

EL DERECHO A CONOCER SUS ORÍGENES: UNA  
MANIFESTACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

*THE RIGHT TO KNOW THEIR ORIGINS: A MANIFESTATION OF  
THE BEST INTERESTS OF THE MINOR*

Rev. Boliv. de Derecho N° 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 476-499

Guillermo  
IRUEGAS  
PRADA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 8 de septiembre de 2023

**ARTÍCULO APROBADO:** 4 de diciembre de 2023

**RESUMEN:** En el presente trabajo se analiza el concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor desde un prisma global y se estatuye una relación tangible entre el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos y este interés, que goza de un genuino e incontrovertido carácter prevalente en todos los procedimientos (administrativos o judiciales) en los que concurre. Considerando argumentos de distintas posiciones doctrinales, se concluye que este derecho del menor es indiscernible de su propio interés superior, siendo la piedra angular que pone en cuestión la aplicación de determinadas prácticas en España; entre otras, y muy especialmente, la de los denominados “vientres de alquiler”, hoy ilegal en nuestro país, en coherencia con los propios intereses de los menores.

**PALABRAS CLAVE:** Interés superior del menor; gestación subrogada; orígenes biológicos; intimidad.

**ABSTRACT:** *In the present work, the indeterminate legal concept of the best interest of the minor is analyzed from a global perspective and a tangible relationship is established between the right of the child to know his biological origins and this interest, which enjoys a genuine and uncontroversial character prevalent in all the procedures (administrative or judicial) in which he attends. Considering arguments from different doctrinal positions, it is concluded that this right of the minor is indiscernible from his own superior interest, being the cornerstone that calls into question the application of certain practices in Spain; among others, and very especially, that of the so-called “wombs for rent”, today illegal in our country, in coherence with the interests of minors.*

**KEY WORDS:** *Best interest of the child; surrogacy; biological origins; privacy.*

**SUMARIO.- I. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: CONCEPTO Y MANIFESTACIONES.-**  
I. Concepto.- 2. Manifestaciones del interés superior del menor.- A) Límite a la autonomía de la voluntad de los cónyuges.- B) Uso de la vivienda familiar.- C) Prolongación artificial de la vida en caso de riesgo vital.- D) La neutralidad en los centros de enseñanza.- E) El derecho a ser oído, manifestación procesal del interés del menor.- II. EL ORIGEN DEL MENOR, MANIFESTACIÓN DE SU INTERÉS.- I. El derecho del menor a conocer sus orígenes- 2. Derecho a conocer sus orígenes biológicos vs. Derecho a la intimidad.- 3. La gestación por sustitución.- III. CONCLUSIONES.

## I. EL INTERÉS DEL MENOR: CONCEPTO Y MANIFESTACIONES.

La protección jurídica del menor, es decir, el conjunto de derechos y deberes que le asisten por razón de su condición, pivota en torno al concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño<sup>1</sup>. Dicho interés debe ser concretado e individualizado en función de las circunstancias que concurren en cada caso particular, lo que indudablemente da lugar a un considerable abanico de manifestaciones en virtud de las cuales se puede plasmar este concepto.

Una de ellas es, por supuesto, el derecho del menor a conocer sus propios orígenes biológicos. Para abordar el estudio de esta cuestión, deviene inevitable realizar primero una somera referencia al citado interés prevalente del niño: en qué consiste y qué efectos produce, entre otros aspectos. Y, a partir de ahí, trataremos de establecer una relación tangible entre el supremo interés del menor y su derecho a conocer sus orígenes, puesto que lo segundo es, en nuestra opinión, una manifestación de lo primero.

### I. Concepto.

Es unánime el reconocimiento por parte de la doctrina acerca de la naturaleza indeterminada<sup>2</sup> del interés superior del niño. Esta indeterminación, que es inherente al concepto, ha servido sin embargo para evitar elaborar una definición, siquiera genérica, que permitiera explicar, *grosso modo*, en qué consiste un interés

1 En ese sentido, entre muchos otros: SEDANO TAPIA, J.: "El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales: análisis a la luz del Derecho comparado", *Colección Infancia y Adolescencia*, n° 9, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2020; TORRECUADRADA GARCÍA – LOZANO, S.: "El interés superior del niño", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, p. 138 y ss., y NUÑEZ ZORRILLA, C.: "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, vol. 73, Barcelona, 2016, p. 122.

2 Véanse, por todos: DÍAZ DÍAZ, E. L.: "El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 70, n° 278 – 2, 2020, p. 839 y ss.; GARIBO PEYRÓ, A. P.: "El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, 2017, p. 245 y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O.: "Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia", *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, 2017, p. 45.

• **Guillermo Iruegas Prada**

Doctor en Derecho (Universidad de Vigo). Correo electrónico: iruegas@hotmail.es

que es indeterminado, pero que no debe ser indefinido. Que debe concretarse en función de los aspectos que concurran en cada caso, pero que debe disponer de un mínimo contenido definitorio para garantizar la seguridad jurídica y generar la certeza del Derecho en la medida de lo posible.

Excepciones a esta regla general de mantener indefinido el concepto por razón de su inherente indeterminación las constituyen determinados autores y puntuales resoluciones judiciales, que por su interés traemos a colación a continuación. En este sentido, en el año 2013, el Tribunal Supremo, en un proceso de divorcio donde esencialmente se dirimía la guarda y custodia del hijo, aportó un contenido definitorio del término: “la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un *status* sino similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros<sup>3</sup>”.

Importantes juristas han querido, también, contribuir a resolver esa falta de seguridad jurídica de que adolece el interés prevalente del menor por causa de su indefinición. Son, como decimos, excepciones a la norma general, que elude procurar un contenido definitorio de la institución al amparo de su inherente indeterminación, y quizá precisamente por ello sus opiniones adquieren un valor añadido que en este estudio queremos encomiar.

