuestión una cosa está clara: cabe la posibilidad de impugnar la filiación incorrectamente determinada por no responder a la realidad. Ahora bien, lo que varían son los presupuestos para el ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad en función de lo que se pretenda. Si lo perseguido es tan sólo impugnar el reconocimiento, existe un límite temporal cuando haya posesión de estado, pues entonces la acción de impugnación caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la correspondiente posesión de estado (*cf.* art. 140 C.c.). En cambio, si lo que se pretende es impugnar el reconocimiento para reclamar otra filiación *ex* art. 134 C.c., ningún límite temporal ha de impedir que prosperen las acciones de impugnación y de reclamación acumuladas <sup>80</sup>.

Son, pues, mínimos los obstáculos con que tropieza el derecho a conocer el propio origen biológico <sup>81</sup>, ya que mediante la pre-

---

<sup>79</sup> Véase en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1988, 2 de marzo de 1990 y 8 de julio de 1991. Este modo de proceder del Tribunal Supremo demuestra que su actitud es la de procurar que se determine la verdadera filiación siempre que sea posible, prescindiendo incluso, con ese fin, de algún supuesto legal, como es la posesión de estado, a efectos de admitir la acción de reclamación ejercitada por el progenitor, lo que juega, sin duda, a favor del derecho del hijo a conocer su ascendencia biológica.

<sup>80</sup> Dejando a salvo el límite derivado del párrafo 2.º del art. 134 C.c.

<sup>81</sup> El propio Tribunal Supremo ha reconocido en algunas de sus sentencias el derecho que tiene toda persona a conocer y a determinar su filiación.

Así, por ejemplo, en la sentencia de 25 de enero de 1992 se pronuncia con las siguientes palabras: «el derecho a la intimidad, constitucional reconocido, no es determinante de no posibilitar la prestación de elementos probatorios que, de serlo, perjudicarían el derecho de otra persona, pues que ello, aparte de ir contra la lealtad procesal, alteraría el evidente derecho que tiene todo ser engendrado a que se determine adecuadamente su adscripción paterna (*sic*)».

Más expresiva todavía es la STS de 26 de enero de 1993 de la que fue Ponente Don Teófilo Ortega Torres, en la que se afirma: «en definitiva, debe tenerse presente que se está debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación..., lo que afecta a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en el art. 10-1 de la Constitución».

Por su parte el Tribunal Constitucional ha dado un paso más (muy importante)

visión de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación, cuando existe posesión de estado, lo que se pretende es proteger la estabilidad de las relaciones familiares, presumiendo que es mejor para el hijo permanecer vinculado jurídicamente a un varón que lo trata como tal, que no tener padre.

#### 4.1.2. EN DERECHO CIVIL CATALÁN

Principio típico y de gran arraigo en Cataluña ha sido siempre el de la libre investigación de la paternidad, consagrado en la actualidad en la Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones —como expresamente destaca su Exposición de motivos— y hasta su entrada en vigor deducido por vía hermenéutica partiendo del art. 1-2 Comp. cat. que manda interpretar los preceptos tomando en consideración las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana, propicia desde tiempos remotos a la verificación de la paternidad real.

Esta acertada y «moderna» visión del Derecho de filiación no fue, en cambio, la que caracterizó al Código civil en épocas pasadas<sup>82</sup>. En él se restringió otrora enormemente la investigación de la paternidad —sólo en dos supuestos era procedente la declaración de la paternidad: cuando existía un escrito indubitado del padre reconociendo la paternidad, o la posesión de estado—. Así las cosas, a nadie ha de extrañar que en el Derecho catalán, como en el Derecho alemán, las pruebas biológicas fueran tempranamente admitidas en los procesos de filiación, mientras que en el Derecho civil común hubo que esperar hasta 1981, fecha en que se modificó el Código civil en materia de filiación (por la ley

---

hacia el pleno reconocimiento del derecho a conocer el propio origen en su sentencia 7/1994, de 17 de enero, que ha suscitado una viva polémica. En ella declara que es posible obligar a un demandado en un proceso de reclamación de paternidad, mediante resolución judicial, a someterse a la práctica de pruebas biológicas dirigidas a la averiguación de la verdadera filiación. Sobre esta controvertida sentencia, que no ha lugar a comentar con más detalle aquí, véanse los trabajos de: RIVERO, «Comentario de la Sent. Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero», de próxima aparición en *Poder Judicial* (amablemente facilitado por su autor); CHOCLÁN MONTALVO, «Sobre las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 1994, núm. 137, pp. 1 y ss.; SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, «La investigación de la paternidad en las resoluciones del Tc», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 1994, núm. 143, pp. 1 y ss.; y mi comentario «De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero», *RJC*, 1994, pp. 93 y ss.

<sup>82</sup> Esto llevó a que algunos prestigiosos autores dijeran, con anterioridad a las últimas reformas del Código civil sobre filiación, que los principios generales del Derecho español en materia de filiación extramatrimonial radicaban en el Derecho especial de Cataluña, en lugar de estar, como era habitual buscarlos, en el Código civil (*vide*, RIVERO, «La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña», *RJC*, 1973, p. 218).

11/1981, de 13 de mayo) y tuvo lugar su admisión expresa (*cf.* art. 127).

Veamos cuál es la trascendencia actual del derecho a conocer el propio origen biológico en el sistema jurídico catalán, teniendo presente que su visión realista de la filiación no es de ahora y ha favorecido siempre el reconocimiento de tal derecho.

#### 4.1.2.1. *Filiación matrimonial*

Paradójicamente parece que en la actualidad, en Derecho catalán, los límites impuestos al derecho a conocer el propio origen biológico son mayores que los existentes en el Código civil cuando de impugnar la paternidad matrimonial se trata.

En efecto, en la ley de filiaciones catalana además de existir el límite temporal del plazo de un año que se concede al hijo para impugnar la paternidad desde que alcanza la plena capacidad (prescindiendo de si hay o no posesión de estado), se exige que concurra alguna de las siguientes circunstancias: que se haya suspendido la vida en común de los padres o exista nulidad, separación o divorcio (*cf.* art. 12-2). Esto se debe, sin duda, a que otro de los principios fundamentales en la nueva regulación catalana de la filiación es el del *favor filii*, en función del cual se piensa que restringiendo la impugnación de la paternidad a esas situaciones concretas se salvaguarda mejor el interés del hijo al procurar que tenga, al menos, un padre jurídico.

Mas, igual que en el Código civil, estas restricciones no entran en juego y el derecho a conocer el propio origen biológico es plenamente respetado cuando al propio tiempo que se impugna la paternidad ya determinada se reclama otra, porque entonces «el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación permite, en todo caso, la acumulación de la acción de impugnación de la filiación contradictoria» (*cf.* art. 17 LFC)<sup>83</sup>. Piénsese en que seguramente el *BVerfG* no hubiera declarado inconstitucionales los §§ 1593 y ss. *BGB*, si en el Código civil alemán existiera un precepto similar al art. 17 LFC o al art. 134 C.c., porque la imposición de límites a la acción de impugnación se justifica sólo cuando lo único que se pretende es impugnar una filiación sin reclamar otra, ya que en esa hipótesis seguramente beneficia más al hijo tener un padre jurídico (aun no siendo el verdadero) —que cubra sus necesidades materiales más vitales— que ninguno.

Se respeta también así el derecho a conocer el propio origen biológico en el Derecho civil catalán por lo que hace a la filiación

---

<sup>83</sup> El único límite existente es el recogido en el 2.º pfo. del art. 17 LFC («no se puede reclamar una filiación que contradiga otra determinada por resolución judicial firme»).

matrimonial, pero recortando un poco más su alcance que en el Derecho civil común, por aplicación del principio del *favor filii*.

#### 4.1.2.2. *Filiación no matrimonial*

En el Derecho civil catalán la filiación no matrimonial también puede determinarse mediante reconocimiento, resolución registral o por sentencia firme (*cfr.* art. 4 LFC). Sin embargo, en la ley de filiaciones catalana la preferencia por el reconocimiento como modo de determinar la filiación se aprecia con más nitidez que en el Derecho común, sin que ello comporte ignorar el derecho a conocer el propio origen biológico, pues el legislador catalán se ha preocupado de proporcionar los medios para que la auténtica filiación resulte determinada siempre que sea posible, respetando, por tanto, tal derecho.

Así, en el art. 7 LFC se prevé que la denegación de consentimiento del hijo mayor de edad al reconocimiento no impide el ejercicio por el padre o la madre de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial correspondiente, sin perjuicio de que determinada la filiación por esta vía no se produzcan los efectos propios de la misma, salvo que el progenitor justifique el retraso en el reconocimiento. Solución loable porque así se evitan reconocimientos hechos de mala fe o con abuso de derecho notorio (*cfr.* art. 21 LFC). No es difícil de imaginar un padre que sólo se presta a reconocer al hijo interesadamente cuando éste ya es mayor de edad y se halla en una buena posición económica y social. En estos casos puede ejercitar el progenitor una acción de reclamación cuyo único contenido sea determinar la filiación, cuando el hijo se haya negado a consentir el reconocimiento.

En esta línea establece el mismo art. 7 LFC que la denegación de la aprobación judicial del reconocimiento de un menor de edad o incapacitado no basada en la no paternidad o la no maternidad no impide la acción de reclamación con el mismo alcance (mera determinación de la filiación) que en el supuesto, recién aludido, del reconocimiento de un mayor de edad.

En coherencia con el art. 7 LFC dispone el art. 11-3 LFC que los padres están legitimados para ejercitar la acción de reclamación en nombre e interés propio, en los casos en que su reconocimiento no haya resultado eficaz por defecto del consentimiento del hijo o de la aprobación judicial. No queda, pues, duda alguna, acerca de la preferencia que se otorga al reconocimiento en el Derecho civil catalán al condicionar la legitimación de los padres a que previamente hayan intentado (sin éxito) reconocer al hijo.

Obsérvese que a diferencia del Código civil en la ley de filiaciones catalana no se exige la concurrencia de la posesión de estado para conceder legitimación al progenitor, con lo que el

principio de veracidad biológica se toma más en consideración en este aspecto.

Parece que con más fundamento que en el Derecho civil común en el Derecho civil catalán —por el principio bien asentado de veracidad biológica— el Juez ha de denegar la aprobación del reconocimiento cuando tenga el convencimiento de que el reconocedor no es el progenitor<sup>84</sup>.

Sobre la impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad hay que distinguir en Derecho catalán, como se hizo al hablar del Derecho civil común, el caso en que el hijo sólo impugna la filiación, para el que hay previsto el plazo de un año a contar desde la obtención de la plena capacidad (*cf.* art. 13 LFC), de aquel otro en el que pretende además reclamar una filiación diferente, para el que no hay límites *ex* art. 17 LFC, salvo que la filiación reclamada contradiga otra determinada por resolución judicial firme.

Por supuesto, el hijo puede siempre reclamar su verdadera filiación si no tiene ninguna determinada, con lo que el derecho a conocer el propio origen biológico se proyecta con claridad en el Derecho civil catalán en este ámbito (*cf.* art. 11 LFC).

#### 4.1.3. POSIBLE EJERCICIO DE UNA ACCIÓN JUDICIAL DIRIGIDA A LA MERA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

En Alemania se plantea la doctrina si podría prosperar una *isolierte Abstammungsfeststellungsklage*, esto es, una acción dirigida a averiguar única y exclusivamente la existencia o no de relación biológica sin que su ejercicio produzca ningún otro efecto, con el fin de hacer valer con ella el derecho a conocer el propio origen biológico, cuando, por ejemplo, no procede interponer la acción de impugnación por impedimentos de tipo legal (*v. gr.* por no concurrir alguno de los supuestos en que legalmente procede)<sup>85</sup>.

Creo que ni en el Derecho civil común ni en Derecho civil catalán ha lugar a plantearse la admisión de una acción de ese tipo con carácter general por falta de interés protegible con su ejercicio, ya que, como hemos visto, el derecho a conocer el propio origen biológico se puede hacer valer mediante los cauces

---

<sup>84</sup> *Vide*, GETE/ALONSO/BLASCO, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Valencia, 1992, p. 56; y POZO VILCHES, *op. loc. cit.*, p. 1214.

<sup>85</sup> Véase sobre los problemas que una eventual acción de ese tipo plantea en Derecho alemán, DEICHFUß, *Abstammungsrecht, cit.*, pp. 137 y ss.; SMID, *op. loc. cit.*, pp. 221 y ss.; y GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 375.

Dudan sobre la admisibilidad o conveniencia de una tal acción FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, pp. 114 y 117; y SMID, *op. loc. cit.*, p. 226. En sentido diferente se pronuncian BEITZKE/LUDERITZ, *Familienrecht*, München, 1992, p. 234; y FRANK, «Die unterschiedliche Bedeutung...», *loc. cit.*, p. 1368.

legales que ambos sistemas jurídicos prevén para determinar la verdadera filiación.

No obstante, en el único supuesto en que parece admitida (implícitamente) una acción de la índole y características de esa en el Derecho común es en el caso de la filiación incestuosa.

Según el art. 125 C.c. «cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz»<sup>86</sup>. Mas, precisamente, en muchas ocasiones, para averiguar si la filiación es incestuosa y si, en consecuencia, conviene (o no) determinarla, habrá que admitir la acción de reclamación dejando en suspenso cuáles serán sus efectos: si el presunto padre incestuoso<sup>87</sup> no es tal y la acción se desestima quedará abierta la posibilidad de que el hijo haga valer su derecho a conocer su propio origen biológico reclamando la paternidad a otro varón; y si, por el contrario, resulta ser cierta la paternidad incestuosa controvertida, o se determinará la filiación de apreciar que ello conviene al menor o incapaz, o, se declarará la paternidad incestuosa sin determinarla, por estimar el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, que no conviene al menor o incapaz tal determinación<sup>88</sup>. En esta última hipótesis, el contenido de la ac-

---

<sup>86</sup> La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que el art. 125 C.c. se aplica cuando la filiación se determina tanto mediante reconocimiento, como a través de sentencia firme, porque dado que ese precepto no distingue y habla genéricamente de determinación legal de la filiación (a diferencia de los arts. 123, 124 y 126 C.c. que se refieren de forma expresa al reconocimiento), no hay por qué seguir criterios dispares según la filiación incestuosa se establezca jurídicamente por uno u otro modo de determinación (consúltese, por ejemplo, DE LA CÁMARA, «Comentario a los artículos 108 a 141 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, t. III, vol. 1.º, Madrid, 1984, p. 327; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, vol. 1.º, Madrid, 1984, p. 940).

<sup>87</sup> Presupongo que la maternidad es la filiación que está determinada, porque este es el supuesto que con más frecuencia se da en la realidad.

<sup>88</sup> En Alemania los Tribunales vienen considerando que también en los casos de (posible) filiación incestuosa debe prevalecer el derecho a conocer el propio origen.

Así, en la sentencia del OLG de Karlsruhe de 16-10-1991 (*FamRZ*, 1992, pp. 334 y 335) se afirma que es fundamental el interés de todo hombre en conocer su ascendencia, lo que vale, según la interpretación de la Sala, también en el caso en que exista el riesgo de que probablemente su origen derive de una relación incestuosa. Añade además este Tribunal, que no se puede obligar a vivir al demandante con la doble carga de la incerteza de su filiación y de la posibilidad de que su origen se deba a una relación incestuosa. Con la realización de pruebas biológicas se liberará al menos, en su caso, al demandante, de una de estas dos cargas (así sucederá si resulta que no es hijo incestuoso aunque no se llegue a averiguar quien es su verdadero progenitor).

En sentido parecido se pronuncia, al resolver un supuesto análogo de presunto incesto, la sentencia de 19-8-1992 del OLG de Hamm (*FamRZ*, 1993, pp. 76 y ss.

ción de reclamación habrá sido, en realidad, la mera investigación de la paternidad, que es el objeto propio de la, por los alemanes llamada, *isolierte Abstammungsfeststellungsklage*.

En Derecho catalán no parece procedente ni admisible una acción así para el caso de filiación incestuosa, ya que ninguna especialidad se prevé para tal tipo de filiación, sin perjuicio de que pueda ser útil y defendible su ejercicio en otro ámbito (cuando se practican fecundaciones asistidas con aportación de donante), como veremos.

