



Universidad  
de Alcalá

**LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN:  
mención a la situación de los nacidos  
mediante técnicas de reproducción  
asistida.**

**Máster Universitario en  
Acceso a la Profesión de Abogado**

Autora: D<sup>a</sup> ALBA CARRASCOSA OCAÑA

Tutora: Dra. D<sup>a</sup> MARÍA ÁNGELES MARTÍN RODRÍGUEZ

Alcalá de Henares a 19 de enero de 2017.

## RESUMEN

El objetivo de este trabajo es realizar un estudio de la filiación entendida como relación jurídica. Prestando especial atención a las distintas formas de determinación de la misma prevista en nuestro ordenamiento jurídico a la luz de las últimas reformas legislativas llevadas a cabo en esta materia. Todo ello realizado desde una perspectiva eminentemente procesal.

Palabras clave: Familia - Derecho Civil – Filiación – Paternidad – Maternidad – Matrimonio - Reproducción Humana Asistida - Procedimiento.

## ABSTRACT

The aim of this paper is the study of the filiation as a legal relation. Focusing in the different ways of establishment of filiation in our legal system, keeping in mind the latest law reforms in this field. All this study has been done from procedural point of view.

Key words: Family - Civil Law – Filiation – Paternity – Maternity – Marriage – Procedure - Assisted reproduction.

## Contenido

ABREVIATURAS .....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA: .....	6
CONTENIDO BÁSICO DE LA FILIACIÓN.....	8
DETERMINACIÓN Y PRUEBA DE LA FILIACIÓN.....	9
Determinación extrajudicial de la filiación matrimonial .....	11
Determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial .....	12
LAS ACCIONES DE FILIACIÓN: determinación judicial de la filiación .....	16
Disposiciones generales sobre las acciones de filiación.....	16
La prueba en los procesos de filiación y especialidades en su tramitación y resolución. ....	17
Medidas cautelares en la fase de tramitación del procedimiento. ....	20
Legitimación pasiva en las acciones de filiación.....	20
LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN. ....	21
ACCIONES DE IMPUGNACIÓN .....	24
FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. SITUACIÓN DE LOS HIJOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO NACIDOS A TRAVÉS DE ESTAS TÉCNICAS .....	29
CONCLUSIONES.....	36
BIBLIOGRAFÍA.....	38

## ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y Notariado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LRC	Ley del Registro Civil
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
RC	Registro Civil
RJA	Repertorio Jurídico Aranzadi
RDGRN	Resolución de Dirección General de los Registros y Notariado
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Vd.	Véase

## INTRODUCCIÓN

Sociedad, ciencia y tecnología van de la mano y avanzan de manera vertiginosa, en especial en las últimas dos décadas. Algunos campos parecen más estáticos y reticentes al cambio, sin embargo las relaciones personales y familiares no son el caso; y es por ello que el Derecho de familia, eminente regulador de estas relaciones personales y familiares, se ha visto transformado de manera rápida e importante.

En este trabajo pretendemos hacer un estudio de la filiación, una de las instituciones del Derecho de familia que más se ha visto afectado en los últimos tiempos: los nuevos modelos de familia, las nuevas técnicas de reproducción asistida, entre otros, han hecho que el legislador haya tenido que adaptar de manera rápida nuestro Ordenamiento Jurídico para dar respuesta a las necesidades de nuestra sociedad.

Es por ello que nos ha parecido oportuno compilar en un solo trabajo todas las normas relativas a la filiación teniendo en cuenta las últimas reformas. Analizaremos cómo han ido evolucionando el concepto, contenido y las herramientas que el Derecho nos otorga para determinar e impugnar la relación jurídica entre padres e hijos, que llamamos filiación. Del mismo modo analizaremos cómo el legislador ha ido dando respuesta a la necesidad de las que hablábamos en líneas anteriores.

Vinculado al objeto principal de este trabajo están otros temas, como las técnicas de reproducción humana asistida y la maternidad subrogada. La intención de este trabajo no es hacer un estudio en profundidad de ello, si no, simplemente, estudiar la situación de la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas.

Se trata de un estudio principalmente procesal, sin detenernos en debates ideológicos o doctrinales. Consideramos que es lo oportuno dado el contexto en el que estamos trabajando: un máster habilitador para el ejercicio de la profesión de abogado.

## CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA:

La filiación, originariamente, es un hecho biológico: una persona ha sido engendrada o procreada por otra. Esta realidad es recogida y reconocida por nuestro Ordenamiento Jurídico que distribuye derechos y obligaciones entre los progenitores y los hijos. Es decir, establece una relación jurídica de filiación (materna y paterna) entre ellos. Se considera, también, un estado civil de la persona, ya que define su situación jurídica básica en la sociedad (estado civil). El Derecho selecciona para establecer esta relación unos criterios de los cuales los básicos son los biológicos, la verdad biológica es el principio inspirador del Código Civil en materia de filiación, pero estos criterios biológicos no siempre actúan necesariamente. Así sucede, por ejemplo, en la adopción.

En materia de filiación, tradicionalmente, se partía de una distinción de los hijos en dos grupos atendiendo a su origen, otorgando a la relación jurídica de la filiación una mayor o menor carga de derechos dependiendo de a qué grupo se pertenecía. La distinción se fundaba en el hecho de que los hijos hubieran sido procreados después o antes del matrimonio de los padres. En el primer caso se hablaba de filiación legítima y en el segundo de filiación ilegítima.

En la utilización de los conceptos de legitimidad y de ilegitimidad había una connotación peyorativa, que traslada a los hijos la valoración que se atribuía al acto de procreación (legítimo dentro del matrimonio e ilegítimo fuera de éste). Dentro de la filiación ilegítima, a su vez se hacía una subdistinción entre hijos ilegítimos naturales, cuando los progenitores, al realizar el acto de procreación reprobado, fueran hábiles para contraer matrimonio. Por el contrario, cuando entre los padres existía algún impedimento matrimonial a los hijos se les denominaba hijos ilegítimos adulterinos o incestuosos. En este último caso era mayor la mancha y mayor el atentado al justo orden familiar.

Como hemos podido observar, las directrices del Derecho de filiación tradicional no encajaban con los valores propios de las sociedades modernas, cuya tendencia es establecer la igualdad entre los seres humanos y la inadmisibilidad de las discriminaciones que tienen como base un determinado origen familiar.

La Constitución de 1978 terminó con la discriminación entre los hijos al establecer el principio de igualdad (art. 14 CE) y la enunciación de los principios rectores de la política familiar (artículo 39.2 CE).

El artículo 14 CE determina que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (entre otras que se enumeran), haciendo clara referencia a la filiación. Por su parte, el apartado segundo del artículo 39 CE dice que los poderes públicos aseguran «la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil». El precepto constitucional añade que «la ley posibilitara la investigación de la paternidad». La puesta en práctica de los principios contenidos en los artículos 14 y 39 de la Constitución obligó a una profunda revisión del Derecho de filiación recogido en el Código Civil, revisión que llevó a cabo la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Tras la reforma, de esta manera queda configurado, grosso modo, el nuevo y actual Derecho de filiación en nuestro ordenamiento: El Código Civil establece en sus artículos 108 y siguientes que la filiación puede ser por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza es la que tiene como base el hecho natural de la generación imputado (a veces por medio de presunciones) o asumido por determinadas personas (normalmente los autores de la generación). La filiación por naturaleza a su vez puede ser matrimonial<sup>1</sup> o extramatrimonial, con respecto a la primera dice (art. 108.2.1 CC) que «es matrimonial cuando el padre y la madre estén casados entre si» deduciéndose en sentido contrario que es no matrimonial cuando el padre y la madre no estén casados entre sí. Por su parte, la filiación adoptiva es la que deriva del acto jurídico denominado adopción, que establece una relación de filiación entre dos personas que no están unidas por vínculos de sangre.

No obstante, debemos detenernos y matizar que la clara diferencia entre filiación por naturaleza y filiación adoptiva se ha difuminado en las últimas décadas como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, al permitirse, por ejemplo, que consten como progenitores por naturaleza los que se sabe a ciencia cierta que no lo son biológicos (casos de inseminación con material reproductivo de un varón distinto del cónyuge o pareja de hecho que reconoce).