Es, asimismo, insoslayable citar las consideraciones a este respecto formuladas por ROCA TRÍAS, quien considera que “el contenido del interés del menor consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que, por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente, para garantizar su efectividad<sup>4</sup>”. En similares términos se han pronunciado otros dos ilustres civilistas, IGLESIAS REDONDO y RIVERO HERNÁNDEZ, quienes subrayan,

3 STS 17 junio 2013 (RJ 2013, 4375). El TS ha mantenido esa concepción con el paso de los años, como acreditan diversas resoluciones. Entre otras, SSTS 17 octubre 2013 (RJ 2013, 7255), y 13 febrero 2015 (RJ 2015, 681).

4 Vid. ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 220. Esta posición doctrinal es compartida por otros autores, como GUILARTE MARTÍN – CALERO, C.: *La concreción del interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 17 y NAVAS NAVARRO, S.: “Interés del menor y modelos de guarda en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, en *Cuestiones actuales del Derecho catalán de la persona y de la familia*, Documenta Universitaria, Gerona, 2013, p. 287.

respectivamente, que este interés del niño “lejos de significar arbitrio o capricho del mismo, estriba en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en proyección frente al futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal<sup>5</sup>”; o lo que es lo mismo, en román paladino, “la significación de los bienes y valores implicados en la vida de la persona<sup>6</sup>”.

Aunando estos posicionamientos doctrinales, no es aventurado definir este concepto como la concurrencia las circunstancias que garanticen el libre desarrollo de la personalidad del menor, su propio bienestar y su estabilidad socioeconómica; pues estos tres son los pilares en los que se aposentan los intereses generales de cualquier menor, con independencia de (o más bien, ponderando) las circunstancias adyacentes al caso concreto, y de ahí su indeterminación, que no su indefinición. No cabe, en fin, concebir un interés superior del menor que sea contrario al libre desarrollo de su personalidad, a su bienestar o a su estabilidad.

No es el objeto de este estudio ahondar en el origen y el significado de cada uno de estos tres elementos vertebradores del interés del niño, pero dada su trascendencia, y puesto que todos ellos son necesarios para construir una concepción de dicho interés desde una perspectiva concreta y genuinamente individual, sí resulta conveniente una somera referencia a cada uno de ellos (muy especialmente, en lo relativo al libre desarrollo de la personalidad, principio constitucionalmente recogido y, por lo tanto, sobre el que existe una abundante literatura tanto científica como jurisprudencial en la que no vamos a abundar).

El primero de estos elementos, como decimos, es la piedra angular que permite configurar el interés superior del menor desde el punto de vista individual y alejado de toda tentación colectivista que permitiera presumir, intuir o suponer que todos los casos son iguales y que el interés del niño es inmutable e inmanente en el tiempo. Es, de hecho y de derecho, todo lo contrario, gracias a la importancia del desarrollo de su personalidad – en tanto no hay dos personalidades iguales, tampoco hay dos casos idénticos – imbuida por la preponderancia de la libertad. Este desarrollo, tanto de la personalidad como de cualesquiera otros aspectos del menor, debe hacerse en plenas condiciones seguras y libres.

Desde los tiempos de Roma hasta el período actual, la libertad ha sido el eje sobre el que se proyecta la acción del individuo, y es ese principio sobre el

---

5 IGLESIAS REDONDO, J. I.: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 66.

6 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 81. En similares términos, DE PALMA DEL TESO, Á.: *Administraciones Públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2006, p. 116.

que debe articularse cualquier análisis, tratamiento o determinación del interés superior del niño. En buena prueba de ello, el senador Cicerón ya sentenció en uno de sus discursos, *Pro Cluentio*: “seamos esclavos de las leyes para ser libres”. Y durante la centuria pasada, Sartre confirmó que “el hombre está condenado a ser libre”. La Historia demuestra, pues, que, a pesar del paso de los años, el hombre ha ambicionado siempre la libertad, y por otra parte, que esa libertad no puede ser posible si no existe también el principio de legalidad. Esta es la razón por la que, en las modernas democracias occidentales, el Estado de Derecho consiste en la primacía de la ley, concibiéndola en todo caso como la expresión de la voluntad popular.

Centrando la cuestión, el libre desarrollo de la personalidad ha sido acertadamente definido por la doctrina civilista en diversas ocasiones. Una de las más certeras se produjo cuando MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO lo concibió como “la facultad natural de que gozan los hombres para realizar sin obstáculos las acciones u omisiones que le permitan expresar, y aumentar progresivamente, aquellas cualidades de capacidad, disposición, virtudes y prudencia que deben distinguir a la persona”, razonando a su vez que, por una parte “la libertad constituye la esencia de la personalidad moral, no pudiéndose construir esta sino desde la libre elección”; y, por otra, que la libertad, como punto de partida del desarrollo de la personalidad del niño, “no podrá tener cualquier contenido, sino sólo aquellos que efectivamente conduzcan al desarrollo de la personalidad moral que el ser humano, como libre sujeto agente, se propone<sup>7</sup>”. Nos adherimos a estos postulados.

El segundo de los elementos en que basamos la definición del interés superior del menor es su propio bienestar, estrechamente relacionado, como es lógico, con la estabilidad socioeconómica, el tercero y último de los pilares sobre los que en este estudio se propone asentar una definición del interés superior del menor. Desde el campo del Derecho – pues “bienestar” es un término que puede tocar otras disciplinas, desde la Psicología hasta el Trabajo Social – considera RIVERO HERNÁNDEZ que, en efecto, “bienestar es una palabra omnicompreensiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son

---

7 Con gran acierto culmina el autor su razonamiento sentenciando que “el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 establece, en definitiva, un proyecto de libertad individual de carácter general. Es el individuo el que tiene el derecho a decidir libremente su proyecto vital, así como a cambiarlo cuantas veces quiera, e incluso a no tenerlo propiamente”. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 18 y ss.

esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño<sup>8</sup>”.

Y finalmente, en lo que concierne a la estabilidad socioeconómica, el Tribunal Supremo puso en valor la noción de la estabilidad a la hora de establecer un contenido definitorio del interés superior del menor ya desde el año 2013, como se mencionó. La estabilidad socioeconómica es un valor del que no se puede prescindir en la búsqueda del mejor interés de cualquier menor, y la razón de que así sea es que la búsqueda de medidas con una cierta duración, cuando no permanentes en el tiempo, favorece su propio desarrollo y bienestar<sup>9</sup>, con determinadas excepciones que no representan, naturalmente, la pauta general.