#### 4.2. Obligación (¿jurídica?) de la madre de revelar la identidad del padre

Es evidente que el hijo podrá hacer valer su derecho a conocer el propio origen biológico ejercitando la acción de filiación correspondiente, siempre que sepa quiénes son sus progenitores o lo sospeche y exista algún indicio que pueda llevarle a averiguarlo. En otro caso ese derecho se frustrará por razones fácticas (no jurídicas).

Cuestión muy discutida en Alemania de un tiempo a esta parte (sobre todo desde el comienzo de la década de los años setenta), es la de si la madre está obligada a revelar a su hijo la identidad del padre, debiendo posponerse su derecho a la intimidad al derecho a conocer el propio origen biológico del hijo, en caso de ser considerado éste de mayor valor y depender su ejercicio, las más de las veces, de que la madre se avenga a dar el nombre del padre.

##### 4.2.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ALEMANIA

Lo cierto es que ya con la entrada en vigor del *BGB* era cuestión discutida la de si el hijo tiene derecho a que su madre le revele la identidad de su padre. La jurisprudencia, al principio, rechazó tal derecho. Sólo bajo el dominio nacionalsocialista se produjo un cambio en la jurisprudencia por motivos hoy no defendibles. Se sostuvo la obligación de la madre de manifestar el nombre del padre de un modo casi enfático<sup>89</sup>.

Hasta ese momento la doctrina y la jurisprudencia dominantes habían negado que existiera una obligación jurídica de la madre de revelar el nombre del padre, aunque siempre se ha admitido que tiene una obligación moral<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Consúltese, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 143; y BRÜGGEMANN, *Intimsphäre und außereheliche Elternschaft (Über das Recht und die Pflicht der Mutter, den Erzeuger ihres außerehelichen Kindes zu nennen)*, Bonn, 1964, p. 7.

<sup>90</sup> Según BRÜGGEMANN, de Derecho natural (*op. cit.*, p. 26).

Para mejor poder juzgar sobre el acierto o el desacierto de primar el derecho a la intimidad de la madre frente al derecho a conocer el propio origen biológico del hijo parece que lo más correcto es analizar los motivos por los que una mujer puede negarse a descubrir la identidad del hombre con el que tuvo el hijo <sup>91</sup>. Cabe distinguir los siguientes:

1.º La madre en ocasiones se niega a dar el nombre del padre porque no desea que se sepa quién es. Así sucede cuando la relación sexual de la que nació del hijo fue incestuosa, producto de una violación, o cuando el padre es un criminal o un demente <sup>92</sup>.

2.º En otras ocasiones siente pudor por tener que decir quién puede ser el padre de su hijo porque al haber cohabitado con varios hombres durante el período de concepción no está segura de ello y prefiere callar <sup>93</sup>.

3.º A veces lo que pretende la mujer con su silencio es evitar perjudicar el matrimonio o el prestigio social y el éxito profesional del padre de su hijo, que de otro modo serían puestos en peligro.

<sup>91</sup> Sigo en esto, básicamente, a KLEINEKE, *op. cit.*, pp. 136 y ss.; BRUGGEMANN, *op. cit.*, p. 8; y MUTSCHLER, «Emanzipation und Verantwortung —Zur Neuordnung des Abstammungsrechts—», *FamRZ*, 1994, p. 70.

<sup>92</sup> Ilustrativa en este punto es la sentencia del *OLG Hamm* de 22.3.1991 (*FamRZ*, 1991, p. 1229), que resolvió un caso en el que el padre estaba determinado en cuanto a su edad, estado familiar y de salud. La madre se negaba a revelar su identidad porque trabajaba en la misma institución en la que aquél estaba ingresado por padecer una enfermedad mental que le incapacitaba para trabajar. La madre tenía miedo de perder su trabajo y de que le fuera difícil encontrar otro quedándose sin medios para subsistir ella misma y para mantener a su hijo, pues el padre no tenía ingresos ni patrimonio. En atención a las circunstancias concurrentes, el *OLG Hamm* decidió que por ser un elemento importante para hallar la propia identidad (*Identitätsfindung*) conocer al padre y eventualmente relacionarse con él, que pertenece al derecho general de la personalidad garantizado constitucionalmente, el derecho a obtener información de la madre sobre el progenitor no podía ser hecho valer por el *Jugendamt* (curador de oficio) sin la colaboración personal del hijo (entonces de cuatro años de edad), hasta que éste por su edad fuera consciente de la trascendencia que podía tener el conocer la identidad de su padre.

<sup>93</sup> Interesante a este respecto es la sentencia del *LG Münster* de 21.2.1990 (*FamRZ*, 1990, p. 1031). Según el relato de hechos de esta sentencia la madre había prometido a su hijo en distintas ocasiones (al cumplir dieciocho años, veintiún años...) que le revelaría quién era su padre, hasta que finalmente le dijo que se enteraría tras su fallecimiento. El hijo hizo valer entonces ante los Tribunales su derecho a recibir información de su madre sobre quién era su padre por motivos personales y por los eventuales derechos sucesorios, formulando la petición subsidiaria de que, en su caso, se condenara a su madre a decir con quién había mantenido relaciones sexuales en el período de su concepción. La madre pidió el rechazo de la acción porque en la época de la concepción había cohabitado con cuatro varones de los cuales uno ya había muerto y los otros tres habían creado sus propias familias por lo que parecía desproporcionado que se le perturbara después de tantos años. El *LG Münster* declaró que si la madre de un hijo no matrimonial no está segura de la identidad del padre, puede ser condenada, no a decir quién lo es (porque no lo sabe), sino a dar información sobre los varones que con ella cohabitaron en el período de la concepción del hijo.

4.º En otros casos la madre guarda silencio porque el hombre contribuye libremente al mantenimiento del hijo y eso le basta. Los alemanes dicen que entonces existen los que ellos denominan «contratos del silencio» (*Schweigeverträge*)<sup>94</sup>.

5.º La mujer también calla ante la esperanza de poder casarse algún día con el padre o por miedo a que éste le arrebate al hijo.

6.º Por último, el silencio de la madre puede deberse a un deseo de criar ella sola al hijo impidiendo la influencia del padre. Esta clase de mujeres aumenta en la actualidad y cabe pensar que cada vez serán más las que no revelen la identidad del otro progenitor por este motivo, en atención a la emancipación e independencia de la mujer alcanzada en nuestros días.

Fundado en algunos de estos motivos queda justificado el silencio de la madre, porque es el bien del hijo lo que se pretende salvaguardar (v. gr., padre demente, incestuoso o criminal)<sup>95</sup>. Mas, otros motivos no justifican suficientemente que la madre calle, porque tras los mismos, apelando a su derecho a la intimidad<sup>96</sup>, se oculta, en realidad, unas veces, su temor que no tiene por qué volverse contra el hijo; otras veces, el interés del padre en que su carrera profesional no se vea truncada o su imagen social dañada y, otras, el egoísmo de la madre que desea poseer en exclusiva al hijo sin pararse a pensar en lo que puede ser más beneficioso y conveniente para él<sup>97</sup>. Mejor para el hijo es, salvo en casos excepcionales, que la filiación paterna también quede determinada. Existe un interés ideal del hijo en conocer a su padre, por la significación que suele tener la figura paterna en el desarrollo del niño, y también un interés material o patrimonial en ser titular de un derecho de alimentos o de derechos hereditarios<sup>98</sup>.

Cierto es que en los casos en que la madre no revela el nombre del padre la manutención del hijo normalmente está asegurada, ya sea por los ingresos que percibe ella misma, por la contribución de sus parientes (v. gr., de los abuelos maternos) o del propio padre en secreto. Ahora bien, hay que pensar en la posibilidad de un eventual cambio futuro. Así cabe que la madre muera prematuramente sin que sus familiares puedan ayudar al hijo o que sea

---

<sup>94</sup> Vide, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 139; y BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 18. Según este último autor tales contratos son inmorales y nulos *ex* § 138 BGB.

<sup>95</sup> Véase, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 172; MUTSCHLER, «Emanzipation und Verantwortung...», *loc. cit.*, p. 70; y KNÖPFEL, *op. loc. cit.*, p. 563. En este sentido se pronuncia la sentencia del *AmtsG Passau* de 15.7.1987 (*FamRZ*, 1988, p. 1311).

<sup>96</sup> Consúltese, sobre el concepto de intimidad (*Intimsphäre*) en este contexto, BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 20.

<sup>97</sup> *Sic*, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 171.

<sup>98</sup> *Cfr.* KLEINEKE, *op. cit.*, pp. 162 y ss.; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, pp. 9 y ss.; y KNÖPFEL, *op. loc. cit.*, p. 563. Según MUTSCHLER, más bien se tiene que realizar una ponderación de los intereses en juego completamente individual, esto es, para cada caso concreto («Emanzipation und Verantwortung...», *loc. cit.*, p. 70).

el padre el que fallezca pronto no siendo exigible un existente *Schweigevertrag* frente a los parientes o herederos de éste <sup>99</sup>.

En cualquier caso si se deja transcurrir demasiado tiempo puede resultar muy difícil después de muchos años lograr el triunfo de la acción de reclamación —por falta o perecimiento de las pruebas— y la consiguiente determinación de la filiación, requisito *sine qua non* para poder ser titular de los derechos derivados de la relación paterno-filial <sup>100</sup>.

Por todo ello en países como Noruega o Dinamarca es una obligación jurídica de la madre revelar el nombre del padre, cuyo incumplimiento puede acarrear la imposición de una sanción pecuniaria <sup>101</sup>.

La mayoría de la doctrina alemana considera desproporcionado condenar a la madre a pagar multas o meterla en la cárcel en caso de no revelar el nombre del padre <sup>102</sup>.

Sin embargo, estimar que esa obligación de la madre es sólo moral, sin que su incumplimiento acarree ninguna consecuencia jurídica deja desprotegido el derecho del hijo a conocer su verdadero origen <sup>103</sup>.

Teniendo presentes estas consideraciones admite un gran sector de la doctrina alemana que cabe presionar a la madre de forma mediata, para que revele el nombre del padre, no concediéndole la supresión de la curatela de oficio (*gesetzlicher Amtspflegschaft*) <sup>104</sup>. Esta es una institución tuitiva que entra en juego normalmente desde el nacimiento del hijo con el fin de salvaguardar sus intereses (*cfr.* § 1709 BGB) <sup>105</sup>. La *Amtspflegschaft* sólo puede

<sup>99</sup> Así, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 173.

Véase también en este sentido la sentencia de 25.9.1969 del *LG Mannheim (NJW, 1970, p. 150)*.

<sup>100</sup> Así, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 174.

<sup>101</sup> Véase, KLEINEKE, *op. cit.*, pp. 197 y ss.; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 40; y KUMME, «Die rechtliche Bedeutung der Weigerung der Mutter, den Vater ihres nichtehelichen Kindes zu nennen», *ZBJugR*, 1973, p. 140.

<sup>102</sup> Véase, por todos, FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 116.

También se ha discutido en Alemania si la negativa de la madre a revelar la identidad del padre puede ser constitutiva de delito por usurpación del estado civil (del hijo) *ex* § 169 StGB. La doctrina, en general, se opone a ello porque la madre no tiene una obligación jurídica de dar información sobre el padre. Consúltase, MAIER, «Macht sich die Mutter eines nichtehelichen Kindes durch bloßes Verschweigen des Erzeugers nach § 169 StGB strafbar?», *MDR*, 1971, pp. 883 y ss.; KLEINEKE, *op. cit.*, p. 249; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 34; y WEIDERMANN, «Soziale Wirkkraft des Nichtehelehenrechts», *ZBJugR*, 1972, p. 368.

<sup>103</sup> En este sentido, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 196.

<sup>104</sup> Véase, como más representativos, KLEINEKE, *op. cit.*, pp. 216 y ss.; KUMME, *op. loc. cit.*, pp. 142 y ss.; y BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 32.

<sup>105</sup> La ley alemana de ayuda a la infancia y a la juventud («Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz- KJHG) de 26.6.1990, que entró en vigor el 1.1.1991, ha supuesto la modificación de algunos párrafos del *BGB* pero no ha alterado la regulación de la *gesetzlicher Amtspflegs-*

ser suprimida por el Tribunal tutelar (*Vormundschaftsgericht*), a petición de la madre, cuando ello no vaya en contra del bien del hijo (cfr. §§ 1706 y 1707 BGB) <sup>106</sup>.

El *Jugendamt*, en cuanto curador de oficio del hijo, ha de procurar que la madre revele el nombre del padre para incitar a éste a que reconozca al hijo y, en caso de no tener éxito en su intento, poder ejercitar una acción de reclamación contra él. Este es deber del *Jugendamt*, que deriva del § 1706 BGB, con el que se hace valer el derecho a conocer el propio origen biológico del hijo. Si la madre calla impide que el *Jugendamt* cumpla con ese deber y, por tanto, en nada favorece el bien del hijo, por lo que la *Amtspflegschaft* no debe ser suprimida <sup>107</sup>.

---

chaft, por lo que sigue siendo válido lo que sobre ella sostenía la doctrina, antes de la vigencia de dicha ley, en lo referente al tema que tratamos [vide, COESTER, «Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht», *FamRZ*, 1991, pp. 253 y 261].

<sup>106</sup> Véase, sobre esto, de entre las obras más recientes, BIENWALD, *Vormundschafts-, Pflegschafts- und Betreuungsrecht in der sozialen Arbeit*, Heidelberg, 1992, pp. 120 y ss.; BEITZKE/LÜDERITZ, *op. cit.*, pp. 333 y ss.; y DIEDERICHSEN, Uwe, *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, München, 1991, pp. 1715 y ss.

<sup>107</sup> Así, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 231; y KUMME, *op. loc. cit.*, p. 144. Véase también, FRANK, «Die unterschiedliche Bedeutung...», *loc. cit.*, p. 1367.

En sentido diferente se pronuncian, ZENZ, «Volle elterliche Gewalt für die Mutter, die den Vater ihres Kindes nicht nennen oder feststellen lassen will? II. Teil», *StAZ*, p. 321; y Simitis, «Personen- und personenstandsrechtliche Grundfragen des neuen Nichtehelichenrechts», *StAZ*, 1970, p. 262.

Según SCHIMPF, la *Amtspflegschaft* puede ser suprimida cuando no hay expectativas de que el *Pfleger* cumpla con su cometido, pues en estos casos su continuación no beneficia al hijo («Zur Aufhebung der Amtspflegschaft gemäß § 1707 BGB», *StAZ*, 1983, p. 198). Para ROTH la *Amtspflegschaft* sólo se justifica cuando puede servir al bien del hijo. Si no es el caso, no resulta admisible como medida represiva frente a la madre («Die aktuelle Bedeutung des Art. 6 V GG für das Recht des nichtehelichen Kindes», *FamRZ*, 1991, p. 143, nota 48).

La jurisprudencia se ha mostrado, en general, a favor de que la *Amtspflegschaft* no sea suprimida cuando la madre se niega a dar el nombre del padre. Es interesante en este sentido la sentencia del *LG Mannheim* de 25.9.1969 (*NJW*, 1970, p. 150), pronunciada con anterioridad a la reforma del Derecho de filiación no matrimonial de 1969 y comentada por KLUNZINGER (*NJW*, 1970, p. 713), cuya solución considera este autor que es correcta y conforme con la futura aplicación de la ley de 1969.

El *BGH* en la muy significativa sentencia de 11.11.1981 (*FamRZ*, 1982, p. 159) ha manifestado que cuando la madre de un hijo no matrimonial se niega a dar el nombre de su padre, la supresión completa de la *Amtspflegschaft* contradice, por regla general, el bien del hijo. El supuesto de hecho de esta sentencia fue el siguiente: la madre, de buena posición económica, había instituido heredero único a su hijo y depositado ante un Notario un sobre, que debía ser abierto tras su muerte, conteniendo el nombre del padre. En determinado momento solicitó la supresión de la *Amtspflegschaft*, a lo que el *Jugendamt* se opuso como también el *AmtsG* y el *LG* en los respectivos recursos que se les formularon. El *BGH* rechazó el recurso que la madre había interpuesto pidiendo la supresión de la *Amtspflegschaft* y declaró que es deber del *Amtspfleger* procurar determinar la filiación biológica del hijo, ya que este derecho es parte integrante del derecho de la personalidad general protegido por los arts. 1 y 2 GG. Según el *BGH*, la determinación de la filiación es importante en caso de

Parece razonable y oportuno en el Derecho alemán valerse de ese medio de presión para obligar a la madre a revelar el nombre del padre, como sostiene la mayoría de la doctrina alemana en la actualidad, por no ser desproporcionado respecto de los fines perseguidos.