Por otro lado, la absoluta imposibilidad de que una persona tuviera dos padres o dos

---

<sup>1</sup> La filiación matrimonial puede ser originaria o sobrevenida. Puesto que de acuerdo con el art. 119 «la filiación [extramatrimonial] adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando este tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo...».

madres se ha convertido hoy en día en aceptada posibilidad y realidad, debido a las últimas reformas legales y subsiguientes decisiones gubernativas.<sup>2</sup> En la actualidad puede constar como filiación natural la maternidad de dos mujeres casadas entre sí, una de las cuales se ha sometido a técnicas de reproducción asistida consintiéndolo la otra (art. 7.3 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida). Y también puede constar como filiación natural la paternidad de dos hombres casados entre sí, que figuran como padres en una certificación registral extranjera, después de haber recurrido a una gestación por sustitución.

En las siguientes líneas haremos un recorrido por la institución de la filiación (siempre refiriéndonos a la filiación por naturaleza) conforme a lo establecido en el Código Civil, que consideramos la matriz legislativa de nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de filiación.

Sin embargo, el legislador parece no haber adaptado de manera completa lo dispuesto en nuestro Código a las nuevas reformas legislativas (a las que hemos hecho alusión en párrafos anteriores). Por tanto, estas cuestiones serán tratadas en el último epígrafe de este trabajo, dedicado a la filiación y situación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida y de parejas del mismo sexo donde intentaremos encajar lo dispuesto en el CC con las distintas Leyes relativas al respecto.

## **CONTENIDO BÁSICO DE LA FILIACIÓN**

Como ya hemos mencionado en líneas anteriores, la reforma de 1981 se encargó de puntualizar cuáles son los efectos básicos de la filiación independientemente de que sea matrimonial o no matrimonial en pro de la igualdad y protección del menor.

Este contenido básico es:

1. El derecho a los apellidos. El artículo 109 CC dice que la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil. Usualmente se establecerá como primer apellido el paterno y, después, el materno. Si bien, como se sabe, de común acuerdo, los cónyuges pueden alterar el orden de apellidos de su primer hijo. El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de

---

<sup>2</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.



los posteriores nacimientos con idéntica filiación. Si la filiación está determinada exclusivamente respecto a uno sólo de los progenitores, éste podrá determinar el orden de apellidos. Posteriormente, los hijos, alcanzada la mayoría de edad, podrán solicitar la alteración del orden de apellidos (art. 55 de la Ley del Registro Civil 7/2011).

2. El derecho a los alimentos, reconocido en los artículos 110 y 111 del CC; ambos preceptos determinan que, aunque los progenitores no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos, inclusive en los casos en que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas.
3. Relación entre parientes (arts. 160 y 161 del CC): El hecho de la filiación establece una especial relación ordinariamente entre los padres e hijos, y entre los últimos y todos los parientes y allegados. Es cierto que, en relación con los padres, dicho derecho relacional es mucho más intenso y de mayor significado. Pero el Código también se fija en los parientes y allegados, especialmente los abuelos, determinando que “no podrán impedirse sin justa causa” la relación con ellos. En cuyo caso, tanto el menor, como los abuelos, parientes y allegados podrán pedir al Juez que alce dicha oposición (art. 160, 2º y 3º párrafos del CC).
4. Los derechos sucesorios: A pesar de que no se encuentran recogidos en los artículos 109 y siguientes, el estado filial determina, a favor de dichos descendientes, una serie de derechos a la sucesión de sus padres, tanto en el caso de la sucesión testada, como intestada.<sup>3</sup>

## **DETERMINACIÓN Y PRUEBA DE LA FILIACIÓN**

En nuestro Ordenamiento Jurídico no encontramos ninguna definición de lo que tenemos que entender por determinación de la filiación, de hecho, en nuestro Código Civil tiende a confundirse con la acreditación y prueba de aquélla. No obstante, entendemos que la determinación de la filiación no es otra cosa que el establecimiento de las causas de las que deriva o nace el vínculo jurídico entre progenitores e hijos.

En sentido estricto, y siempre haciendo referencia a la filiación por naturaleza, el hecho biológico de la generación debería ser la fuente principal de la relación jurídica de la filiación, pero como este hecho biológico no puede ser constatado por sí mismo, el Derecho se ve obligado a establecer los presupuestos de hecho a los cuáles liga los efectos de la filiación.