## 2. Manifestaciones del interés superior del menor.

La propia indeterminación del concepto provoca que, en los distintos supuestos en los que haya que dirimir el mejor interés del niño, éste pueda manifestarse de forma distinta, sin que ello sea óbice, como hemos señalado, para construir una definición general como la que hemos planteado en el apartado anterior, y que necesariamente vincula a este interés con los tres pilares antedichos: desarrollo libre de su personalidad, bienestar y estabilidad socioeconómica.

Las manifestaciones de dicho interés dependen, fundamentalmente, de la controversia en cuestión. No es lo mismo determinar el interés del menor en un divorcio contencioso que en una situación de desamparo o en una adopción. Ni siquiera en todos los divorcios o en todas las situaciones de desamparo el interés del niño tiene por qué coincidir, puesto que, siguiendo estos mismos ejemplos, en unos supuestos lo más conveniente para el menor será la custodia compartida, en otros la exclusiva, y en los casos de desamparo, múltiples figuras protectoras de los menores de edad deben ser ponderadas a la hora de determinar cuál es la más adecuada para el caso concreto: desde todas las subespecies del acogimiento familiar hasta un acogimiento residencial.

La práctica de los vientres de alquiler, conocida también como gestación subrogada, en este sentido, constituye uno de los supuestos en el que hay que determinar cuál es el interés del menor y por lo tanto, será también una de las situaciones en las que analicemos en mayor profundidad cuál es ese interés y cómo y por qué debe ser determinado. Nos detendremos, primero, en una serie

8 Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “El interés (...)”, cit. p. 72.

9 Las medidas de protección del menor con carácter duradero son, por lo general, más beneficiosas para él, tal como sostienen numerosos autores. Entre muchos otros, LÓPEZ AZCONA, A.: “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, año LXX, n° 2185, Madrid, 2016, p. 35 y DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Menores desamparados: el derecho de sus padres a relacionarse con ellos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 733, 2012, p. 2777.

de supuestos controvertidos que, siendo manifestaciones de dicho interés, éste se orienta en un sentido u otro en función de las circunstancias adyacentes al caso concreto, pero siempre en perfecta armonía con el libre desarrollo de la personalidad, del bienestar y de la estabilidad socioeconómica del niño.

A) *Un límite a la autonomía de la voluntad de los cónyuges.*

Uno de los ejemplos más claros y que con más contundencia permitió apreciar la manifestación del interés del menor constituyendo un límite a la libertad de sus propios padres, en proceso de divorcio, se produjo con la promulgación de la STS 15 octubre<sup>10</sup> 2018. El Tribunal Supremo sostiene en esta resolución que “es dable que los cónyuges regulen convencionalmente su relaciones tras la ruptura matrimonial, incluidas las relativas a las medidas respecto a los hijos comunes, siempre que tales acuerdos no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 del CC, que supone, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ya que en otro caso no podrían ser objeto de ejecución, por afectar a dicho interés, cuestión de orden público, cuyo control corresponde al juzgador de instancia”.

Como señalamos, la manifestación del interés del menor descansa aquí en el límite que el Tribunal Supremo les impone a los ex cónyuges a la hora de regular sus relaciones con posterioridad al término del matrimonio<sup>11</sup>. Éstos son libres de regularlas como mejor les parezca, mientras ello no vaya en contra del interés de su hijo menor de edad<sup>12</sup>, lo que puede abarcar una amplia variedad de aspectos (régimen de alimentos, *ius visitandi*, guarda y custodia, etc.) propios del desarrollo de los hijos.

B) *El uso de la vivienda familiar.*

En la generalidad de los divorcios, es común la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, sobre la base de que ello acostumbra a ser lo más conveniente para ellos: su permanencia en la vivienda en la que han crecido y que es, al tiempo, el lugar donde más tiempo de sus vidas han pasado. Adquiere aquí una importante trascendencia el valor de la estabilidad, señalado en apartados anteriores como uno de los aspectos, a nuestro modo de ver, configuradores del

<sup>10</sup> STS 15 octubre 2018 (ROJ 3485, 2018).

<sup>11</sup> En similar línea de principio y con anterioridad a la promulgación de dicha sentencia, véanse la STSJ 9 enero 2014 (ROJ 5, 2014) y, especialmente, la SAP de Barcelona, 10 marzo 2015 (ROJ 2829, 2015): “la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos y que, en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente”.

<sup>12</sup> En tal sentido, TENA PIAZUELO, I.: “Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 1, 2018, p. 113 y ss.



contenido definitorio del interés superior del niño. Fue meridiana, en ese sentido, la STS I abril 2011<sup>13</sup>, estableciendo que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

*C) Prolongación artificial de la vida en caso de riesgo vital.*

Cuando la vida del menor está en grave peligro y uno de sus padres, o los dos, considera que lo mejor para el paciente es poner fin a su existencia, la prolongación de su vida por los mecanismos de que disponga el centro hospitalario se erige como la manifestación del interés del niño sin necesidad de que éste lo exprese ni de que nadie decida por él. Este interés superior se manifiesta en esta ocasión de esta manera gracias a que la reforma legislativa operada en 2015 sobre la materia, estableció expresamente que para facilitar su determinación operará como criterio general “la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor (...)” tal y como consta en la letra b) del art. 2.2 LOPJM<sup>14</sup>.

Habrá que convenir, por consiguiente, que la determinación del interés superior del niño, o si se prefiere, la manifestación de este supremo interés en los casos en los que está en juego la vida del menor, aparece unida de forma indisoluble con la preservación y la protección de la propia vida del paciente; como es natural, puesto que el llamado bien jurídico de la vida es el que mayor amparo legal recibe, por ser el más importante de cuantos bienes jurídicos demandan dicha protección.