El *BVerfG* en la ya mencionada sentencia de 18.1.1988 ha venido a reconocer el derecho del hijo a que su madre le proporcione información sobre su padre. Lo que supone considerar preferente, en la ponderación de intereses en juego, el derecho a conocer el propio origen biológico del hijo al derecho a la intimidad de la madre. Decisión que ha sido criticada por algunos autores<sup>108</sup>, no sin razón, aun estando motivada, porque si bien el *BVerfG* fundamenta la obligación de información de la madre que afirma, en el derecho a conocer el propio origen biológico del hijo, no aclara cuáles son las consecuencias de su incumplimiento<sup>109</sup>.

---

enfermedad y para evitar relaciones incestuosas. Por otra parte, el desarrollo de la personalidad del hijo puede verse dificultado por la incertidumbre acerca del padre. Ello sin olvidar el interés económico del hijo en ser titular de derechos hereditarios frente a aquél. Con el mantenimiento de la *Amtspflegschaft* siempre queda una cierta probabilidad, aun siendo pequeña, de salvaguardar el interés del hijo, y de que el *Jugendamt* pueda cumplir con su deber de determinar la paternidad, acaso gracias a sus propias averiguaciones o en base a datos que le proporcionan familiares, terceros o el propio padre. Véanse los comentarios que a esta importante sentencia del *BGH* hacen GÖPPINGER, *JR*, 1982, pp. 149 y 150; y DEICHFUß, «Recht des Kindes...», *loc. cit.*, p. 113.

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del *LG Saarbrücken* de 13.12.1990 (*DAVorm*, 1991, p. 338) y la del *AmtsG Gemünden a. Main* de 2.8.1989 (*FamRZ*, 1990, p. 200).

<sup>108</sup> Véase, KOCH, *op. loc. cit.*, p. 573.

En el mismo sentido, pero refiriendo sus críticas a las sentencias de 15.7.1987 del *AmtsG Passau* y de 26.11.1987 del *LG Passau* (*vide supra*, la nota 31), se pronuncian, DEICHFUß, «Recht des Kindes...», *loc. cit.*, p. 116; FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 116; y HILGER, «Anmerkung, Urteil des AmtsG Passau v. 15.7.1987», *FamRZ*, 1988, pp. 764 y 765.

Véase también en contra de la citada sentencia del *LG Passau*, la sentencia del *OLG Karlsruhe* de 13.10.1988 (*DAVorm*, 1989, p. 634).

<sup>109</sup> Como observa HILGER únicamente se declara en la decisión del recurso de apelación del *LG Passau* de 26.11.1987, antes del n.º 1 de los motivos, que con fundamento en el especial interés del demandante *ex § 1618 a BGB*, se tiene que deducir un derecho de información realizable jurídicamente (con los medios del Derecho) (*«mit Mitteln des Rechts durchsetzbarer Auskunftsanspruch abzuleiten ist»*). Según HILGER, como proporcionar información es un comportamiento no fungible, su ejecución forzosa tiene que consistir en sancionar a la madre con una multa o en recluirla en prisión hasta que revele el nombre y la dirección del progenitor (*op. loc. cit.*, p. 765).

Entiende RAMM que la afirmación del derecho de información del hijo frente a su madre obliga a que ésta dé el nombre del padre o de las personas que como tal entran en consideración bajo la amenaza de ser sancionada con una multa (*ex § 888 I ZPO*) (*op. loc. cit.*, p. 1595; véase también, BEITZKE/LUDERITZ, *op. cit.*, p. 331).

La mayoría de autores que se han pronunciado sobre esta cuestión consideran aplicable el § 888 I ZPO, en cuanto prevé que si un comportamiento no puede ser realizado por un tercero, cuando depende exclusivamente de la voluntad del deudor,

#### 4.2.2. TOMA DE POSICIÓN EN EL DERECHO CIVIL COMÚN Y EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

Sobre la eventual existencia de una obligación de la madre de revelar el nombre del padre en Derecho civil común y en Derecho civil catalán hay que partir de la base de que la determinación habitual de la maternidad en estos sistemas jurídicos es diferente de la existente en Derecho alemán.

Mientras el *BGB* presupone o da por sobreentendido que la vinculación jurídica entre madre e hijo es inevitable —demostrado el hecho del parto y la identidad del hijo— sin que sea necesario un especial acto jurídico<sup>110</sup>, tanto en Derecho civil común como en Derecho civil catalán la madre no matrimonial puede desconocer su maternidad.

En Derecho civil común esto es así por el juego de los arts. 120-4 C.c. y 47 LRC.

Según el artículo 120-4 C.c., la filiación materna no matrimonial queda determinada cuando se haga constar en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de donde resulta que la maternidad puede determinarse extrajudicialmente sin necesidad de que medie un reconocimiento<sup>111</sup>. Del artículo 47 LRC se desprende que la madre puede desconocer su maternidad, debiendo entonces suprimirse la mención de la misma en la inscripción de nacimiento del hijo. Y de los artículos 167 y 181 RRC se deduce que la madre puede oponerse a que en el parte facultativo del nacimiento conste su identidad, con lo que, en ese caso, ya no se hará mención de la maternidad en la inscripción de nacimiento ni habrá lugar, por tanto, a su desconocimiento.

Por lo que hace al Derecho civil catalán, llama la atención que el artículo 4 LFC —homólogo al art. 120 C.c.— no haga ninguna referencia a la determinación de la maternidad. Omisión que cabe interpretar de tres formas: 1.<sup>a</sup>, entender que el legislador catalán pretendía instaurar un sistema como el alemán, dando por sobreentendida la vinculación jurídica de madre e hijo sin posibilidad de desconocimiento de la maternidad; 2.<sup>a</sup>, pensar que su

---

se tiene que condenar a éste, previa petición ante el Tribunal de primera instancia, a que cumpla mediante multa, y para el caso de que ésta no se pueda cobrar, mediante reclusión en prisión (véase, sobre este precepto, MÜNZBERG, *Stein-Jonas, Zivilprozessordnung*, Vierter Band, Teilband II Tübingen, 1988, pp. 54 y ss.).

<sup>110</sup> Cfr. HOLLEAUX, *De la filiation en Droit allemand, suisse et français*, Travaux et Recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, vol. XXIX, Paris, 1966, p. 2; FRANK, «Die unterschiedliche Bedeutung...», *loc. cit.*, p. 1365; y BEITZKE/LÜDERITZ, *op. cit.*, p. 242.

<sup>111</sup> Salvo si la inscripción de nacimiento tiene lugar fuera de plazo, pues entonces su determinación requiere el reconocimiento de la madre, la incoación del expediente del art. 49 LRC o el ejercicio de la acción de reclamación (*vide*, DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 350).

intención era la de que la maternidad no matrimonial quedara determinada, única y exclusivamente, en virtud de los mismos mecanismos jurídicos que la paternidad; o, 3.<sup>a</sup>, considerar que no hizo alusión a la maternidad por hallarse regulada esta cuestión en la legislación registral, con lo que implícitamente acogía la misma solución del Derecho civil común, aun no siendo aplicable supletoriamente el art. 120-4 C.c.

Parece más segura la última interpretación <sup>112</sup>, porque optar por la primera supondría admitir un sistema de determinación de la maternidad que nunca ha operado en la práctica en Cataluña y si eso quiso el legislador debió decirlo expresamente. Mientras que optar por la segunda implicaría admitir la inaplicabilidad de la legislación del Registro civil en Cataluña, sin fundamento legal suficiente. Piénsese además en que la propia ley de filiaciones catalana hace una remisión expresa a la legislación del Registro civil en el art. 4 por lo que, sin duda, no se excluye la aplicación de la ley y del reglamento del Registro civil en Cataluña.

Estas consideraciones conducen a la conclusión de que si la madre no tiene la obligación jurídica de determinar su maternidad ni en Derecho civil común ni en Derecho civil catalán, porque se da mayor valor a su interés en proteger su intimidad y honorabilidad que al del hijo en ver determinada su verdadera filiación, *a fortiori* tampoco tiene la madre una obligación jurídica de revelar el nombre del padre al hijo. A lo que se debe añadir, en apoyo de esta conclusión, que tanto en Derecho civil común (*cf.* art. 122 C.c.) como en Derecho civil catalán (*cf.* art. 4-2 LFC) se prohíbe que al reconocer se manifieste la identidad del otro progenitor si todavía no está determinada legalmente la filiación respecto de él, lo que es exponente claro de que prevalece el derecho a la intimidad de los progenitores sobre el derecho a conocer el propio origen biológico del hijo en los dos ordenamientos jurídicos de que hablamos.

¿Quiere esto decir que tanto en Derecho civil común como en Derecho civil catalán se ignora así el derecho a conocer el propio origen biológico? A esta pregunta hay que contestar con una respuesta negativa, porque el hecho de que la madre sólo tenga una obligación moral, no jurídica, de revelar a su hijo quién es su padre, no implica una vulneración o desconocimiento del derecho a conocer el propio origen biológico cuando tantas concesiones se le hacen en otros aspectos, sino que tan sólo significa que en la ponderación de intereses en juego existentes en esta situación el legislador ha considerado más valioso el derecho a la intimidad de la madre que el del hijo a conocer su ascendencia biológica <sup>113</sup>.

<sup>112</sup> Por la que también se inclinan GETE ALONSO y BLASCO GASCÓ, *op. cit.*, pp. 46 a 48.

<sup>113</sup> En este sentido se pronuncia, PANTALEÓN PRIETO, «Contra la ley sobre téc-

Este derecho, como cualquier otro, no es absoluto (en los Derechos hispanos estudiados), constituyendo uno de sus límites, precisamente, el derecho de la madre a preservar su esfera íntima de la intromisión de su hijo encaminada a averiguar la identidad de su padre.

Por otra parte, resulta inimaginable que en Derecho civil común o en Derecho civil catalán se pueda, sin texto legal que lo prevea expresamente, multar a la madre, recluirla en prisión o privarla de la patria potestad (al no existir una *Amtspflegschaft* que poder dejar subsistente), por no revelar la identidad del padre. Además, el silencio de la madre en muchas ocasiones está justificado y responde al bien del hijo.

#### 4.3. El Derecho a conocer el propio origen biológico en caso de adopción

En este trabajo, por su temática y finalidad, no ha de pasar inadvertida la inclinación y el anhelo que tienen algunos hijos adoptivos por conocer a sus padres biológicos. Muestra clara de este deseo y preocupación fue la creación en Norteamérica (en 1971) de la llamada *Adoptee's Liberty Movement Association* (*A.L.M.A.*), que es una asociación cuyo fin es defender los intereses de los adoptados, sobre todo, el que pueden tener en encontrar a sus verdaderos progenitores, que un día consintieron su adopción<sup>114</sup>. Este dato, que no deja de ser anecdótico, sirve para poner de relieve que no es algo extraordinario o excepcional que un hijo adoptivo intente averiguar a quiénes debe su existencia, haciendo valer su derecho a conocer el propio origen biológico.

La proyección de este derecho en el ámbito de la adopción debe apreciarse desde dos distintas perspectivas: En primer lugar, examinando la posibilidad de que los hijos adoptados consulten el Registro civil con el fin de averiguar quiénes son sus padres biológicos. Y, en segundo lugar, estudiando la posibilidad de que ejerciten una acción judicial tendente a investigar su ascendencia biológica.

---

nicas de reproducción asistida», *Libro homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, p. 664.

<sup>114</sup> Vide, sobre esta asociación, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 285; y BURKE, «The Adult Adoptee's Constitutional Right to Know His Origins», *S. Cal. L. Rev.*, 1975, 48, p. 1196.

## 4.3.1. DERECHO A CONSULTAR EL REGISTRO CIVIL

Que el hijo adoptivo se llegue a enterar de su condición y origen depende, normalmente, de los padres adoptivos. En la actualidad es opinión común que lo mejor es que éstos revelen a los hijos su condición de adoptados <sup>115</sup>, porque el secreto absoluto no está garantizado y una revelación tardía por parte de un tercero puede producirles importantes daños psíquicos <sup>116</sup>.

Queda a discreción de los padres adoptivos, el «cómo» y el «cuándo» aclarar al hijo tal extremo, pues no se prevé —ni sería recomendable que se previera— en ningún país de nuestro entorno jurídico, al menos que yo sepa, una comunicación de oficio del Registro civil al hijo adoptivo dándole a conocer su origen.

Cuestión distinta es la de si los hijos adoptados pueden tener acceso a la información sobre su procedencia biológica y, en caso afirmativo, a partir de qué edad o en qué momento. En el Derecho comparado se distinguen dos tendencias:

1.<sup>a</sup> En unos países se tiende a impedir que tengan un acceso libre a los Registros donde consta su nacimiento y filiación con la idea de que, manteniendo el anonimato de los padres biológicos, se fortalece el vínculo adoptivo. Así sucede en la mayoría de los Estados norteamericanos <sup>117</sup>, donde los Tribunales han tenido que enfrentarse con la dificultad de decidir cuándo hay una *good cause* (justa causa) para quebrantar el secreto, considerando que la misma existe cuando el desconocimiento de la filiación biológica provoca un desequilibrio grave en el requirente (no si éste tiene mera curiosidad), o cuando es conveniente conocer la historia clínica y la herencia genética del adoptado <sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Según HEGNAUER, aclarar de modo idóneo al hijo su procedencia constituye una de las obligaciones elementales de los padres adoptivos en Suiza (*vide, Berner Kommentar, Band II, 2. Abteilung, 1. Teilband, Bern, 1984, pp. 477 y 602; y Grundriß des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, Bern, 1989, pp. 83 y 96*).

<sup>116</sup> Consúltese, sobre esta cuestión, el trabajo de ROCA TRIAS, «Adopción y datos biogenéticos...», *cit.*; y el de REUTHER, «Wann und wie soll das Adoptivkind über seine Herkunft unterrichtet werden?», *UJ*, 1969, pp. 54 y ss.

<sup>117</sup> No, por ejemplo, en el Estado de Louisiana, donde en 1982 fue regulado un Registro (*State Voluntary Act*) con el objeto de facilitar los contactos voluntarios entre el adoptado y sus padres biológicos, pudiendo obtener las personas adoptadas información confidencial sobre su adopción (*vide, NICHOLS-PUGH, «Rapport Louisianais», Relazioni presentate alle Journées Canadiennes 1987 de l'Association Henri Capitant, sul tema La vérité et le droit des personnes: aspects nouveaux, vol. XXXVIII, Paris, 1987, p. 157*).

<sup>118</sup> Véase un tratamiento amplio de este tema en CARTER, «Confidentiality of adoption records: an examination, *Tulane L. Rev.*, vol. 52, 1977-78, especialmente las pp. 845 y ss.; y BALL/OMENN, «Genetics, Adoption, and the Law», *Milunsky and Annas ed. Genetics and the Law II*, New York, 1980, pp. 275 y ss.

En Suiza el artículo 268 b) ZGB dispone que los progenitores biológicos no pueden conocer la identidad de los padres adoptivos sin el consentimiento de éstos. Precepto con el que se pretende impedir que los padres reales interfieran en las relaciones entre los padres adoptivos y el hijo, así como asegurar la integración de éste en su nueva familia <sup>119</sup>. Sin embargo, no está previsto en el Código civil suizo, que el hijo adoptivo conozca la identidad de sus padres genéticos <sup>120</sup>.

Parece que en ese país, cuando un hijo adoptivo desea conocer su verdadera filiación, la autoridad competente debe ponderar los intereses en juego y, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso particular, decidir si procede ejercitar el llamado *Akteneinsichtsrecht*, que no es otra cosa que el derecho a ver los autos o archivos donde figuran los datos relativos a la adopción <sup>121</sup>. En caso de duda deben prevalecer los intereses del hijo <sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Consúltese GUINAND, «Rapport suisse», Relazioni presentate alle Journées Canadiennes 1987 de l'Association Henri Capitant, sul tema *La vérité et le droit des personnes: aspects nouveaux*, vol. XXXVIII, París, 1987, p. 197; y WERRE, «Quelques aspects juridiques du secret de l'adoption», *ZV*, 1994, pp. 74 y ss.