El Capítulo II, Título V del Libro I del Código civil (arts. 112 a 126) titulado

---

<sup>3</sup> Remisión al Código Civil Libro III; Título III. DE LAS SUCESIONES.

determinación y prueba de la filiación, contiene unas disposiciones generales (112 a 114), y unas disposiciones relativas a la determinación de la filiación matrimonial (arts. 115 a 119) y no matrimonial. (arts. 120 a 126). El CC parte de que la filiación produce efectos desde que tiene lugar y su determinación legal produce efectos retroactivos siempre que esto sea compatible con la naturaleza de dichos efectos y la Ley no disponga lo contrario.

De manera general la filiación se prueba por la inscripción en el Registro Civil<sup>4</sup>, por documento o sentencia que legalmente la determine, por la presunción de paternidad matrimonial y en defecto de todos los anteriores medios y de manera subsidiaria, por la posesión de estado. (Artículo 113 CC).

En cuanto a la idea de posesión de estado en relación con la filiación, hemos de decir que en nuestro Ordenamiento Jurídico no se hace una definición precisa; por tanto, podemos decir que este concepto alude a una determinada situación de apariencia. Es decir, a través de una serie de actos concluyentes se crea una apariencia jurídica que sirve para establecer o declarar, al menos provisionalmente, la realidad de la que es reflejo.<sup>5</sup> La jurisprudencia<sup>6</sup> ha recogido la antigua doctrina que reputaba la existencia de una posesión de estado si concurrían estos tres elementos: el *nomen*, *tractatus* y *fama* o *reputatio*:

- 1) El *nomen* consiste en el hecho de que una persona lleve o utilice de manera habitual el apellido de la persona cuya filiación se pretende, es decir la del supuesto padre o madre.
- 2) El *tractatus* es la forma que una persona tiene de tratar a otra y a la inversa. Que coincide con lo que es usual entre padres e hijos.
- 3) La *fama* es la opinión general que reconoce al hijo como de un determinado padre o madre.

---

<sup>4</sup> Remisión a la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, cuyo artículo segundo-tres contempla la posibilidad de que los ciudadanos puedan comunicar electrónicamente desde los centros sanitarios el nacimiento de sus hijos. Dicha medida facilitará a los ciudadanos los trámites de inscripción de los nacimientos, evitando en la mayoría de los casos desplazarse a los Registros Civiles.

<sup>5</sup> DIEZ PICAZO, L.; GULLÓN, A. 2012. *SISTEMA DE DERECHO CIVIL (VOL. IV - TOMO 1): DERECHO DE FAMILIA*. 11ª ed. Madrid. Tecnos.

<sup>6</sup> STS 10-11-2003 "la posesión de estado existe, cuando ha habido una actuación ininterrumpida y reveladora de la libre voluntad del padre de prestar asistencia, cuidado y compañía a la actora a través de actos continuados y públicos y de carácter personal (SSTS de 7-12-1988, 14-11-1992 y 2-3-1994), habiendo concurrido los requisitos relativos al "nomen", "tractatus", fama o "reputatio" (uso del nombre, comportamiento del padre con la hija, el conocimiento público de la situación)

Como ya hemos señalado, nuestro Código Civil no se ocupa de la posesión de estado, se limita a requerir que ésta sea “constante” cuando la posesión de estado se utiliza para ejercitar la acción de reclamación de la filiación (art.131 CC).

## Determinación extrajudicial de la filiación matrimonial

Según lo dispuesto en nuestro Código civil, la filiación matrimonial, tanto materna como paterna, puede determinarse extrajudicial o judicialmente, es decir, por la inscripción<sup>7</sup> del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres o por sentencia firme (art. 115 CC). En este epígrafe nos centraremos en la determinación extrajudicial dejando la determinación judicial para el apartado de este trabajo dedicado a las acciones de filiación.

El Código no ha regulado expresamente la determinación de la filiación materna cuando la madre está casada, por lo que debemos remitirnos a las reglas de la determinación de la filiación no matrimonial (v.epígrafe siguiente), en concreto, la declaración del nombre de la madre, coincidente con el que figura en el parte médico del parto.

Una vez establecida la maternidad, la paternidad quedará determinada, casi siempre, de manera automática gracias a una presunción legal. Concretamente sobre la filiación paterna, añade la ley que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

La ley aquí trata de especificar un poco más el tema de la determinación de la filiación paterna. Así, dice el artículo 117 CC que, nacido el hijo dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los 6 meses siguientes al conocimiento del parto. La excepción está en los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento del hijo.