*D) La neutralidad en los centros de enseñanza.*

A la hora de impartir una asignatura, la neutralidad en sus contenidos es la manifestación más palmaria del interés del menor, alejada de cualquier dogma o adoctrinamiento. Aun en el marco del art. 27.3 de la Constitución<sup>15</sup>, en cuya virtud “la ley garantizará el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias en el año 2009 que se pronunciaron tangencialmente sobre este particular.

El criterio del máximo órgano del Poder Judicial al respecto se resume en que “el Estado, en el ámbito correspondiente a los principios y la moral común subyacente en los derechos fundamentales, tiene la potestad y el deber de impartirlos, y lo puede hacer, como ya se ha dicho, incluso, en términos de su promoción. Sin

13 STS I abril 2011 (ROJ 2053, 2011). En idéntico sentido, vid. SSTS I4 abril 2011 (ROJ 2672, 2011), 26 abril 2012 (ROJ 2907, 2012) y 13 de julio 2012 (ROJ 5674, 2012).

14 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

15 B. O. E., de 29 de diciembre de 1978, n° 311.

embargo, dentro del espacio propio de lo que sean planteamientos ideológicos, religiosos y morales individuales, en los que existan diferencias y debates sociales, la enseñanza se debe limitar a exponerlos e informar sobre ellos con neutralidad, sin ningún adoctrinamiento, para, de esta forma, respetar el espacio de libertad consustancial a la convivencia constitucional”.

Así pues, el Tribunal Supremo afirma que el límite que el Estado tiene en este ámbito educativo es el del respeto a la neutralidad ideológica, si bien cabría matizar que dicho límite obedece tanto a la exigencia de preservar la convivencia constitucional y la libertad del individuo como, a su vez, al propio interés del menor, cuya enseñanza debe desarrollarse sin injerencias ideológicas, no sólo porque lo contrario quebraría parte del art. 27 de la Constitución, sino también porque ello es lo más conveniente para el alumno, que es menor de edad, y que por serlo, su interés también prevalece aquí de esta forma.

*E) El derecho a ser oído, manifestación procesal del interés superior del menor.*

El derecho a ser oído y escuchado en todos los procedimientos (judiciales, administrativos o de cualquier índole) en los que esté incurso el menor o sus intereses en juego, es una de las manifestaciones más palmarias de su interés superior y que se deja que ver con más nitidez en el trámite procesal. Este derecho ha sido objeto de una amplia reforma legislativa en el año 2015 sobre la que es preciso hacer una breve reflexión, especialmente por la trascendencia de esta manifestación.

Ello es así porque el derecho del menor no solamente a ser oído, sino también escuchado, implicará que su opinión sea tenida en cuenta, y que si la resolución administrativa o judicial es contraria a la misma, es conveniente motivar esa discordancia, que no obstante puede obedecer a múltiples motivos (falta de madurez del menor, rebeldía, etc.). Este mismo derecho adquiere un carácter fundamental porque se contempla desde un doble prisma: es, de una parte, cuestión esencial del interés superior del menor; y, de otra, en el ámbito jurisdiccional, vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva de dicho interés<sup>16</sup>.

Finalmente, es lugar común en la doctrina civilista considerar este derecho a ser oído y escuchado como una manifestación del interés superior del menor porque el reconocimiento – a éste – “de una esfera propia de autonomía de acuerdo con su desarrollo evolutivo, exige en aras de la adecuada protección de su interés, el respeto de su opinión y sus decisiones. De esta base, parte el derecho a la audiencia del menor, en la medida que se entiende que el menor tiene algo que

<sup>16</sup> En tal sentido, BARBER CÁRCAMO, R.: “El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta”, *REDUR* 17, 2019, p. 12. En la misma línea, *vid.* SSTC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99), y 183/2008, 22 de diciembre (RTC 2008, 183).

decir en aquellos asuntos que le afectan, y por ello, en la búsqueda de su interés es necesario conocer su opinión, valorarla y en función de la misma decidir<sup>17</sup>”, opinión que compartimos.

## II. EL ORIGEN DEL MENOR, MANIFESTACIÓN DE SU INTERÉS.

Las cinco manifestaciones del interés superior del menor enumeradas en las anteriores páginas tratan de ejemplificar cómo la determinación del concepto obedece a las circunstancias que concurran en el caso concreto – cuestión unánimemente asumida por la doctrina científica y jurisprudencial – y, al tiempo, todas ellas son compatibles con la definición que en este breve estudio hemos propuesto para un concepto jurídico que no por ser indeterminado ha de serlo también indefinido, en aras de la seguridad jurídica y, valga la redundancia, del propio interés del niño.

Sentado lo anterior, en los últimos años ha generado una importante controversia la denominada gestación por subrogación, práctica más conocida como “vientre de alquiler” y hoy en día prohibida en España<sup>18</sup>, consistente en la contratación, onerosa o no, de una gestante para luego entregar a su hijo a la parte contratante. Ello es, a nuestro parecer, contrario al interés del menor en todos sus extremos, pero este estudio pretende centrar la cuestión en si el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos es o no una manifestación de dicho interés; y si, por lo tanto, el anonimato de la madre biológica del menor debe preservarse o no.

Esta cuestión también afecta a otros supuestos, especialmente en lo referido a los donantes de gametos, quienes tienen derecho a mantenerse anónimos en virtud de nuestro ordenamiento jurídico. Se trata, en definitiva, de analizar si este secreto sobre la identidad de los padres biológicos de un menor es o no contrario al interés del mismo y si, en caso de serlo, su derecho cede ante el del menor a conocer sus propios orígenes.

### I. El derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos.

El derecho a conocer los orígenes biológicos es, primero y ante todo, un derecho que adquiere una dimensión de fundamental por hallarse cohesionado con el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18 de la

17 Como recoge RABADÁN SÁNCHEZ – LAFUENTE, F.: “El derecho a la audiencia tras las últimas reformas legislativas en materia de protección de la infancia y la adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 3 ter, 2015, p. 122. Reconocen este derecho como una manifestación del interés del menor, a su vez y entre otros: LÓPEZ AZCONA, A.: “Luces y (...)”, cit., p. 40, y, mucho más en profundidad, RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Universidad de Murcia, Murcia, 2013, p. 215 y ss.