Resulta muy interesante, por el estudio amplio que realiza del art. 268 b) ZGB, la tesis de LOCHER, *Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis*, Zurich, 1993, *passim*.

<sup>120</sup> Vide, BISCHOFF, «Die Suche des Adoptivkindes nach seinen leiblichen Eltern», *ZZS*, 1986, p. 281; y WERRE, *op. loc. cit.*, p. 76.

<sup>121</sup> A esta conclusión llega BISCHOFF partiendo de la regulación legal, de las distintas posiciones doctrinales existentes en Suiza sobre este tema y de la sentencia del *Bundesgericht* de 5 de febrero de 1986, que se cita a continuación en el texto (*op. loc. cit.*, pp. 281 y ss.). Véase también sobre esto, GUINAND, *op. loc. cit.*, p. 198; y BUSER, «Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis», *ZZS*, 1994, p. 114.

<sup>122</sup> Según BISCHOFF, hay que tener también presentes los intereses de los padres biológicos, pues si se revela su identidad al hijo (adoptado por otros) ello puede suponer una grave injerencia en su vida privada. Si existe consentimiento de todos los afectados no hay ningún conflicto de intereses y nada debe impedir dar al hijo información sobre su origen. La autoridad competente en Suiza, según este autor, ha de ofrecerse como mediadora entre el hijo adoptivo y sus padres biológicos, advirtiéndolo al hijo de las posibles consecuencias de sus averiguaciones, del riesgo de un desengaño con la toma de contacto (rechazo de los padres reales, relaciones hostiles). Si los padres biológicos no quieren desvelar su identidad, la autoridad tiene que informar al hijo sobre ello. Si el hijo persiste en su intento, sólo se puede obligar a la autoridad a proporcionar al hijo los datos que desea saber acerca de su filiación en el momento de la adopción, por vía judicial (*op. loc. cit.*, pp. 281 y ss.). Consúltese también, GUINAND, *op. loc. cit.*, p. 198; y WERRE, *op. loc. cit.*, pp. 83 y ss.

LOCHER considera que el hijo adoptado (capaz de discernimiento) tiene un derecho incondicional a conocer la identidad de sus padres naturales. Estima que los intereses de los padres adoptivos o de los padres naturales no deberían tomarse en cuenta para limitar su ejercicio (*op. cit.*, pp. 78 y ss.).

No ha sido ésta, sin embargo, la solución acogida por el Código civil de Quebec de 1991 (cuya entrada en vigor fue fijada para el 1 de enero de 1994), cuyo art. 583 prevé que el adoptado mayor de edad, o el menor de catorce años o más, tiene el derecho de obtener las indicaciones que le permitan encontrar a sus padres, si estos últimos han consentido previamente (*vid. WERRE, op. loc. cit.*, p. 80).

Esta es solución a la que se llega en Derecho suizo partiendo de la importante sentencia del *Bundesgericht* (Tribunal Federal suizo) de 5 de febrero de 1986<sup>123</sup>. De la misma resulta que es necesario probar que se tiene un especial interés<sup>124</sup> en hacer valer el *Akteneinsichtsrecht*, por ser este derecho expresión de la libertad personal protegida por la Constitución<sup>125</sup>, que encuentra sus límites en el interés del Estado y de ciertas personas privadas en el secreto de los archivos.

2.<sup>a</sup> En cambio, en otros países la tendencia es la de no obstaculizar ni impedir que el hijo consulte los Registros donde consten las circunstancias de la adopción y la identidad de sus padres biológicos, con lo que desde esta perspectiva no se protege el anonimato de los progenitores y, consecuentemente, no se provoca el que se planteen ante los Tribunales de esos países reclamaciones de hijos adoptivos con ansia de conocer su procedencia biológica.

Así, en Alemania, el § 61, n.º 2 PStG confiere al adoptado mayor de dieciséis años la facultad de consultar directamente los libros del Registro civil. Según Kleineke<sup>126</sup>, es facultad del hijo

<sup>123</sup> En el caso resuelto por esta sentencia un hombre maduro, hijo de madre soltera, solicitó que se le dejara examinar los archivos donde constaban los datos relativos a su filiación. La autoridad competente no le permitió tal examen. El solicitante persistió en ello y recurrió. El Departamento de Justicia y a continuación el Tribunal administrativo del cantón de Basel-Stad confirmaron la decisión de la autoridad competente y rechazaron los respectivos recursos interpuestos. Acto seguido el interesado formuló recurso ante el *Bundesgericht*, que también fue rechazado (*vide* «Auskunft über den Vater», ZZS, 1986, pp. 283 y ss.).

Comenta con detalle esta sentencia COTTIER, quien defiende que en Suiza también hay que admitir la existencia del derecho a conocer el propio origen biológico partiendo de la Constitución, pues de la sentencia cuestionada no se desprende lo contrario y sí solo el reconocimiento de ese derecho dentro de ciertos límites (*Die Suche nach der eigenen Herkunft: Verfassungsrechtliche Aspekte*, Basel, 1987, *passim*, véase sobre todo las pp. 27 y ss.). Implícitamente se pronuncia también en este sentido HEGNAUER, *Grundriss*, *cit.*, p. 96. En cambio, la interpreta de forma más restrictiva GUINAND, por entender que el derecho a conocer el propio origen biológico no es considerado en esa sentencia del Tribunal Federal suizo de 5 de febrero de 1986 como fundamental (*op. loc. cit.*, p. 199).

El *Bundesgericht* parece reconocer el derecho a obtener información sobre el padre también en otra sentencia de 1988, que cita y comenta WERRE (*op. loc. cit.*, p. 78).

<sup>124</sup> Por ejemplo, como indica la propia sentencia del *Bundesgericht* de 5 de febrero de 1986, porque el conocimiento de los archivos con los datos que interesan es necesario para la realización de un psicoanálisis o de una psicoterapia («Auskunft über den Vater», *cit.*, p. 287).

<sup>125</sup> Se afirma en la propia sentencia del *Bundesgericht* de 5 de febrero de 1986 [punto b)], que «según la nueva praxis del *Bundesgericht* la libertad personal protege, como derecho a la libertad principal, no sólo a la libertad de acción y a la integridad corporal, sino a todas las libertades que representan elementos decisivos del desarrollo de la personalidad» («Auskunft über den Vater», *loc. cit.*, p. 284).

<sup>126</sup> *Op. cit.*, pp. 261 y ss.

que debe ser considerada como una particular concreción del derecho a conocer el propio origen biológico <sup>127</sup>.

En Inglaterra, hasta 1975, los hijos adoptados se encontraban con muchas dificultades para obtener licencia judicial para consultar los Registros. La *Children Act* de 1975 autorizó que los adoptados mayores de edad pudiesen obtener información <sup>128</sup>. Curioso es, sin embargo, el hecho de que en Escocia el acceso a los Registros es libre desde 1930. En un trabajo allí realizado, del que habla Burke, se pone de manifiesto lo beneficioso que resulta psicológicamente conocer los orígenes genéticos <sup>129</sup>.

¿*Quid iuris* en Derecho civil común y en Derecho civil catalán?

El artículo 21 RRC permite informar acerca de la adopción. En él se dice que no se dará publicidad sin autorización especial de la filiación adoptiva. Autorización que según ese mismo artículo se concederá por el Juez Encargado y sólo a quienes justifiquen un interés legítimo y razón fundada.

El interés legítimo a que alude el artículo 21 RRC creo que lo tiene siempre, sin más, el hijo adoptivo por el mero hecho de serlo, mientras que la razón fundada que justifica la petición de información sobre la filiación adoptiva, entiendo que debe demostrarla quien pruebe tener un interés legítimo. Como razones fundadas cabe apreciar el padecer un importante trastorno psíquico por las incógnitas sobre la filiación, o la necesidad de conocer el historial clínico de los padres biológicos, en vista, por ejemplo, a una inminente operación, o con el fin de prevenir o curar enfermedades <sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> En contra se pronuncian, FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 117; y DEICHFUß, «Recht des Kindes...», *loc. cit.*, p. 115. A favor, rebatiendo los argumentos de DEICHFUß, véase GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 368.

<sup>128</sup> Vide, BROMLEY/LOWE, *Bromley's Family Law*, London, 1992, p. 413; DEWAR/PARKER, *Law and the family*, London, 1992, p. 482; y CRETNEY/MASSON, *Principles of Family Law*, London, 1990, p. 706.

<sup>129</sup> Vide, *op. loc. cit.*, p. 1203.

<sup>130</sup> Desde otra perspectiva también se ha planteado en nuestro país, a raíz del asunto «El hijo adoptivo de Sara Montiel» (cfr. STS de 20 de febrero de 1989 y STC de 17 de octubre de 1991), si es admisible desde un punto de vista constitucional la revelación del origen de un hijo adoptado (en este caso, identificación de la madre natural y descripción de sus características personales y profesionales) a través de publicidad en la prensa cuando los padres adoptivos son personajes famosos.

El supuesto de hecho fue el siguiente: en un diario de gran difusión se publicó un artículo bajo el titular «La madre, XX, trabajaba en una barra americana» y con un subtítulo en el que se señalaba que «El hijo adoptivo de Sara Montiel fue adquirido en Alicante». A causa de estas declaraciones los padres adoptivos reclamaron una indemnización por intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad personal y familiar. En primera y en segunda instancia se estimó en parte la demanda. Los demandados plantearon recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Interpuesto el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional lo desestimó y afirmó: «Desde esta perspectiva de la dignidad de la persona, no cabe duda

En cambio, en Cataluña, creo que al hijo adoptivo mayor de edad (o emancipado) se le debe dejar consultar en cualquier caso el Registro civil para que conozca su ascendencia biológica, sin que tenga que demostrar una razón fundada que justifique su pretensión, *ex art.* 28 LPMA («... el adoptado, a partir de la mayoría de edad, puede ejercitar las acciones conducentes a averiguar quiénes han sido sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva») <sup>131</sup>. Y ello porque dentro de la expresión «acciones conducentes» de dicho precepto hay que considerar comprendida la facultad de consultar el Registro civil. En efecto, el artículo 28 LPMA al aludir a «acciones» en plural parece querer incluir todas las posibilidades o medios existentes en Derecho positivo de averiguar el verdadero origen biológico. Con esta interpretación la única restricción con que tropieza en Cataluña el derecho a conocer el propio origen biológico de un hijo adoptivo, ejercitado consultando el Registro civil, es el de la edad exigida para hacerlo valer, pues ha de tratarse de un mayor de edad o, en mi opinión, de un menor emancipado <sup>132</sup>. Presupuesto razonable por las repercusiones que en el estado psíquico y anímico del interesado puede tener el enterarse de la verdadera ascendencia biológica y que restringe mucho menos que el requisito de justificar una «razón fundada» (propio del Derecho civil común) el alcance del derecho a conocer el propio origen biológico.

#### 4.3.2. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN

Para mejor tomar posición sobre si procede (o debería ser posible) ejercitar una acción judicial tendente a averiguar y declarar la filiación biológica de los hijos adoptivos, estimo que puede ser

---

que la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo». Con estas palabras el Tribunal Constitucional viene a confirmar, con referencia a la adopción, que el derecho a conocer (y a dar a conocer) el propio origen, en cuanto afecta también al derecho a la intimidad personal, forma parte de la dignidad de la persona.

<sup>131</sup> Como observa ROCA TRÍAS, el derecho del adoptado a obtener información no parece limitado en absoluto, ni condicionado a la concurrencia de ninguna circunstancia. Los padres adoptantes, sin embargo, sólo podrán actuar cuando el conocimiento de los datos biogenéticos del adoptado sea indispensable para su salud; por tanto, sólo por una causa razonable suficientemente grave («Adopción y datos biogenéticos...»), *cit.*

<sup>132</sup> Habida cuenta de que «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor» (*cf.* art. 323 C.c.), sin que quepa considerar que el ejercicio del derecho a conocer la verdadera filiación, consultando el Registro civil, sea uno de esos actos para los que un menor emancipado precisa el asentimiento de sus padres (recuérdese que las normas sobre emancipación del Código civil son aplicables supletoriamente en Cataluña).

útil echar previamente una ojeada a ordenamientos jurídicos foráneos antes de pasar a examinar esta cuestión en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán.

#### 4.3.2.1. *En Derecho comparado*

En ciertos países, en los que se distinguen dos tipos de adopción —la simple y la plena—, la solución es diferente según a cuál de ellas esté sujeto el adoptado, en función de los distintos efectos que se les atribuyen y las caracterizan. Así, mientras la adopción simple no entraña una ruptura con la familia de origen, la adopción plena la implica total.

Esta diversa configuración y alcance que tienen ambas clases de adopción —existentes, por ejemplo, en Francia y Portugal— trae como consecuencia que en el caso de la adopción simple se pueda establecer judicialmente, ejercitando la acción de reclamación, la filiación paterna real del adoptado, que no repercutirá para nada en la validez y los efectos de dicha adopción<sup>133</sup>. En cambio, si la adopción es plena no se permite la determinación judicial de la filiación biológica del adoptado<sup>134</sup>.

En Alemania, donde conforme al § 1755 BGB la adopción de un menor quiebra todos los lazos con la familia biológica y genera una nueva familia, la doctrina que ha abordado el problema de si cabe que el hijo adoptado promueva una acción para investigar su ascendencia biológica se halla dividida, aunque parece predomina-

---

<sup>133</sup> En este sentido se pronuncian HUET WEILLER («Adoption-France. L'adoption dans les principales législations européennes», *RIDC*, 1985, n.º 3, p. 628); y BENABENT (*Droit civil*, Paris, 1988, p. 448), por lo que se refiere al sistema francés. Y PEREIRA COELHO («Adoption-Portugal. L'adoption dans les principales législations européennes», *RIDC*, 1985, n.º 3, p. 684) por lo que respecta al sistema portugués.

<sup>134</sup> Véase HUET WEILLER, *op. loc. cit.*, p. 626; y PEREIRA COELHO, *op. loc. cit.*, p. 682. DE OLIVEIRA dice sobre esto, refiriéndose al sistema portugués: «destaca en este caso el derecho a la identidad como faceta del derecho a la integridad personal. La prohibición de establecer en juicio la ascendencia biológica [que sienta el 2.º párrafo del art. 1987 del Código civil lusitano] disminuye considerablemente la tutela global de la personalidad en una cultura como la nuestra, en la que a pesar de la atención dispensada a la relación adoptiva, el parentesco deriva fundamentalmente de la vinculación biológica. Mas, también reconozco el valor de las razones que pueden haber llevado a la prohibición: proteger y promover la relación adoptiva que según un juicio fundado y cuidadoso, satisface mejor el interés del hijo. Defender la tranquilidad de la adopción constituida es defender a la familia que conviene al menor. En estas condiciones, tengo que reconocer que el derecho a la identidad y a la integridad moral debe sufrir las restricciones necesarias, de tal modo que no se preste un mal servicio al propio titular. Así juzgo que debe aceptarse la prohibición de establecer judicialmente el vínculo biológico con los efectos tradicionales de la constitución del estado familiar. Aunque desearía que se respetase, hasta donde fuese posible, un derecho al conocimiento de la ascendencia biológica» (*Critério jurídico da paternidade, cit.*, p. 492).

minar la opinión de aquellos autores que están a favor de que se permita la investigación y determinación de la filiación real <sup>135</sup>.

Los adversarios de la tendencia dominante consideran que resulta incompatible lo establecido en el § 1755 BGB con la admisión de la determinación (tras la adopción) de la filiación biológica <sup>136</sup>.

Quienes, por el contrario, defienden la admisibilidad de la averiguación de la verdadera filiación y su determinación jurídica, aun a pesar de la existencia de la adopción, fundamentan su postura, sobre todo, en el derecho al conocimiento de la auténtica filiación <sup>137</sup>, y también en una razón de orden práctico, en el hecho de que la adopción puede extinguirse y el adoptado querer determinar su verdadera filiación <sup>138</sup>. Motivo por el cual parece que lo más acertado es —entiende ese sector de la doctrina alemana— permitir que la averigüe cuando aún existe la adopción, pues el relegar esa investigación a un momento posterior, concretamente, a cuando se extinga la adopción, puede dificultarla <sup>139</sup>.

En Suiza, la doctrina se ha encargado de destacar que la acción de reclamación de la paternidad no se puede ejercitar cuando el hijo ha sido adoptado, y que ello es así aun cuando el adoptante sea una mujer sola, pues con la adopción se rompen los lazos de filiación anteriores, también respecto del padre natural, incluso en esa hipótesis <sup>140</sup>.

#### 4.3.2.2. *En Derecho civil común*

Ya antes de la reforma del Código civil por la ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó, entre otras cosas, la adopción, sos-

<sup>135</sup> Pues según FRANK, una acción meramente declarativa de la relación biológica no existe en el Derecho alemán («Recht auf Kenntnis...»), *loc. cit.*, p. 117).

<sup>136</sup> Vide, GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, München, 1980, p. 998; y FRANK, *op. loc. cit.*, p. 117.

<sup>137</sup> Así, ROTH STIELOW, *Soergel/Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6, Stuttgart, 1981, p. 1426; FIESELER, *Alternativ Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, Neuwied, 1981, p. 843; FRANK, «Die unterschiedliche Bedeutung...», *FamRZ*, 1992, p. 1367; y KLEINEKE *op. cit.*, pp. 276 y ss. (véase sobre todo la p. 288). Aunque este último autor no afirma expresamente que todo hijo adoptado tiene derecho a investigar su filiación biológica, creo que implícitamente así lo da a entender.

<sup>138</sup> Cfr., BEITZKE/LÜDERITZ, *op. cit.*, p. 355; ROTH STIELOW, *op. loc. cit.*, p. 1426; LÜDERITZ, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, München, 1987, p. 867; ULLENBRUCH, «Betreibung der Vaterschaftsfeststellung bei vorgesehener Adoption eines nichtehelichen Kindes?», *ZBJugR*, 1977, p. 426; y MUTSCHLER, *op. loc. cit.*, p. 119.

<sup>139</sup> Véase en particular LÜDERITZ, *op. loc. cit.*, p. 867; y ULLENBRUCH, *op. loc. cit.*, p. 426.

<sup>140</sup> Cfr. HEGNAUER en *Grundriß des Kindesrechts*, *cit.*, p. 91; y en *Berner Kommentar*, *cit.*, p. 351; y TERCIER, «L'action en paternité selon le nouveau Droit de la filiation», *ZBJV*, Bd. 114, 1978, p. 388.

tenía la doctrina que en nuestro Derecho no existía base legal alguna para impedir el reconocimiento de un hijo adoptado por parte de sus progenitores genéticos y menos la determinación judicial de su filiación biológica <sup>141</sup>.

Esta posibilidad de establecer la verdadera filiación después de haberse constituido el vínculo adoptivo fue confirmada por el art. 177-2 C.c., tras ser reformado en 1981 («la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado, no afecta a la adopción»). Norma que no fue modificada luego por la ley 21/1987, de 11 de noviembre, y que implícitamente permite a los hijos adoptivos reclamar judicialmente su filiación biológica <sup>142</sup>, la cual quedará determinada sin que ello incida para nada en la adopción, cuyos efectos seguirán produciéndose sin sufrir alteración alguna <sup>143</sup>.

Con esta regulación se hace patente que el derecho al conocimiento de la verdadera filiación, no es, ni mucho menos, ajeno a nuestro Código civil, al ser expresamente respetado en caso de adopción por lo que hace al último aspecto examinado.

#### 4.3.2.3. *En Derecho civil catalán*

La ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, ha sabido llegar a un justo equilibrio entre el secreto o reserva de la información, actuaciones y trámites relativos a la adopción (*cf.* art. 34) y el respeto al derecho a conocer el propio origen biológico, que reconoce su artículo 28.

En atención a los términos con que está redactado este precepto y al principio de libre investigación de la paternidad propio del Derecho civil catalán, no parece desatinado pensar que en Cataluña será posible hacer valer el derecho a conocer el propio origen biológico ejercitando la acción de reclamación de la filiación, que la determinará sin que ello afecte a la filiación adopti-

---

<sup>141</sup> *Vide*, GAMBON ALIS, *La adopción*, Barcelona, 1960, p. 243. *Vide* también GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen de la adopción», *ADC*, 1971, p. 859.

<sup>142</sup> Véase en este sentido la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1987 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987.

<sup>143</sup> Decía sobre esto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, refiriéndose a la regulación de la adopción anterior a la actual de 1987: «es importante precisar que la adopción, incluso la adopción plena, no es incompatible con la “determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado” (cf. art. 177-I C.c.)». Puntualizando más adelante este mismo autor al abordar el tema de la investigación de la paternidad: «ningún tipo de filiación está excluido de modo absoluto (cf. art. 125), de la posible investigación. Ni siquiera cuando el hijo está sometido a adopción plena (cf. art. 177 II C.c.)» (*op. loc. cit.*, vol. 1.º, pp. 846 y 951).

va <sup>144</sup>. Solución que parece viable porque también para otros casos (v. gr., ejercicio de tal acción por los progenitores cuyo previo reconocimiento no fue consentido <sup>145</sup>) se contempla la posibilidad de que el único efecto de la acción de reclamación sea el de la mera determinación de la verdadera filiación (*cf.* art. 21 LFC).

Por otra parte, obsérvese que la edad impuesta por el art. 28 LPMA para poder ejercitar el derecho a conocer el propio origen biológico viene a coincidir con la edad a partir de la cual el hijo puede interponer por sí solo la acción de reclamación, lo que dota al ordenamiento jurídico catalán de gran coherencia en este punto. Sea como fuere, del art. 28 LPMA se desprende que legitimado para formular dicha acción con el mencionado fin sólo lo está el hijo adoptivo.

Dado que parece factible el ejercicio de la acción de reclamación en las condiciones vistas, carece de interés protegible una acción de mera investigación de la paternidad (que no la determine) en esta hipótesis. No hay por qué recurrir a mecanismos jurídicos nuevos, no contemplados expresamente en la ley, cuando con los existentes se puede lograr, con las debidas salvedades, una aceptable y correcta solución.

Así las cosas, puede decirse que el legislador catalán tuvo *in mente* el derecho a conocer el propio origen biológico en el momento de elaborar la ley sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, por ser su proyección en ella de nítida apreciación.

#### **4.4. El Derecho a conocer el propio origen biológico en caso de fecundación asistida con gametos de donante**

Los espectaculares progresos técnicos y los descubrimientos científicos de los últimos tiempos han posibilitado el desarrollo y utilización de las llamadas técnicas de reproducción artificial o asistida <sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Curiosa resulta la sentencia de 3 de noviembre de 1983, del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 6 de Barcelona (*RJC*, 1984-II, p. 541), dictada antes de entrar en vigor la actual ley de adopción catalana, en la que el Juez dio lugar a la demanda sobre reclamación de filiación y declaró la nulidad de la adopción plena, sin citar en la sentencia ninguna norma específica del derecho positivo, fundando las razones del fallo en que el juzgador tiene la humana misión de aplicar las leyes desarrollando su energía potencial y sincronizándolas con la vida para tratar de realizar la Justicia, mediante un amplio campo de creación inventativa reelaborando permanentemente las leyes para revitalizarlas, rejuvenecerlas y en definitiva para hacerlas eficaces y funcionales y evitar así su envejecimiento; y también en los principios de la equidad sirviéndose como vehículo de los principios generales del Derecho.

<sup>145</sup> *Vide, supra*, el epígrafe 4.1.2.2.

<sup>146</sup> Créo que no está de más recordar que en todas las técnicas de reproducción asistida se prescinde de la cohabitación sexual para lograr la fecundación. De ahí que

Por la incidencia que tienen estas modernas técnicas de reproducción en el Derecho de filiación no pueden pasar inadvertidas al jurista, que debe preocuparse de resolver los numerosos problemas jurídicos que plantean, con independencia de ciertos juicios de valor sobre su eticidad, oportunidad, límites y demás.

Al hablar de la fecundación asistida hay que distinguir dos tipos: 1.º la efectuada con gametos masculinos del varón de la pareja (FAH); 2.º y la practicada con gametos de un tercero (donante o dador) ajeno a la pareja o a la mujer que desea ser fecundada (FAD).

Cuando la fecundación asistida es del primer tipo, siempre que el varón la haya consentido, no surge ninguna dificultad nueva al hacer valer el derecho a conocer el propio origen biológico, pues nada obsta a que se averigüe la paternidad biológica. Los problemas aparecen en la fecundación asistida con aportación de donante.

La cuestión de si debe o no negarse al hijo nacido de FAD la posibilidad de conocer y averiguar su procedencia biológica o genética, está muy estrechamente relacionada con la de si debe preservarse o no el anonimato del dador. Se suele afirmar que la defensa del anonimato comporta la prohibición de investigar la paternidad, pues si se admitiese ésta ya no cabría hablar de anonimato. Por eso, los defensores del anonimato abogan por la proscripción de la investigación de la paternidad en la hipótesis de FAD<sup>147</sup> y niegan el derecho a conocer el propio origen biológico en este caso.

Veamos ahora cuáles son las razones alegadas a favor y en contra del anonimato con el fin de mejor argumentar después cuál

---

también se emplee el calificativo de «artificiales» para designarlas. Las principales técnicas de reproducción asistida son la inseminación artificial (IA), la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVTE) y la transferencia intratubárica de gametos (TIG).

Lo que diferencia a las distintas técnicas de reproducción asistida es el cómo y el dónde se produce la fecundación.

La especialidad de la IA radica en que los gametos masculinos son introducidos artificialmente en el cuerpo de la mujer, donde tiene lugar la fecundación.

A diferencia de la IA, en la FIVTE la fecundación es extracorpórea. La unión de los dos gametos se efectúa fuera del cuerpo de la mujer, implantándose luego el embrión en el útero, ya sea de la misma mujer a quien pertenece el óvulo, o de otra.

Con la TIG la fecundación se verifica, como en la IA, directamente en el cuerpo de la mujer, pero se diferencia de ésta en que no sólo son introducidos artificialmente los gametos masculinos, sino también los femeninos.

Por ser prácticamente idénticos los problemas que pueden suscitarse respecto del derecho a conocer el propio origen biológico al aplicar cualquiera de las técnicas de reproducción asistida, cuando aluda a la FA hay que entender comprendidas la IA, la FIVTE y la TIG.

<sup>147</sup> Véase por todos LLEDÓ-YAGÜE, «Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana», *La Ley*, 1985-2, p. 1013.

es (o debería ser) el alcance del derecho a conocer la ascendencia biológica en el supuesto de FAD.

No se le oculta a nadie que dado el gran relativismo que hay en todo lo jurídico en general, y en este punto concreto en particular, es defendible —prescindiendo ahora de regulaciones positivas concretas— tanto el anonimato y la prohibición de investigar la paternidad, como lo contrario <sup>148</sup>.

Intentaré, no obstante, demostrar por qué estimo más conforme con los designios de la Constitución que se permita al hijo indagar la identidad del donante cuando ha mediado una FAD. Con tal fin, trataré de rebatir primero los argumentos que esgrimen los partidarios del anonimato, para pasar a exponer luego los que aducen sus detractores.

Los principales argumentos que se suelen invocar para fundamentar el anonimato y prohibir consecuentemente la investigación de la paternidad son:

1.º Favorecer la donación de gametos. El estamento médico, sobre todo, acostumbra a decir que si no se admitiese el anonimato muy pocos hombres estarían dispuestos a donar sus gametos por el temor de que algún día se pudiese llegar a conocer su identidad y a reclamarles responsabilidades con respecto al niño, lo que conduciría a la desaparición de estas técnicas por falta de medios vitales para hacer posible su realización <sup>149</sup>.

2.º Evitar un posible quebrantamiento de la paz, estabilidad y unidad de la familia en la que el hijo se halla integrado, por la interferencia afectiva de otra persona (el dador) <sup>150</sup>.

3.º Proteger al varón que consintió la FAD y que figura como padre, de posibles atentados contra su intimidad, impidiendo que se ponga al descubierto su ineptitud para engendrar y la inexistencia de un lazo biológico entre él y el hijo.

4.º El respeto que merece el derecho a la intimidad del dador. Nadie tiene por qué saber el uso que éste hace de su fuerza genésica, ni que la donación de sus gametos ha hecho posible el nacimiento de un nuevo ser humano.

<sup>148</sup> Vide, PATTI, «Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche», *Dir. fam.*, 1987, p. 1317.

<sup>149</sup> Consúltese, FRANK («Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 120); PANTALEÓN («La responsabilidad civil de los sujetos o instituciones intervinientes en un proceso de fecundación asistida», *La filiación a finales del siglo XX. II Congreso Mundial Vasco*, Vitoria, 1987, p. 293), que considera que es el argumento fundamental común a todos los partidarios de garantizar legalmente el anonimato del dador; GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, p. 111; y LLEDÓ YAGÜE (*Acciones de filiación*, Madrid, 1987, p. 248).

<sup>150</sup> Véase, en particular, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ («Nuevas técnicas de procreación artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas», *RGLJ*, 1986, 4, p. 496), que es partidaria de mantener el anonimato a ultranza; y SHAMAN, «Legal Aspects of artificial insemination», *Journal of family Law*, vol. 18, 1979-80, p. 340.

5.º Con la preservación del anonimato se evita la eventualidad de problemas de conciencia, sea en el donante, sea en el receptor, sea en los dos; y en particular que alguien abuse de la situación a través del chantaje <sup>151</sup>.

6.º El conocimiento por el hijo de la identidad de su dador puede producirle un daño psíquico y afectivo que no favorecerá en modo alguno su bienestar y desarrollo <sup>152</sup>.

Todos estos argumentos me parecen insuficientes para que pueda predominar la postura favorable al anonimato, entre otras razones, porque excepto el último, todos los otros piensan antes en el interés de los padres y del donante que en el interés más digno de protección que es el del hijo, con quien no se contó para nada al realizar la FAD.

En mi opinión, dichos argumentos son rebatibles <sup>153</sup>, sobre todo si se tiene la convicción de que el derecho a conocer el propio origen genético es uno de los «derechos inviolables» a que alude el art. 10 CE.

Se debilita la trascendencia del primer argumento si se parte de la premisa de que el derecho a conocer la auténtica ascendencia no tiene por qué implicar que se pueda ejercitar contra el progenitor biológico una acción de reclamación, con todas las secuelas personales y patrimoniales que de ella derivan <sup>154</sup>. Si se admitiera esto, el temor de los donantes quedaría reducido en ese caso a que se conociera su identidad y no más. El proscribir el anonimato del dador tal vez traería consigo, al principio, una decadencia de este procedimiento que, sin embargo, creo que se superaría si se llegase a aceptar sin reparos, como algo normal y no excepcional, la FAD, pues seguramente entonces los donantes aportarían sus gametos movidos por una responsable y madura actitud de cooperación <sup>155</sup>. Y si así no sucediera más valdría que desaparecieran

---

<sup>151</sup> Vide, LLEDÓ YAGÜE, *Acciones de filiación*, cit., p. 248; y «Reflexión jurídica...», loc. cit., p. 1013.

<sup>152</sup> Así, LLEDÓ YAGÜE, *Acciones de filiación*, cit., p. 248. Consúltese también sobre esto, GÓMEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 111.

<sup>153</sup> En este sentido se pronuncia respecto de algunos de ellos RIVERO, en «Aspectos jurídico-privados más relevantes de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida», *BIMJ*, 1989, p. 565; y en «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», loc. cit., p. 157.

Véase sobre el rechazo del anonimato en Alemania, por todos, BUSSE, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

<sup>154</sup> Pues como observa RIVERO, en algunos casos la verdadera preocupación de fondo que lleva a defender el anonimato es la de impedir cualquier relación jurídica y reclamación de derechos entre donante y nacido («La investigación de la mera relación biológica...», loc. cit., p. 156).

<sup>155</sup> Así parece que ha sucedido en Suecia, donde el artículo 4 de la ley de 2 de diciembre de 1984 garantiza el derecho del niño a conocer, si lo desea, la identidad del donante de semen. Según EWERLÖF, una encuesta realizada por la Comisión sobre

estas técnicas de reproducción, que negar al hijo el derecho de la personalidad que tiene al conocimiento de su origen biológico que es más valioso, sin lugar a dudas, que el capricho o el deseo de unos adultos en devenir padres.