18 Por disponerlo así el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Constitución<sup>19</sup>, en tanto en cuanto el derecho a una identidad propia configura en buena medida la intimidad del individuo, y consecuentemente, también la de su propio grupo familiar. Existe, también, una palmaria conexión entre este derecho y el principio de igualdad estatuido en el art. 14 de nuestra Carta Magna: "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Esta equiparación por razón de nacimiento sitúa en el mismo plano de igualdad a los nacidos, sea por concepción natural o por reproducción asistida, sin excepción alguna, y por lo tanto, ampara el derecho de los menores a conocer sus propios orígenes. Ello, como es natural, plantea serios problemas a la práctica de la gestación por sustitución, puesto que la gestante y madre biológica del niño no acostumbra a mantener vínculo alguno con él toda vez ha llevado a término el embarazo, en los países en los que esta práctica está permitida.

Del mismo modo, aunque fuera del catálogo de derechos fundamentales que establece en su articulado, la Constitución también ampara la investigación de la paternidad ex art. 39.2, un precepto que, a mayores, viene a fortalecer esa conexión con el principio de igualdad que mencionamos en el párrafo precedente, puesto que en él también se establece que los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (careciendo de sentido cualquier consideración de signo contrario, pues resultaría inconcebible que unos menores tuvieran unos derechos distintos a los de otros por la simple razón de que su nacimiento no obedeciera a las mismas circunstancias previas).

Podemos concluir, pues, que el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos es una facultad que le asiste en virtud de, al menos, tres preceptos constitucionales (arts. 14, 18.1 y 39.2) que le confieren una dimensión de, además de derecho subjetivo, fundamental, en tanto en cuanto es evidente que afecta a la esfera de su intimidad y a la configuración de su propia identidad; aspecto, este último, que entronca con una cuestión vertebradora del interés superior del niño, como es el libre desarrollo de su personalidad.

La relación tangible entre el derecho a conocer el origen biológico del individuo y la configuración de su propia personalidad en condiciones libres descansa en el hecho de que un menor podrá desarrollarse en plenitud (es decir, en unas condiciones acordes con su propio interés, esto es: libres, estables y que le granjeen bienestar) si conoce sus propios orígenes. Es claro, en ese sentido, que el ser humano, por el mero hecho de serlo, tiene una identidad propia (del mismo

<sup>19</sup> Vid. DE LORENZI, M.: "El reconocimiento jurídico del derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y en la reproducción humana asistida en España y Cataluña", *AFIN*, nº 85, 2016, Barcelona, p. 2: "este derecho está reconocido en el art. 18 de la Constitución Española desde que el derecho a la identidad, del que es parte, integra la noción de vida privada que este precepto reconoce".

modo que a todo individuo le asiste una personalidad) y, como tal, tiene derecho a que todos los elementos que la constituyen sean respetados, como propone De LORENZI<sup>20</sup>.

La trascendencia de este asunto es tal que el Constituyente, con buen criterio, le confirió oportuna relevancia constitucional mencionando en el art. 10.I de nuestra Carta Magna que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, es, por lo tanto y como venimos afirmando, una facultad que asiste a todo individuo por el mero hecho de serlo, y ello se extiende tanto a los menores de edad – cuya personalidad todavía está por construir – como a los que no lo son. Pero es en el supuesto de que lo sean cuando este desarrollo de la personalidad se convierte en una vertiente inherente al interés superior del niño, indiscernible de su propia identidad, que no puede entenderse completada sin un conocimiento lo más exacto posible sobre sus propios orígenes biológicos.

En suma: dicho derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos es un derecho subjetivo del niño que puede enmarcarse en el elenco de los derechos fundamentales que nuestra Constitución dispone en su texto articulado, en virtud de un derecho a la intimidad que, si bien no directamente, es comprensivo de aspectos como la propia identidad o la personalidad del individuo. Asimismo, la igualdad entre todos los españoles y el mandato constitucional de investigar la paternidad equiparan *de iure* a todos los nacidos, en sintonía con el hecho de que tanto la filiación por naturaleza como la filiación por adopción surten idénticos efectos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 108 CC.

Pero aún en el caso de que no fuera así – es decir, que no recibiera la catalogación de derecho fundamental – sí es diáfano que alberga conexión con otros artículos de la Constitución ya mencionados (en concreto, los arts. 14 y 39.2) y que constituye una manifestación del interés superior del menor, puesto que resultaría difícilmente concebible que el conocimiento de los propios orígenes del niño no fuera algo de su interés, o un factor sumamente relevante a la hora de configurar su personalidad, que es tanto como su derecho a una identidad propia, en los términos más precisos posibles.

Como hemos visto en anteriores ocasiones en este mismo estudio, el interés del menor se manifiesta de distintas maneras en función de la casuística, pero siempre obedece a las mismas condiciones: libertad, bienestar y estabilidad. Para

---

20 DE LORENZI, M.: *El derecho a conocer los orígenes biológicos: la necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 127.

el caso de un menor que no conozca sus orígenes biológicos y quiera hacerlo, deviene inevitable deducir que ese conocimiento no sólo no contradice a ninguno de esos tres requisitos que conforman el llamado interés superior del niño, sino que, antes al contrario, se adapta a ellos como anillo al dedo.

## **2. Derecho a conocer los orígenes biológicos vs. derecho a la intimidad.**

La consecuencia lógica del ejercicio por el menor del derecho a conocer sus orígenes es una colisión entre este derecho con el de la intimidad, del que son titulares sus padres biológicos, y que tiene la consideración expresa de derecho fundamental, en virtud de lo dispuesto en el art. 18.1 de la Constitución (“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”). Es en este punto cuando se debe determinar si estamos o no ante una colisión de derechos fundamentales, y en todo caso, puesto que hay un choque, qué derecho prevalece y cuál de los dos cede ante el otro.

El derecho a la intimidad abarca aquellos aspectos que la persona desea mantener velados por afectar a su ámbito más privado, en conexión también con otros derechos reconocidos por el texto constitucional, tales como la dignidad del individuo y el libre desarrollo de la personalidad. Y es preciso destacar que este derecho no es comprensivo únicamente de los aspectos concernientes a la esfera de la persona individualmente considerada, sino que se extiende a los miembros del grupo familiar, tal y como reconocieron las SSTC 197/1991, de 17 de octubre, y 231/1988, de 2 de diciembre<sup>21</sup>: “no cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido”, luego “el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 C.E. protegen”.

De ello cabe inferir que, desde el momento en que los futuros padres adoptan la decisión de tener un hijo, por la vía que sea, el derecho a la intimidad se ve afectado tanto en lo que a ellos les concierne como en lo que a su propio hijo se refiere. La razón de que así sea es que el derecho del niño a conocer sus propios orígenes no es sino una manifestación más de la intimidad inherente a toda persona por el hecho de serlo; siendo igualmente cierto que la procreación

<sup>21</sup> SSTC 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991, 197) y 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

humana constituye un acto íntimo que, naturalmente, está también comprendido en el ámbito de aplicación del derecho a la intimidad.

La intimidad, pues, no es un derecho exclusivo o excluyente ni de la gestante, en el caso de los llamados “vientres de alquiler”, ni de los padres biológicos, en otros casos sí permitidos por la legislación vigente, como puede ser la reproducción asistida o el supuesto de que un menor que ha sido adoptado o acogido quiera conocer quiénes realmente sus padres. Este derecho a la intimidad ciertamente asiste a los padres del menor, pero también le asiste a este último, puesto que por ser un derecho fundamental, sus titulares son las personas, sin distinción y sin excepción alguna.

De esta manera, el derecho fundamental a la intimidad colisiona de una manera doble, puesto que por una parte, en ese choque habrá que dirimir qué intereses priman más – si los del hijo menor de edad o los de sus propios padres biológicos – y, de otra, qué derecho cede y por qué. Más específicamente, la colisión se produce no entre un mismo derecho a la intimidad fruto de su ejercicio compartido, sino entre un derecho a la intimidad *strictu sensu* (es decir, aquel que afecta directamente a cuestiones nucleares de la privacidad del individuo o del grupo familiar, tal es el caso de la identidad de los padres biológicos) y entre el derecho del niño a conocer sus propios orígenes (que es, más bien, una manifestación de dicho derecho y que además goza de una protección constitucional reforzada por la aplicación ya mencionada de los arts. 14 y 39.4 de nuestra Carta Magna).

Para resolver este vericuetto, hemos de acudir una vez más a la jurisprudencia constitucional. El órgano guardián de la Constitución zanjó la cuestión en un supuesto de investigación de la paternidad considerando que prevalecía el derecho a la intimidad de la menor. Se trataba de un proceso civil de filiación extramatrimonial, “entablado por la madre soltera de una menor contra quien ella afirma que fue su progenitor”, afirmando éste último que la desestimación de la demanda de filiación no sólo no vulneraba ninguno de los derechos alegados por la otra parte, sino que además preservaba los suyos propios a la intimidad personal y familiar, así como a la integridad física. Sintetizando, como expone el propio Tribunal Constitucional, “el núcleo de la controversia, tanto en el litigio civil como en el proceso constitucional, gira en derredor de la negativa del varón a someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, que había sido decretada por los órganos judiciales”.

Pues bien, lejos de dar la razón al demandado, el TC consideró que tenía primacía una intimidad que no era la suya propia, sino la de su hija menor de edad. No consta con esa denominación expresamente, pero es palmario que el fundamento de esta sentencia no es otro que el interés superior de la niña, que es el argumento decisivo que permite al tribunal inclinar la balanza en favor de este razonamiento

en lugar de hacerlo *a contrario sensu*. Textualmente dice: "(...) tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación", sentenciando que "no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 C.E., lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares".

Si bien el Tribunal Constitucional no razonó que el derecho a la intimidad de la menor prevalecía sobre el del demandado (o, al menos, no lo hizo explícitamente), lo cierto es que en la práctica, esta es la consecuencia del pronunciamiento aludido. Lo que no dice el Constitucional, y a nuestro juicio sí es relevante, es que la clave de bóveda del asunto, la auténtica piedra angular del razonamiento, es que en esa colisión de derechos (sea entre dos variantes del derecho a la intimidad, sea entre cualesquiera otros) es el interés superior de la menor lo que confiere un *plus* de autoridad, un auténtico refuerzo jurídico, al derecho de la hija menor de edad, y por ende, el derecho a la intimidad del demandado cede ante él.

Únicamente se alude a esta conclusión muy someramente y casi al final de la sentencia, de la siguiente manera: "las serias dudas suscitadas por la demanda presentada en interés de la menor hacían indudablemente necesaria la práctica de la prueba biológica, como informó en su día el Ministerio Fiscal. Y las discrepancias y vacilaciones de los Tribunales civiles, al pronunciarse sobre una cuestión de tal importancia para el interés público como es la filiación de un menor de padre desconocido, acreditan elocuentemente que dicha prueba debía haberse practicado, clarificando en términos difícilmente rebatibles el conflicto y haciendo posible una declaración judicial apoyada en elementos de convicción sólidos y fiables".

Todo ello lleva a concluir al Tribunal Constitucional que "los límites que los arts. 18.1 y 15 C.E. pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero, y por la Audiencia Provincial, luego. Su oposición sólo hubiera sido lícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia



de razones que justificasen la decisión judicial de realizar la prueba. Inexistencia que no es en modo alguno aceptable, dada la motivación ofrecida por el Auto de 11 mayo 1989 que ordenó la práctica de la prueba, y a la vista de los indicios que fueron puestos de manifiesto tanto en la Sentencia de instancia como en la de apelación, aun cuando fuera con resultados divergentes. Las discrepancias puestas de manifiesto entre los diversos Tribunales del orden civil que han conocido del litigio recaen sobre la valoración de la prueba acerca de la paternidad; no, desde luego, sobre la pertinencia de la prueba biológica”.