La ruptura de la paz y estabilidad familiar, así como el supuesto perjuicio psíquico que puede suponer para el niño saber que parte de su herencia genética la recibió de un hombre extraño, no es razón suficiente para imponer el anonimato<sup>156</sup>, porque esa «ruptura» o ese «perjuicio» de que hablamos podría producirse con más gravedad, si a pesar del intento de los padres formales de ocultar al hijo las circunstancias relativas a su nacimiento, éste se enterara por otras personas de que aquél que se comporta y figura como su padre no es su progenitor biológico<sup>157</sup>.

---

inseminaciones en el Karolinska Sjukhuset de Estocolmo mostró que 4 de cada 12 donantes del hospital podían pensarse seguir actuando como tales aunque no fueran anónimos [«La inseminación artificial. Debates y legislación», *Actualidades de Suecia*, publicado por el *Svenska Institutet*, n.º 329, febrero 1985, p. 9 (la traducción es de Felipe Mena)]. Dice SVERNE (refiriéndose a la supresión del anonimato en la IAD en Suecia) que aunque es demasiado pronto para predecir el futuro, hay buenas razones para suponer que la inseminación continuará, pero ahora bajo mejores condiciones para los niños concebidos mediante ella («The Swedish view of artificial insemination by donor», *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, Zürich, 1986, p. 177).

Según ANDREW, una encuesta realizada en la Universidad de Deskin, en Vitoria, Australia, revelaría que el 60 por 100 de los donantes consultados dijeron que no veían ningún problema en que el niño contactara con ellos luego de cumplir los dieciocho años (*apud* ZANNONI «La genética actual y el Derecho de familia», *Comunicación al Congreso Hispano-americano de Derecho de familia*, Cáceres, octubre de 1987, p. 12, nota 24).

<sup>156</sup> Para PANTALEÓN, «es una falacia de la peor especie, por cuanto pretende presentar a la víctima como protegido, el utilizar a favor de la garantía legal del anonimato del donante de semen el argumento de que el hijo “podría recibir un daño psíquico y afectivo que perjudicará su bienestar, al conocer que su origen genético está fuera de la familia a la que pertenece”. Dejemos de lado, aunque de por sí sería respuesta bastante (como es también frente al intento de fundamentar el anonimato del donante el mantenimiento de la paz, la integración, la consolidación y la estabilidad de la familia), que la conclusión final consecuente de dicho argumento sería la de prohibir de manera absoluta, en frontal contradicción con lo dispuesto en el artículo 39-2 de la Constitución, la investigación de la paternidad de los hijos adúlteros y adoptivos» («La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, p. 291).

<sup>157</sup> La experiencia en materia de adopción demuestra que es incluso aconsejable, en cuanto resulta menos perjudicial y doloroso moralmente para el hijo, que los padres adoptivos le revelen, cuando haya alcanzado la madurez suficiente, las circunstancias de su generación, antes de que se entere por otras fuentes, y se dé cuenta de que sus padres sociales no han sido sinceros con él (*vide supra*, el epígrafe 4.3.1.).

La Comisión sueca sobre inseminaciones, cuando se elaboraba la ley de 1985, adujo que «a falta de investigaciones sobre los niños nacidos de inseminación artificial, se debe tener en cuenta las realizadas sobre las necesidades de los hijos adoptivos y su interés por conocer su origen biológico. Las investigaciones en ese campo en Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña muestran que un hijo adoptivo siente una gran necesidad de conocer su filiación y que la posibilidad de averiguarlo tiene una gran importancia para su evolución. En los trabajos preparatorios de la nueva ley se

Por otra parte, hay más motivos para pensar que será el anonimato y no la posibilidad de que el hijo conozca la identidad de su progenitor lo que puede dar lugar a problemas de conciencia o a chantajes, que muy bien pueden evitarse no haciendo del anonimato una regla de juego inquebrantable.

Además, una cosa es que el legislador ordinario garantice que alcanzada la madurez suficiente, el nacido a consecuencia de una FAD puede, si así lo desea, conocer la identidad de su progenitor biológico<sup>158</sup>, y otra muy distinta que se establezca que el nacido de una FAD tendrá, quiéralo o no, conocimiento de las circunstancias de su generación y de la identidad de aquél. Esto último no sería recomendable que ocurriera por tratarse de una materia que afecta de lleno a la intimidad de la persona, en la que no debe interferirse el poder público<sup>159</sup>.

Dudoso es que el conocimiento de la identidad del dador por el hijo perturbe la intimidad del padre social o la del dador, tal como la configuran el art. 18-1 CE y la ley 1/1982, de 5 de mayo<sup>160</sup>. Mas, aunque así fuera, el derecho a la intimidad del padre social y del dador deben quedar relegados a un segundo plano<sup>161</sup>, por el hecho de que ningún derecho es absoluto y debe ceder ante

---

hace constar en un principio lo importante que es una actitud sincera y abierta por parte de los padres respecto del niño. Por eso mismo, los padres deben contarle, tan pronto como sea conveniente cómo fue engendrado» (EWERLÖF, *op. loc. cit.*, p. 8).

<sup>158</sup> Aunque quizás al hijo en muchos casos no le preocupará su origen genético si ha hallado un equilibrio psíquico y afectivo conviviendo con otras personas distintas a sus progenitores biológicos.

<sup>159</sup> Véase en este sentido PANTALEÓN, «La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, pp. 291 y 292.

Como puntualiza GOMEZ SANCHEZ (*op. cit.*, p. 126), los poderes públicos no sólo quedan obligados a no impedir que el hijo pueda conocer su origen genético y biológico, sino que, quedan expresamente obligados a facilitar efectivamente tal conocimiento (pero esto último sólo, en mi opinión, si el hijo lo solicita).

<sup>160</sup> Así lo entiende también RIVERO, «La investigación...», *loc. cit.*, pp. 157 y 158.

<sup>161</sup> Como observa VIDAL MARTÍNEZ: «el pretendido anonimato no es sino una construcción *ad hoc* que en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada —el hijo y su derecho a la intimidad—, lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación. De este modo el mantenimiento del anonimato concebido como secreto absoluto, y no como lo que debe ser, simple protección de la intimidad de las personas implicadas, podría llevar a una consecuencia directamente opuesta a la pretendida por derecho a la intimidad. A saber: La instrumentalización del hijo, que puede ver cercenado su derecho a conocer quién fue su progenitor biológico, o a contar con ese dato para la defensa de intereses morales o materiales» («Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho civil: Introducción y panórama general», *RGD*, 1986, p. 3718).

Véase, también, sobre el conflicto que se plantea entre derecho al conocimiento del origen genético del hijo nacido de FAD, y el derecho a la intimidad de otras personas implicadas, ROBERTSON, «Embryos, families, and procreative liberty: the legal structure of the new reproduction», *S. Cal. L. Rev.*, vol. 59: 939, 1986, pp. 1015 y ss.

otro considerado prevalente, como me parece que lo es el del hijo nacido gracias a FAD a conocer su origen biológico <sup>162</sup>.

Una vez refutados los argumentos esgrimidos por los defensores del anonimato y de prohibir la investigación de la paternidad, obligado resulta exponer, para consolidar la posición que estimo correcta, con fundamento en qué preceptos de la Constitución puede defenderse, en la hipótesis de FAD, el derecho al conocimiento de la auténtica ascendencia.

Para mí, el precepto cardinal es el art. 10-1 CE <sup>163</sup>, básicamente por dos razones: porque negar al hijo ese derecho va contra la dignidad de la persona, al degradar al niño a la condición de objeto, de juguete ansiado por otros sujetos <sup>164</sup>; y porque el no reconocimiento de dicho derecho supone obstaculizar el libre desarrollo de la personalidad del hijo <sup>165</sup>.

En estos argumentos (sobre todo en el primero) se basa la mayoría de la doctrina alemana <sup>166</sup> para sostener que el anonimato

<sup>162</sup> Para algunos autores alemanes como STARCK («1. Teilgutachten...»), *loc. cit.*, pp. 23 y ss.); COESTER-WALTJEN («Les problèmes juridiques de la procréation artificielle. Discussion», *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, Zürich, 1986, p. 188); y GIESEN («Heterologe Insemination — Ein neues legislatorische Problem? Zu einer Gesetzgebungsiniciative des Euroaparats», *FamRZ*, 1981, 5, p. 417.), el dador no tiene derecho alguno protegible al anonimato frente al del hijo a conocer su origen.

<sup>163</sup> *Sic*, RIVERO, «La investigación...», *loc. cit.*, p. 163; y ROCA TRÍAS, «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», *La filiación a finales del siglo XX. II congreso Mundial Vasco*, Vitoria, 1987, p. 42.

<sup>164</sup> En este sentido, PANTALEÓN, «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663. También para PATTI este es un argumento decisivo (*op. loc. cit.*, p. 1323).

<sup>165</sup> Según PATTI, entre los argumentos aducidos a favor del derecho a conocer el propio origen biológico, tiene particular relieve el atinente al libre desarrollo de la personalidad (*op. loc. cit.*, p. 1322).

<sup>166</sup> *Vide*, BUSSE, *op. cit.*, *passim.*, sobre todo las pp. 18, 105, 137 y 192; KRÜGER («Unehelichen Kinder», *loc. cit.*, p. 362); HERZOG (*Die heterologe Insemination in verfassungrechtlicher Sicht*, Würzburg, 1971, pp. 16 y 32); JAHN («Der Bundesjustizminister zur künstlichen Insemination», *Dt. Arzteblatt*, 1972, 6, p. 310), que subraya que no se puede partir, para negar al hijo el derecho que tiene a la averiguación de su filiación sanguínea, de que en el supuesto de inseminación, este interés es menos digno de protección que en otros casos; SCHWALM («Juristischen Bemerkungen zur humanen artifiziiellen Insemination», *Med. Klin.* 69, Nr. 38, 1974, p. 1558), quien además observa que el legislador debe expresamente prohibir la *Samengemisch* (mezcla de semen), porque tal práctica va contra la dignidad humana, ya que todo hijo tiene derecho a saber quién es su padre; KLEINEKE (*op. cit.*, Göttingen, 1976, pp. 292 y ss., véase sobre todo la p. 303); GIESEN («Heterologe Insemination...», *loc. cit.*, p. 416); KOLLHOSSER («Rechtsprobleme bei medizinischen Zeugungshilfen», *JA*, 1985, p. 557); DURIG (*op. loc. cit.*, p. 19); la conclusión III-7.<sup>a</sup> del 56. Deutscher Juristentag («56. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse» *NJW*, 1986, p. 3069); COESTER-WALTJEN («2. Teilgutachten...»), *loc. cit.*, p. 53; «Befruchtungs- und Gentechnologie bei Menschen- rechtliche Probleme von morgen?», *FamRZ*, 1984, p. 233; «Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind», *NJW*, 1983, p. 2059; «Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht», *loc. cit.*, p. 372; y «Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft», *NJW*, 1982, p. 2532);

vulnera el derecho al conocimiento de la verdadera procedencia biológica <sup>167</sup> que, como vimos, derivan de los artículos 1-I y 2-I de la *Grundgesetz*, en los que se declara intangible la dignidad de la persona y se consagra el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

El derecho a conocer el origen genético, contribuye también al desarrollo de la personalidad del hijo (art. 10-1 CE) <sup>168</sup>, en cuanto le puede ayudar a superar una posible crisis de identidad <sup>169</sup> (así como a evitar los consiguientes perjuicios psicológicos que de la misma deriven), causada por la ignorancia de su raíz genética <sup>170</sup>.

STARCK («1. Teilgutachten...»), *loc. cit.*, pp. 23 y ss.); HARDER («Wer sind Vater und Mutter? - Familienrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin», *JuS*, 1986, p. 507); LAUFS («Die künstliche Befruchtung beim Menschen-Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen», *JZ*, 1986, p. 772); PÜTTNER/BRÜHL («Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung», *JZ*, 1987, pp. 532 y 533); SCHUMACHER («Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht», *FamRZ*, 1987, p. 319); LAUFF/ARNOLD («Der Gesetzgeber und das "Retortenbaby"», *ZRP*, 1984, p. 282); MÜLLER («Zeugnispflicht bei heterologer Fertilisation», *FamRZ*, 1986, pp. 635 y 636); ZIMMERMANN («Die heterologe künstliche Insemination und das geltende Zivilrecht», *FamRZ*, 1981, pp. 930 y 932); BECKER, «Ethische und rechtliche Probleme um das Retorten-Kind», *ZBLJugR*, 1979, p. 243; y DEICHFUß, *Abstammungsrecht, cit.*, pp. 178 y ss.

En cambio, parece que para ZIPPELIUS la interpretación según la cual la inseminación heteróloga anónima va contra el artículo 1 GG es discutible, ya que depende del concepto que se tenga, o de la valoración personal que se haga, de la dignidad humana [«art. 1 GG, Zweitebearbeitung 1966, *Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)*, Loseblattsammlung, Hamburg, 1966, pp. 17 y 18].

A favor del derecho a conocer el origen biológico se pronuncian en Suiza BUCHLI-SCHNEIDER, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Bern, 1987, pp. 97 y ss.; y DUBLER-NÜSS, *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, 1988, pp. 266 y ss. En contra, SCHAUMANN, *Die heterologe künstliche Insemination*, Freiburg, 1991, p. 147. Adopta una posición más bien ecléctica, BRÜCKNER, Christian, «L'insémination artificielle. Donneur anonyme ou non?», *ZZS*, pp. 222 y ss.

<sup>167</sup> En contra del anonimato se manifiesta expresamente en Italia LANZILLO, «Fecondazione artificiale, "locazione di utero", diritti dell "embrione"», *Corriere giuridico*, 1984, p. 638. Para LOMBARDI VALLAURI («Bioetica, potere, diritto», *Iustitia*, 1984, 6, p. 27), un principio de ética natural en el ámbito de las relaciones entre embrión y progenitores pueden ser (entre otros) el derecho de conocer a los propios padres genéticos, a no ser hecho nacer *figlio de nessuno*.

Véase también DE LEO («Note sulla fecondazione artificiale», *Legalità e giustizia*, 1984, pp. 795 y 800) para quien el derecho a la identidad genética es personalísimo.

<sup>168</sup> Consúltese, BLASCO GASCÓ, «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991, pp. 702 y 704.

<sup>169</sup> Que DÜNNEBIER llama *phylogenetischen Heimweh* (nostalgia o añoranza filogenética). («Die strafrechtlichen Probleme der künstlichen Insemination», *MSchrKrim*, 1960, p. 132).

<sup>170</sup> Invocan también este argumento KLEINEKE, *op. cit.*, p. 298; BUSSE, *op. cit.*, pp. 19 y 138; HERZOG, *op. cit.*, p. 33; COESTER WALTJEN, «2. Teilgutachten. Zivilrechtliche Probleme...», *loc. cit.*, p. 53; BUCHLI-SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 98; BECKER, *op. loc. cit.*, p. 243; SHAMAN, *op. loc. cit.*, p. 338; ESER, «Thesen zur Reproduktionsmedizin und Humangenetik aus rechtlicher und sozialpolitischer Sicht», *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985,

Y sobre todo, porque el conocimiento del código genético y del historial clínico del dador puede ser crucial para diagnosticar enfermedades y corregir anomalías hereditarias<sup>171</sup>. Estas consideraciones hallan también apoyo legal en el art. 15 CE, en el que se proclama el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica<sup>172</sup>.

A mi modo de ver, este derecho no queda totalmente salvaguardado concediendo al hijo únicamente el derecho a saber el código genético del donante, pues en muchas ocasiones eso no le bastará<sup>173</sup>. Piénsese, por ejemplo, en que puede resultar necesario un trasplante de médula que haya de provenir de su progenitor biológico, amén de que el mero conocimiento de unos datos científicos escritos en un papel difícilmente remediarán los serios trastornos psíquicos que puede sufrir el hijo a causa de la imposibilidad de averiguar la identidad de su progenitor<sup>174</sup>.