Las conclusiones expuestas por el TC en esta sentencia son aplicables tanto a este supuesto como a otros objeto de controversia a los que en este artículo nos referimos, y muy especialmente, en relación con los denominados “vientres de alquiler”. La gestación por sustitución, aun prohibida en España, entraría de lleno en el núcleo de supuestos de investigación de la maternidad que, a juicio del propio tribunal, sí goza de cobertura jurídica cuando es pertinente, necesaria y acorde al interés superior de los hijos menores de edad. Esta es la plasmación en jurisprudencia constitucional del derecho del menor a conocer sus orígenes como una manifestación más de dicho interés prevalente, y tiene su reflejo más evidente en su propia primacía incluso sobre los derechos fundamentales de otras personas.

### 3. La gestación por sustitución.

A la luz de todo lo antedicho en los apartados precedentes, no puede sino concluirse que son muchos los motivos que fundamentan la contrariedad de los denominados “vientres de alquiler” al supremo interés del menor, pero en lo que concierne *strictu sensu* a la problemática que aborda este estudio (esto es, el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos), es la primacía de este derecho sobre cualquier otro que pudiera concurrir la que sentencia que esta práctica es incompatible con el mejor interés de los hijos.

No podemos dejar de destacar que, en la práctica totalidad de los casos, la madre biológica del menor, tras la gestación, se desentiende por completo de su guarda y de los deberes de cuidado del mismo a los que está obligada por la institución de la patria potestad. Esta es la principal razón, que no la única, por la cual la gestación por sustitución es de todo punto incompatible con el interés superior del niño, aun en el caso de que su derecho a conocer sus propios orígenes no entrase en conflicto con dicha práctica.

De hecho, la propia variedad de nomenclaturas<sup>22</sup> con que se ha dado en bautizar lo que indudablemente constituye el alquiler, oneroso o no, del seno

22 Vid. GARIBO PEYRÓ, A. P.: “El interés (...)”, cit. p. 249 y ss.

materno para posteriormente despojar a la madre y a su hijo de cualquier tipo de relación o vínculo, y por supuesto, de la propia relación madre – hijo, ya ha generado una considerable polémica: no estamos sólo ante una gestación por sustitución, sino ante un vientre de alquiler. “La gestante” no es un ente abstracto ni una expresión casual: se emplea para evitar otra, “la madre”, que es la que le corresponde de hecho y de derecho.

Así las cosas, nuestra tradición jurídica, desde los tiempos del Derecho Romano, se aposenta en materia de filiación en una serie de principios, siendo uno de ellos el conocido *mater semper certa est*, en cuya virtud se engarza la maternidad con la certeza jurídica de gestación y parto. Y aun a pesar de que, en los últimos años y fruto de los avances de la Ciencia en relación con la reproducción humana asistida, este principio se ha difuminado<sup>23</sup>, lo cierto es que cobra plena vigencia en relación con los vientres de alquiler, puesto que es la madre biológica del menor la exclusiva titular, junto con el padre, de la patria potestad (a falta de la concurrencia de figuras jurídicas como la adopción, en cuyo caso estos deberes son adquiridos por el adoptante o adoptantes).

La raíz del problema, la clave de bóveda sobre la que descansa la incompatibilidad de los vientres de alquiler con el interés superior del menor, no es otra que la creencia infundada acerca de la existencia de un derecho a ser padres que no es tal. No existe este derecho<sup>24</sup> en ninguna Constitución de ninguna democracia occidental, ni tampoco consta en las múltiples Declaraciones de Derechos, ni por supuesto, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y ello en relación con la maternidad subrogada, sí, pero también en cuanto a las figuras jurídicas de protección de menores (muy especialmente, en lo referido a la adopción y al acogimiento familiar).

Afortunadamente, desde hace ya demasiado tiempo, el menor ha dejado de ser considerado como una propiedad de los padres o un ente carente de valor o peso jurídico, pasando justo al extremo opuesto y pivotando todos los procedimientos en los que esté incurso en torno a su superior interés. Por lo tanto, ni los padres del menor tienen un derecho que por naturaleza les faculte a serlo, ni tampoco disponen de la posibilidad de adquirir dicho derecho. Esto es: no pueden, en modo alguno, pagar un precio por adquirir a un niño, que es la base de la gestación subrogada en no pocos supuestos. En todo caso, tanto si la gestación del menor

23 Al respecto, DUPLA MARÍN, M. T.: “El presente del pasado: el principio *mater semper certa est* y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019, p. 322 y ss.

24 En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, pp. 23-24, y CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Gestación subrogada y dignidad de la mujer”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, pág. 13.

es retribuida como si no, la madre biológica no puede verse privada ni de facto ni legalmente de la patria potestad, como abundantemente hemos insistido.

Los deseos de quien quiere ser padre no pueden confundirse con derechos. Y quienes desean con tanto fervor adquirir la condición de padre deben ser conscientes de ello, y de que frente a sus intereses, siempre prevalecerán los de su hijo menor de edad. Por mucho que ambos deban ponderarse siempre que ello sea posible<sup>25</sup>, en la determinación del interés prevalente del niño gozarán de primacía sus derechos tanto frente a los de sus padres<sup>26</sup> como ante los de cualquier otro actor legitimado en el proceso de que se trate.

En lo que se refiere estrictamente al derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, en la mayoría de las ocasiones, la madre no sólo se ve privada del ejercicio de la patria potestad que legalmente le corresponde desempeñar, sino que también puede ocurrir que desee preservar su anonimato. El hecho cierto de que el menor quiera conocer su procedencia, y de que tenga derecho a ello, entra en contradicción directa con esta práctica, pues llevado ello a sus últimas consecuencias, desaparecería el anonimato de su madre y se restaurarían todos los derechos y deberes, tanto personales como económicos, que fueron suprimidos una vez finalizada la gestación.

El motivo es que, como razonamos en páginas anteriores, el derecho del niño a conocer sus propios orígenes forma parte, a su vez, del contenido de otro derecho que goza de expreso amparo constitucional, que es el del libre desarrollo de la personalidad, y del derecho a la intimidad, que además tiene el carácter de fundamental. Y, del mismo modo, estos derechos no son sino manifestaciones del interés del menor, y puesto que éste tiene prevalencia sobre los de los demás<sup>27</sup>,

---

25 Sentenció en su día el Tribunal Constitucional, con buen criterio, que “en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello” (STC 185/2012, 17 de octubre (RTC 2012, 185). Más recientemente y en aplicación al caso concreto del vientre de alquiler, *vid.* STS 31 marzo 2022 (ROJ 1153, 2022).

26 La STC 185/2012, 17 de octubre (RTC 2012, 185), resuelve también que “el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente”. En el mismo sentido, véanse también, entre muchas otras: SSTC 141/2000, 29 de mayo (RTC 2000, 141) 124/2002, 20 de mayo (RTC 2002, 124), 144/2003, 14 de julio (RTC 2003, 144), 71/2004, 19 de abril (RTC 2004, 71), y 11/2008, 21 de enero (RTC 2008, 11). Aplicado ello al caso concreto de la gestación subrogada, *vid.* una vez más, STS 31 marzo 2022 (ROJ 1153, 2022).

27 A este respecto, la jurisprudencia constitucional, de nuevo, con prístina claridad: “sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quien tenga atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño” (STC 141/2000, 29 de mayo (RTC 2000, 141)).

en caso de colisión, ceden éstos ante él. Por consiguiente, el derecho a la intimidad que también asistiría a la madre biológica del niño no puede imponerse ante la facultad del menor de averiguar sus propios orígenes.

### III. CONCLUSIONES.

Las conclusiones que a este estudio ponen fin son, pues, las que resumen los aspectos más relevantes del mismo. Se ha tratado de desarrollar, primero, el contenido del interés superior del menor y las múltiples formas en que puede manifestarse, primando la particularidad de cada caso concreto y la personalidad del individuo por encima de cualquier consideración colectiva. Posteriormente, se ha ofrecido una disertación sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos de la persona y su relación tangible con dicho interés prevalente del menor, valorándose si este derecho tiene primacía o no sobre el de la intimidad de los padres biológicos. Y, finalmente, se ha puesto todo ello en relación con la práctica de los vientres de alquiler para concluir que la misma contradice al interés del niño en varias de sus vertientes.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado e indefinido por el legislador. Con la falta de seguridad jurídica que ello granjea a dicho instituto jurídico, a nuestro modo de ver el hecho de que sea indeterminado no lo debe convertir *per se* en indefinido. La definición del contenido de este interés que en este estudio planteamos se asienta sobre los pilares del libre desarrollo de la personalidad, el bienestar y la estabilidad socioeconómica, de suerte que dicho interés no es sino aquel en que concurren las circunstancias que garanticen la vigencia de estos tres elementos, puesto que no resulta concebible determinar un interés que al mismo tiempo los contradiga y sea conforme a la mejor conveniencia para el niño.

Por su parte, el derecho del menor a conocer sus propios orígenes forma parte del contenido nuclear del libre desarrollo de su personalidad, así como de su derecho fundamental a la intimidad, ambos mencionados en la Constitución Española en sus arts. 10 y 18, respectivamente, y constituye también una manifestación más del interés del niño. La obligada primacía que este interés ostenta por ministerio de la ley frente a cualquier otro le otorga un *plus* cuya consecuencia más palmaria es que el derecho a la intimidad de sus padres biológicos debe ceder ante él.

Finalmente, la gestación por sustitución, ilegal en España, es contraria a dicho interés no sólo por la facultad que asiste al menor de conocer sus propios orígenes, sino porque contradice también determinados principios configuradores de la más nítida tradición jurídica, entre otros, *mater semper certa est*, así como la vigencia de instituciones jurídicas de protección del menor, como la patria potestad, de la que su madre biológica se ve privada en beneficio de la persona o personas que

literalmente adquieren, por precio o no, al menor. Los deseos de estas personas, por inspiradores y fervorosos que resulten, en modo alguno pueden imponerse sobre el interés del menor.

## BIBLIOGRAFÍA

BARBER CÁRCAMO, R.: “El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta”, *REDUR* 17, 2019.

CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Gestación subrogada y dignidad de la mujer”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 9, 2018.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Menores desamparados: el derecho de sus padres a relacionarse con ellos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 733, 2012.

DE LORENZI, M.:

- *El derecho a conocer los orígenes biológicos: la necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2015.
- “El reconocimiento jurídico del derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y en la reproducción humana asistida en España y Cataluña”, *AFIN*, nº 85, 2016, Barcelona.

DE PALMA DEL TESO, Á.: *Administraciones Públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2006.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8, 2018.

DÍAZ DÍAZ, E. L.: “El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 70, nº 278 – 2, 2020.

DUPLÁ MARÍN, M. T.: “El presente del pasado: el principio mater semper certa est y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019.

GARIBO PEYRÓ, A. P.: “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, 2017.

GUILARTE MARTÍN – CALERO, C.: *La concreción del interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

IGLESIAS REDONDO, J. I.: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996.

LÓPEZ AZCONA, A.: "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia", *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, año LXX, n° 2185, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

NAVAS NAVARRO, S.: "Interés del menor y modelos de guarda en el Libro II del Código Civil de Cataluña", en *Cuestiones actuales del Derecho catalán de la persona y de la familia*, Documenta Universitaria, Gerona, 2013.

NÚÑEZ ZORRILLA, C.: "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, vol. 73, Barcelona, 2016.

RABADÁN SÁNCHEZ – LAFUENTE, F.: "El derecho a la audiencia tras las últimas reformas legislativas en materia de protección de la infancia y la adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 3 ter, 2015.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Universidad de Murcia, Murcia, 2013.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O.: "Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia", *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, 2017.

SEDANO TAPIA, J.: "El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales: análisis a la luz del Derecho comparado", *Colección Infancia y Adolescencia*, n° 9, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2020.

TENA PIAZUELO, I.: "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n° 1, 2018.

TORRECUADRADA GARCÍA – LOZANO, S.: “El interés superior del niño”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016.