Es más, puede suceder que el hijo dude sobre si su nacimiento se debió a una fecundación «artificial» o a una fecundación «natural». En ese caso el derecho a saber el código genético del progenitor (para aquéllos que a esto reducen el derecho al conocimiento del origen biológico en caso de FAD) se malograría<sup>175</sup> pues el hijo no tendría más datos sobre ello que los recogidos en los documentos médicos u oficiales pertinentes, sin posibilidad de

Zürich, 1986, p. 313; y HOFMANN, «Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation - Wissenschaft im rechtsfreien Raum?», *JZ*, 1986, p. 257.

<sup>171</sup> Véase la conclusión III-7 del 56. DJT (*loc. cit.*, p. 3069); COESTER-WALTJEN, «2. Teilgutachten...», *loc. cit.*, p. 53; BUSSE, *op. cit.*, p. 18; ESER, *op. loc. cit.*, p. 313; HARDER, *op. loc. cit.*, p. 507; LANZILLO, *op. loc. cit.*, p. 638; y SHAMAN, *op. loc. cit.*, p. 339.

<sup>172</sup> Así, PANTALEÓN, en «La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, p. 289; y en «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663.

<sup>173</sup> Pues como dice con acierto RIVERO: «la preocupación de toda persona por su origen —que no es de ahora, y de la que hay rastros en la literatura universal y reflejo en todos los Derechos— no queda satisfecha con saber únicamente que lleva genes de un hombre blanco, alto, rubio, con Rh positivo y sano, pero depresivo. Hay otros muchos datos que interesan menos a los médicos y más a la persona, como son los caracteriológicos y demás (por ejemplo, si su padre es un hombre bien plantado o no, y cómo envejece, y muchas otras cosas que con un poco de imaginación cabe adivinar), datos que, como el de la propia identidad de la persona del donante, no veo razón suficiente para serle negados a quien los va a arrastrar toda su vida sin haberlos elegido» («La investigación...», *loc. cit.*, p. 160). Consúltese del mismo autor «Aspectos jurídico-privados...», *loc. cit.*, p. 567.

<sup>174</sup> Se plantea COESTER-WALTJEN (*op. loc. ult. cit.*, p. 64) si es suficiente con que el hijo conozca el código genético de su auténtico padre para curar enfermedades e impedir el incesto. A su modo de ver, esto no le basta con seguridad al hijo en la búsqueda de su identidad, pues éste no necesita ninguna fórmula química, sino por lo menos la presentación de un hombre con un nombre («2. Teilgutachten...», *loc. cit.*, p. 64).

Véase en sentido diferente, FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, pág. 120.

<sup>175</sup> Vide COESTER-WALTJEN, «2. Teilgutachten...», *loc. cit.*, p. 64; y SPANN, «Die rechtliche Situation der In-vitro-Befruchtung des menschlichen Eies», *MMW*, 1983, p. 357.

verificar si el dador es realmente su progenitor —mediante una acción judicial dirigida contra él—, ni de actuar en consecuencia —tratando de averiguar a quién debe parte de la herencia genética que recibió, si no resultara ser el donante su progenitor—.

No me parece, sin embargo, del todo oportuno fundamentar el derecho al conocimiento de la ascendencia biológica, en el supuesto de FAD, en el art. 39-2 CE <sup>176</sup>, porque entiendo que este precepto piensa en una investigación de la paternidad encaminada a hacer posible la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones inherentes a la paternidad derivada de la cohabitación.

El invocar junto al artículo 39-2 CE el art. 14 CE no salva, a mi juicio, la objeción que acabo de hacer, puesto que la pretendida igualdad de todos los hijos no se consigue en este caso, a pesar de lo que sostienen algunos autores <sup>177</sup>, concediendo a los nacidos de FAD la posibilidad de investigar la paternidad con el alcance que tiene en la Constitución, que funcionalmente se instrumentaliza mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad. Entiendo que esto es así porque con dicha acción se persigue no sólo que se declare qué padre biológico es el varón a quien pertenecen los gametos, sino también que se determine la filiación, y se produzcan, por regla general (salvo en el supuesto de adopción y en algún otro caso), los efectos patrimoniales y personales derivados de la misma. Efectos que los hijos nacidos por FAD ya disfrutaban respecto de su padre formal, por lo que no pueden pretender conseguir lo mismo del donante, ya que entonces la pretendida igualdad se tornaría en desigualdad a favor de estos últimos.

Dos argumentos más se han aducido en contra del anonimato. Como observa Pantaleón <sup>178</sup>, la admisión del anonimato sería

---

<sup>176</sup> Cfr. PANTALEÓN, «La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, p. 289; «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663; y BLASCO GASCÓ, *op. loc. cit.*, p. 701.

<sup>177</sup> En cambio, dice PANTALEÓN: «a quien me conteste que, cuando se redactó este precepto [el autor se refiere, obviamente, al 39-2 CE] el legislador no tenía en mente en absoluto las nuevas técnicas de reproducción humana, le pediré simplemente, con el artículo 14 CE en la mano, que tenga a bien indicarme qué razón puede justificar razonablemente que carezca de tal derecho [de investigar la paternidad] el nacido a consecuencia de una inseminación artificial heteróloga, cuando sin duda alguna lo tienen todos los hijos no matrimoniales concebidos de manera natural: también los adulterinos, aunque el marido hubiera consentido el adulterio de su mujer y decidido aceptar al hijo como suyo» («La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, p. 289; «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663).

Comparto con este autor la idea de que los hijos nacidos de FAD tienen igual derecho que los otros a conocer su origen genético. Ahora bien, en lo que discrepo es en el fundamento que le dan al mismo, ya que a mi juicio no hay que buscarlo en el art. 39-2 C.c. —insisto, porque el legislador constituyente lo redactó sin pensar en la FAD—, sino en el art. 10-1 CE, como vengo sosteniendo en este trabajo.

<sup>178</sup> Vide, «La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, p. 290; y «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663.

inconstitucional por contrariar el art. 15 CE en relación con el art. 24-1 CE (derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos) por cuanto la garantía legal estricta del anonimato privaría de hecho a quien ha nacido con taras físicas o psíquicas de la posibilidad de exigir las correspondientes responsabilidades al donante de semen, caso de ser dichas taras imputables a una conducta dolosa o culposa de éste.

Se ha hablado además, de que el conocimiento del dador permite evitar el riesgo de consanguinidad o incesto <sup>179</sup>, que en cualquier caso se pretende prevenir, o por lo menos atenuar, limitando el número de embarazos que se pueden provocar con los gametos de un mismo dador.

Veamos ahora cuál es la proyección real del derecho a conocer el propio origen biológico en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán en el supuesto de FAD.

#### 4.4.1. EN DERECHO CIVIL COMÚN

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, si bien no excluye el derecho a conocer el propio origen biológico en el supuesto de FAD, sí lo restringe enormemente, más de lo que debería.

Proclama en el pfo. 1.º del art. 5, como regla general, el anonimato de la donación («la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto, y en clave, en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes»). Pero a reglón seguido (en el pfo. 2.º), de forma un tanto incoherente, niega primero la posibilidad de que pueda llegar a conocerse la identidad del dador («los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad»), permitiendo, en cambio, luego, que en casos extremos (de «comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales» <sup>180</sup>) pueda saltarse por encima de la regla del anonimato, revelando la identidad del dador de gametos, lo que en ningún caso implicará la determinación legal de la filiación (*cfr.* arts. 5-3 y 8-3 LTRA) <sup>181</sup>.

<sup>179</sup> Así, la conclusión III-7 del 56. DJT (*loc. cit.*, p. 3069); BUSSE, *op. cit.*, p. 19; BENDA, «Humangenetik und Recht-eine Zwischenbilanz», *NJW*, 1985, p. 1732; LANZILLO, *op. loc. cit.*, p. 638; y SHAMAN, *op. loc. cit.*, p. 339. En sentido diferente, FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 119.

<sup>180</sup> Según PANTALEÓN, esta segunda excepción al anonimato que prevé el artículo 5-3 LTRA es bastante críptica y parece estar pensado en las hipótesis de conducta delictiva por parte del donante que dolosamente oculta ser portador de una enfermedad genética o hereditaria («Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663).

<sup>181</sup> La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asis-

A mi modo de ver, el legislador debió preservar de entrada el anonimato, pero no de un modo total y absoluto, sino atemperado respecto del hijo. Este, por ser el principal interesado y no haber podido intervenir en el momento de decidir si se llevaba o no a cabo la FAD, debería tener la oportunidad, al llegar a una cierta edad<sup>182</sup>, de conocer su procedencia biológica. Y ello no solo dándole la posibilidad de consultar un Registro dispuesto a tal efecto, sino incluso permitiéndole ejercitar una acción judicial tendente a averiguar si la persona que en él consta como su progenitor genético lo es en realidad<sup>183</sup>.

Así las cosas, cabe, sin embargo, cuestionar si existe algún mecanismo a través del cual los nacidos de FAD pueden hacer valer el derecho al conocimiento de su auténtica ascendencia fuera de los casos excepcionales en que legalmente se les permite, sin que ello traiga aparejada la determinación de la filiación biológica y la producción de sus efectos típicos.

La verdad es que veo muy difícil —y sería lo único admisible— que proceda ejercitar, en cualquier caso, una acción de mera investigación de la paternidad tendente a averiguar la ascendencia biológica —insisto, sin que ello comporte la determinación de la filiación—, por quedar esta posibilidad, claramente, al margen de la ley. Con todo, podría intentarse con fundamento en el derecho a conocer el propio origen biológico, bajo el argumento de que el ejercicio de este derecho —salvando las distancias— no está vedado en el supuesto análogo de la adopción.

Por otra parte, no hay que perder la esperanza de que nuestros Tribunales, llegado el caso, hagan una interpretación extensiva de los supuestos en que está autorizado quebrantar el anonimato<sup>184</sup>.

El alcance del derecho a conocer el propio origen biológico resulta así muy restringido en el Derecho común por lo que a la FAD se refiere.

---

tida, ha sido tachada de inconstitucional por algunos autores, debido sobre todo a que prevé el anonimato del donante (*sic*, PANTALEÓN, «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663; GÓMEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 113; y BLASCO GASCÓ, *op. loc. cit.*, p. 701).

<sup>182</sup> A la mayoría de edad, o incluso antes, cuando haya alcanzado la madurez suficiente. En la conclusión III-7-e) del 56. DJT (*loc. cit.*, p. 3069) se dice que el legislador tiene que garantizar que el hijo pueda tomar conocimiento de las circunstancias de la FAD a partir de los dieciséis años. Véase en este sentido BUSSE, *op. cit.*, p. 150.

<sup>183</sup> Así, MANSEES, *op. loc. cit.*, p. 2987.

<sup>184</sup> También RIVERO se pronuncia a favor de una interpretación benévola y liberal de la expresión «circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo», que permita entender comprendidas no sólo graves enfermedades físicas, sino aquellas alteraciones psíquicas que afecten tan profundamente a la personalidad del hijo que amenacen muy seriamente su integridad o equilibrio personal, psicofísico («Aspectos jurídico-privados...», *loc. cit.*, p. 568).

#### 4.4.2. EN DERECHO CIVIL CATALÁN

No hay ningún precepto en el Derecho civil catalán del que poder deducir cuál es la proyección del derecho a conocer el propio origen biológico en el ámbito de la FAD. De ahí que se suscite la duda de si son aplicables las normas sobre el anonimato de la Ley 35/ 1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida en Cataluña. Para dar respuesta a esta pregunta hay que partir de tres premisas: 1.<sup>a</sup> El Derecho estatal es supletorio del Derecho civil catalán en virtud del art. 149-3 CE, del art. 9-2 EC y de la disp. final 4.<sup>a</sup> Comp. cat.; 2.<sup>a</sup> La FAD no es una institución desconocida que el legislador catalán no ha querido regular adrede excluyéndola de su sistema jurídico, sino todo lo contrario, pues alude a ella en algún precepto (*cf.* 2-1 LFC), por lo que existe una laguna legal en este punto; 3.<sup>a</sup> Cualquier solución que se acoja no puede ir en contra de los principios propios del Derecho civil catalán (*cf.* art. 1-2 y disp. final 4.<sup>a</sup> Comp. cat.).

En mi opinión cabe dar dos posibles interpretaciones al silencio de la ley: 1.<sup>a</sup> Considerar que el legislador catalán no reguló lo referente al anonimato por estimar que excedía de su competencia y, por tanto, ese aspecto debe regirse por la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida; 2.<sup>a</sup> Entender que la regulación de dicha ley sobre la cuestión relativa al anonimato no es aplicable en Cataluña, de un lado, porque atañe de lleno a la filiación que es materia sobre la que el legislador catalán tiene plena competencia y, de otro, porque va contra el principio de libre investigación de la paternidad vigente en Cataluña y de siempre respetado.

Aun con ciertas reservas me inclino por la segunda interpretación <sup>185</sup>, por parecerme más verosímiles los argumentos esgrimidos a su favor, ya que el ordenamiento jurídico catalán tiene vocación de plenitud en materia de filiación. Ello me lleva a examinar la cuestión de la proyección que el derecho a conocer el propio origen biológico puede tener en Cataluña en el ámbito de la FAD.

Una primera aproximación a esta cuestión podría suscitar la idea de aplicar analógicamente a esta hipótesis todo lo dicho en páginas anteriores respecto de la adopción, por lo que de parecido tiene a la FAD. Lo que implicaría determinar la paternidad del donante de gametos, que quedaría establecida jurídicamente sin que esto afectara para nada a la filiación paterna formal que ya ostenta el hijo.

---

<sup>185</sup> Por la que también parece inclinarse BLASCO GASCÓ, *op. loc. cit.*, pp. 712 y 713.

No obstante, lo cierto es, que a pesar de la similitud existente entre la FAD y la adopción, hay aspectos en los que se diferencian notablemente<sup>186</sup> que llevan a negar el acierto de esa solución.

El parecido radica en el hecho de que en ambos supuestos, por tratarse de filiación determinada jurídicamente que no coincide con la real, se plantea el dilema de a qué interés dar prevalencia: si al del progenitor biológico en permanecer en el anonimato, o al contrario del hijo en conocer su origen biológico<sup>187</sup>.

Dilema que en el caso de la adopción se puede resolver, como vimos, a favor del hijo, permitiéndole que determine su filiación biológica, sin que esto repercuta en la adoptiva.

Ahora bien, ¿basta con invocar esa afinidad para justificar la aplicación analógica a la FAD de la solución dada a la adopción? En mi opinión no, por ser más relevantes las diferencias que las separan que el parecido que las acerca respecto del extremo de que hablamos. Y ello, aunque creo que en ambos casos el hijo debe tener la oportunidad de conocer su procedencia biológica.

El padre por naturaleza en el caso de la filiación adoptiva o bien se hallaba determinado legalmente en el momento de la adopción, que asintió<sup>188</sup>, o bien era desconocido. Mas, en este último supuesto por haber corrido el riesgo vulgar de engendrar un hijo, realizando los actos idóneos para ello —incluso cuando la relación sexual fue esporádica o delictiva—, no veo razón alguna —ni moral, ni legal— que impida que la paternidad biológica pueda ser determinada, cuando aún esté vigente la adopción (caso en el que no incidirá para nada en la filiación adoptiva), o después de extinguida ésta. Produciendo la determinación de la paternidad biológica, en esta última hipótesis, los efectos personales y patrimoniales que normalmente se le vinculan.

---

<sup>186</sup> Además de otros aspectos en que se distinguen la FAD y la adopción —a los que se hará alusión a continuación en el texto— destacable es el hecho de que a diferencia de la adopción —considerada como un *imago naturae*—, en la que puede no existir (y es normal que así sea) ningún vínculo de sangre entre adoptado y adoptante, cuando se practica la IA, la FIVTE o la TIG, el 100 por 100 o un 50 por 100 del material genético del niño que nazca pertenecerá a la pareja que decidió hacer uso de estas técnicas; o de no ser así, hay que pensar en que por lo menos el hijo habrá sido gestado por la mujer de la pareja. De lo contrario resultaría absurdo recurrir a estas modernas técnicas de reproducción, pues si no aporta gametos ninguno de los miembros de la pareja, y encima la mujer gestante es una extraña, esta última se vería sometida a los eventuales riesgos de un embarazo que muy bien podría suplirse por una adopción sin diferencia alguna para aquellos que ansían convertirse en padres.

<sup>187</sup> Se plantea también este dilema DE OLIVEIRA, *Critério jurídico da paternidade*, cit., p. 499.

<sup>188</sup> Excepción hecha de los casos marginales en los que no es necesario o se les dispensa de prestar el asentimiento (cfr. art. 177 C.c. actual).

No ocurre lo mismo en el caso de la FAD <sup>189</sup>. En este supuesto la situación es distinta, pues a mi modo de ver padre desde el punto de vista jurídico nunca debe considerarse que lo es el hombre que se limitó a aportar el material genético, sino el que voluntariamente tomó la decisión (junto con la madre) de que naciera el hijo y consintió la FAD.

Si él no hubiera dicho «nazca el hijo», esto no habría ocurrido. Sustituibles son el médico, el donante..., pero no la voluntad del hombre —verdadera causa eficiente del nacimiento del hijo— que decidió traer a la vida un nuevo ser. Razón por la cual, en mi opinión, la paternidad de este varón es la que tiene que determinarse jurídicamente por ser el responsable directo del nacimiento del hijo y al que ha de exigírsele, por tanto, el cumplimiento de los deberes paterno-filiales <sup>190</sup>.

En cambio, el dador de semen se limita a poner al servicio de otros su fuerza genésica, ya sea por altruismo (tal vez para hacer realidad un ideal filantrópico), por narcisismo <sup>191</sup>, o en los países en que eso se admite, por dinero <sup>192</sup>. Su papel es importante, pues gracias a su aportación muchas parejas que anhelan tener descendencia superan el problema de la esterilidad, o el peligro de transmisión de enfermedades hereditarias graves, que les impide tener hijos y ven restablecido su equilibrio emocional y psicofísico frecuentemente alterado por esas causas <sup>193</sup>.

En la fecundación artificial el dador obra, en línea de principio, con la legítima expectativa —en cuanto no es responsable directo del nacimiento del hijo— de no ser considerado (en ningún caso), ni social, ni jurídicamente como padre, y de que en consecuencia

<sup>189</sup> Así lo entiende también DE OLIVEIRA, *Critério jurídico da Paternidade*, cit., p. 500.

<sup>190</sup> Solución que ha acogido la ley de filiaciones catalana en el art. 2-1, para el caso en que el marido ha consentido la FAD de su esposa.

<sup>191</sup> Según DELAISI DE PARSEVAL a los donantes muchas veces les mueve un *plaisir narcissique* de ser seleccionados como tales («Questions a propos des donateurs de sperme», *Génitif*, vol. 2 (n.º 1-2) janvier-fevrier 1980, p. 16).

<sup>192</sup> Como sucede en EE.UU, donde el donante —al que no es de extrañar que ANNAS llame *sperm vendors*— suele recibir una cantidad por el producto que entrega, que es la obligación principal del contrato que celebra, existiendo otras accesorias como informar sobre sus condiciones físicas y genéticas y sobre la historia clínica pormenorizada de su familia, renunciar a los derechos sobre el eventual hijo, etc. («Fathers Anonymous. Beyond the Best Interests of the Sperm Donor», *Milunsky and Annas ed. Genetics and the Law II*, New York, 1980, pp. 334 y ss.)

<sup>193</sup> Para STARCK, la realización del deseo de una mujer o de un matrimonio de que se les practique una FAD es expresión del *freien Entfaltung der Persönlichkeit* (libre desenvolvimiento de la personalidad), protegido en el Art. 2, Abs. 1 GG. El respeto de la dignidad humana se consigue, no prohibiendo la FAD, sino el anonimato («1. Teilgutachten...», *loc. cit.*, pág. 27). En este sentido, dice BUSSE que la realización de una FAD permite a los cónyuges *Fortleben in einem Kind* (sobrevivir en un hijo), como concreción de la dignidad humana existente en el matrimonio y de la familia futura (*op. cit.*, p. 192).

no se le imponga (nunca) el cumplimiento de obligaciones paterno-filiales con respecto al niño nacido gracias a su participación. Por todo ello resulta inadmisibile la determinación de una relación jurídica de filiación entre el dador y el hijo (a diferencia de lo que, como se ha dicho, sucede en la adopción respecto del padre por naturaleza)<sup>194</sup>.

En esta tesitura, al amparo del ya tan aludido principio, propio del Derecho catalán, de la libre investigación de la paternidad o de veracidad biológica y del derecho a conocer el propio origen biológico, creo que se debe permitir que el hijo averigüe a quién pertenece parte de la herencia genética que recibió, sin que ello implique la determinación jurídica de la filiación biológica, pues el dador debe quedar siempre desligado jurídicamente del ser que nazca.

En el supuesto de FAD estimo que el derecho a conocer el propio origen biológico ha de poder ser hecho valer ante los Tribunales con total independencia de la acción de reclamación de la filiación, de su régimen jurídico y de sus efectos<sup>195</sup>. De ahí que, en mi opinión, en la actualidad sólo debe ser posible la actuación de este importante derecho de que hablamos, en Cataluña, mediante el ejercicio de una acción declarativa atípica de mera investigación de la paternidad<sup>196</sup>.

Para interponer esta acción debe estar legitimado exclusivamente el hijo, ya que con él no se contó para nada al realizar la FAD y es persona directamente interesada en conocer su origen genético y la identidad de aquél al que debe muchas de las características físicas o psíquicas que marcan profundamente su personalidad<sup>197</sup>.

Considero, por el contrario, que al donante de semen no se le debe reconocer legitimación para intentar dicha acción, porque se limitó a donar gametos y al hacerlo sabía las condiciones en que lo hacía (gratuidad, imposibilidad de conocer al niño y de establecer una relación jurídica con él, etc.). Además, el averiguar

---

<sup>194</sup> Pues como observa VERCELLONE en el caso de *derelictio* del semen (en la práctica se suele hablar de «donantes anónimos»), debe excluirse una asunción de responsabilidad por la eventual procreación. Todos los eventos sucesivos a la emisión de semen mediante extracción son determinados por otros sujetos. Son otros los que deciden si tirar o conservar el semen, si y cuándo quitarlo del congelador, qué mujer y que óvulo de mujer debe con aquél fecundarse... («La fecondazione artificiale», *Politica del Diritto*, XVII, n.º 3, septiembre 1986, p. 393).

<sup>195</sup> Así se pronunció RIVERO en su Ponencia al II Congreso Mundial Vasco, «La investigación de la mera relación biológica...», *loc. cit.*, p. 163.

<sup>196</sup> Vide, BLASCO GASCÓ, *op. loc. cit.*, p. 715.

<sup>197</sup> No obstante, me parece acertada la matización que hace RIVERO en el sentido de que para la obtención de datos biogenéticos (pero no para el conocimiento de la identidad del donante), deberían estar también legitimados su representante legal o incluso el Ministerio Fiscal, en interés de la salud del nacido de FAD («La investigación...», *loc. cit.*, p. 167).

quién fue engendrado gracias a su fuerza genésica dudo mucho que afecte a su dignidad personal o que influya en el libre desarrollo de su personalidad <sup>198</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

Con todo lo que llevo dicho mi pretensión ha sido demostrar que también en nuestro país es posible defender el derecho a conocer el propio origen, partiendo del artículo 10 CE. Derecho cuyo alcance y trascendencia necesariamente ha de variar en función de los intereses que colisionan en cada una de las situaciones examinadas, por las razones que he ido apuntando.

Tras apreciar la proyección que el derecho a conocer el propio origen biológico tiene, en distintos ámbitos, en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán, me queda todavía por hacer, a modo de conclusión, una valoración global del mismo, analizando las posibles objeciones que se pueden formular en contra de su reconocimiento jurídico. Estas son fundamentalmente:

1.<sup>a</sup> Podría oponerse en contra de tal derecho que el valor del conocimiento de la verdadera filiación, como fenómeno biológico-genético, es insignificante, a causa del misterio y la complicación del proceso de la procreación, sólo cognoscible y descifrable por especialistas en la materia y de escasa o nula repercusión en las relaciones humanas entre padre e hijo <sup>199</sup>. A lo que cabe replicar que en ciertos momentos de la vida puede resultar muy importante saber la procedencia biológica, sobre todo por razones médicas (con el fin de curar o prevenir enfermedades) y para evitar relaciones incestuosas <sup>200</sup>.

2.<sup>a</sup> Otra objeción que se puede hacer en contra del derecho a conocer el propio origen biológico es que en la vida real este derecho no puede hacerse efectivo en numerosas ocasiones por existir impedimentos fácticos <sup>201</sup> (así, por ejemplo, si la madre no dice al hijo quién es su padre, o si los padres adoptivos no le revelan su condición de adoptado).

No es algo nuevo ni infrecuente que determinados derechos, a veces no puedan hacerse efectivos en la realidad. Mas de ello no es correcto deducir que para que un derecho exista y se reconozca jurídicamente, el éxito de su ejercicio debe estar garantizado

---

<sup>198</sup> Así lo entiende también RIVERO, «La investigación...», *loc. cit.*, pp. 163 y 164.

<sup>199</sup> Así, HASENSTEIN, *op. loc. cit.*, p. 121; y SMID, *op. loc. cit.*, p. 224.

<sup>200</sup> Vide, COESTER-WALTJEN, «2. Teilgutachten Zivilrechtliche Probleme», *cit.*, p. 53; y SCHMIDT-DIDICZUHN, *op. loc. cit.*, p. 229.

<sup>201</sup> En este sentido se pronuncian, FRANK, *op. loc. cit.*, pp. 114 y ss.; GOTTWALD, *op. loc. cit.*, pp. 114 y ss.; y DEICHFUß, «Recht des Kindes...», *loc. cit.* pp. 114 y ss.

siempre por adelantado, pues pueden existir límites fácticos ajenos a lo jurídico<sup>202</sup>. Ni siquiera es necesario, creo yo, para el válido reconocimiento del derecho a conocer el origen biológico, que el mismo llegue efectivamente a ejercitarse algún día, basta con que exista esa posibilidad (de saber cuál es la verdadera procedencia genética y de indagar la propia historia).

Así, una cosa es que el hijo no sienta la curiosidad ni tenga el ansia de conocer su verdadero origen biológico, aun pudiendo<sup>203</sup>, y otra muy distinta que se le impida conocerlo, quiéralo o no, quizá bajo el argumento (endebles y trasnochado ya) de que así se protege la paz familiar. En la primera hipótesis el derecho a conocer el propio origen biológico queda salvaguardado, en la segunda es vulnerado.

3.<sup>a</sup> También cabría objetar que la averiguación de la propia ascendencia biológica puede ser una experiencia negativa (por ejemplo, si se ha idealizado a los padres biológicos) que produzca más bien desilusión y desengaño<sup>204</sup>, pues está claro que el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico no puede supeditarse a que los antepasados reales sean (o hayan sido) personas cuyo comportamiento constituya (o haya constituido) un modelo de conducta a seguir.

Sin embargo, a nadie se le oculta que para el libre desarrollo de la personalidad también son formativas las experiencias desagradables voluntariamente queridas (así, por ejemplo, el que un hijo adoptado reciba un gran desengaño al conocer a sus padres biológicos puede ayudarle a apreciar y a acercarse más a los adoptivos).

Por lo demás, no es algo inusual que el ejercicio de un derecho conlleve ciertas cargas, o conduzca a resultados no del todo satisfactorios, sin que por ello deje de serlo<sup>205</sup>.

4.<sup>a</sup> Se puede oponer también en contra del derecho a conocer el propio origen biológico, que en ciertas situaciones (legalmente contempladas) se pospone a otros derechos o se restringe su alcance. Mas a esta objeción cabe replicar que no se pronuncia en contra de la consagración constitucional de este derecho el que la ley sólo permita en según qué ámbitos su ejecución parcial y fragmentaria, pues lo que sucede es que como cualquier otro derecho éste no es ilimitado y absoluto<sup>206</sup>. La Constitución hace de la persona el centro de todo lo jurídico, pero sin olvidar que vive

---

<sup>202</sup> Sic, SCHMIDT-DIDCUHN, *op. loc. cit.*, p. 230.

<sup>203</sup> Como observa BECKER, para muchos niños la paternidad biológica carece de interés si han encontrado un buen padrastro, lo que no excluye que tengan un derecho a informarse sobre su (verdadera) filiación (*op. loc. cit.*, p. 243).

<sup>204</sup> Véase, HASENSTEIN, *op. loc. cit.*, pp. 122 y 123.

<sup>205</sup> Así, SCHMIDT-DIDCUHN, *op. loc. cit.*, p. 230.

<sup>206</sup> Cfr. SCHMIDT-DIDCUHN, *op. loc. cit.*, p. 230; y GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 369.

en sociedad y que por ello ha de tolerar, inevitablemente, ciertas limitaciones impuestas a sus derechos cuando éstos colisionan con otros, para poder convivir en paz y armonía.

De ahí que, como hemos visto ya, la proyección del derecho a conocer el propio origen biológico en la regulación legal de los ordenamientos jurídicos hispanos examinados varíe —con plena justificación, pienso yo— en función de la ponderación que se haga de los intereses que entran en conflicto en cada uno de los supuestos estudiados. Así, al hacerlo valer, unas veces se determinará la filiación y se producirán los efectos habituales derivados de la misma (caso normal en el que se ejercita la acción de reclamación). Otras veces, en cambio, se determinará la filiación biológica pero sin que se originen sus efectos propios (caso de la adopción). Y, finalmente, en otras ocasiones, solo será posible averiguar la procedencia genética sin que quede determinada la filiación y sin que, en consecuencia, se produzcan cualesquiera otros efectos (caso de la fecundación asistida con gametos de donante).

## ABREVIATURAS

<i>ADC</i>	Anuario de Derecho Civil.
<i>ADH</i>	Anuario de Derechos Humanos.
<i>AmtsG</i>	Amtsgericht.
<i>BGB</i>	Bürgerlichengesetzbuch.
<i>BGH</i>	Bundesgerichtshof.
<i>BIMJ</i>	Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
<i>BVerfG</i>	Bundesverfassungsgericht.
<i>BVerfGG</i>	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht.
<i>CE</i>	Constitución española.
<i>Comp. cat.</i>	Compilación catalana.
<i>Cost</i>	Costituzione italiana.
<i>DAVorm</i>	Der Amtsvormund.
<i>Dir. fam.</i>	Il Diritto di famiglia e delle persone.
<i>DJT</i>	Deutscher Juristentag.
<i>Dt. Ärzteblatt</i>	Deutsches Ärzteblatt.
<i>EC</i>	Estatuto de Autonomía catalán.
<i>FamRZ</i>	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht.
<i>GG</i>	Grundgesetz.
<i>JA</i>	Juristische Arbeitsblätter.
<i>JR</i>	Juristische Rundschau.
<i>JuS</i>	Juristische Schulung.
<i>JZ</i>	Juristenzeitung.
<i>LFC</i>	Ley de filiaciones catalana.
<i>LG</i>	Landgericht.

LPMA	Ley sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.
LRC	Ley del Registro Civil.
LTRA	Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.
MDR	Monatsschrift fur Deutesches Recht.
<i>Med. Klin.</i>	Medizinische Klinik.
MMW	Münchener Medizinische Wochenschrift.
MSchrkrim	Monatsschrift fur Kriminologie und Strafrechtsreform.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
OLG	Oberlandesgericht.
PStG	Personenstandsgesetz.
<i>Rasseg. dir. civ.</i>	Rassegna di diritto civile.
RDP	Revista de Derecho Privado.
REML	Revista Española de Medicina Legal.
<i>Rev. Dir. Est.</i>	Revista de Direito e de Estudos Sociais.
Soc.	Revista General de Derecho.
RGD	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RGLJ	Revue Internationale de Droit Comparé.
RIDC	Revista Jurídica de Cataluña.
RJC	Reglamento del Registro Civil.
RRC	Southern California Law Review.
<i>S. Cal. L. Rev.</i>	Zeitschrift für Standesamtswesen.
StAZ	Strafgesetzbuch.
StGB	Tulane Law Review.
<i>Tulane L. Rev.</i>	Unsere Jugend.
UJ	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt.
ZBLJugR	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZBJV	Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
ZGB	Zivilprozeßordnung.
ZPO	Zeitschrift für Rechtspolitik.
ZRP	Zeitschrift für Vormundschaftswesen.
ZV	Zeitschrift für Zivilprozeß.
ZZP	Zeitschrift für Zivilstandswesen.
ZZS	