Por su parte, el artículo 118 del CC matiza que aun faltando la presunción de

---

<sup>7</sup> No se calificará la filiación inscrita como matrimonial o no matrimonial según lo dispuesto en la Ley Registro Civil/2011.

paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

### Determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial

Según establece el art. 120 CC, la filiación no matrimonial puede quedar también determinada de manera judicial o extrajudicialmente. La determinación por sentencia firme o determinación judicial la veremos en el apartado dedicado a las acciones de filiación.

Los medios de determinación extrajudicial son: 1) En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil, 2) el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público y 3) la resolución recaída en expediente registral. Respecto de la maternidad puede determinarse fácilmente de acuerdo con lo dispuesto la LRC/2011: declaración del nombre de la madre, que también consta en el parte médico del parto, al inscribir el nacimiento del hijo.

El primer medio de determinación de la filiación paterna no matrimonial ha sido una novedad introducida por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Hace referencia a la posibilidad de realizar la solicitud de inscripción de los recién nacidos directamente desde los centros sanitarios, donde los padres, asistidos por los administrativos de los centros sanitarios, firmarán el "Formulario" oficial de declaración al que se incorporará el parte facultativo acreditativo del nacimiento, que se remitirá telemáticamente desde el Centro Sanitario al Registro Civil. En definitiva, estamos ante un reconocimiento de la paternidad no solemne, sujeto a los mismos requisitos de validez y eficacia que un reconocimiento solemne.

El segundo medio a que hace referencia nuestro Código Civil es el reconocimiento formal. Éste es el medio por el que usualmente queda determinada extrajudicialmente la paternidad no matrimonial; por ello el Código le dedica una mayor atención. Además de enumerar las formas que puede adoptar, se regula la capacidad de obrar exigida al reconocedor y se fijan los requisitos que deben concurrir para que sea eficaz el reconocimiento del hijo mayor de edad, hijo menor o incapaz o del hijo ya fallecido.

Según Bercovitz “el reconocimiento es una declaración de voluntad por la que su autor confiesa o admite que es el padre o la madre de la persona reconocida. Este reconocimiento es título de determinación extrajudicial de la filiación si se hace ante el encargado del Registro Civil, en

testamento o en otro documento público”<sup>8</sup>. Se trata de un acto unilateral, personalísimo y solemne que no podrá someterse a término ni condición.

A continuación, expondremos brevemente los requisitos del reconocimiento para que éste sea válido y eficaz; en primer lugar, desde el punto de vista de los reconocedores y en segundo lugar desde la perspectiva del reconocido.

El reconocimiento podrá hacerse de manera separada o conjunta. El artículo 122 CC determina que “cuando un progenitor hiciera el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro, a no ser que ésta ya esté determinada legalmente”.

Por su parte, el artículo 121 CC establece que “El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.”. El juez, por tanto, no suplirá la falta de capacidad del reconocedor si no que manifestará su conformidad o no al acto.

Los requisitos del reconocimiento desde el punto de vista del hijo reconocido son:

En caso de que el hijo sea mayor de edad: según lo dispuesto en el artículo 123 CC, el reconocimiento del hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento, bien expreso o tácito. Por el contrario, cuando el hijo sea menor de edad o incapacitado (con capacidad judicialmente modificada) según el artículo 124.1 CC, la eficacia del reconocimiento depende del “consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente reconocido”. No obstante, si el reconocimiento se efectúa dentro del plazo<sup>9</sup> para practicar la inscripción de nacimiento, no se exige ningún consentimiento previo para que quede determinada la filiación. Así mismo, el artículo 124.2 CC establece que el reconocimiento de un menor o incapacitado hecho en testamento también puede ser inmediatamente eficaz sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial.

---

<sup>8</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2015. *MANUAL DE DERECHO CIVIL. DERECHO DE FAMILIA*. 4ª edición. Madrid. Bercal.

<sup>9</sup> El plazo para inscribir el nacimiento, de acuerdo con los artículos 46 y 47.1 LRC/2011, es de 72 horas, si la inscripción la promueve la dirección del centro sanitario donde haya tenido lugar el nacimiento, o de diez días, en el resto de los casos.

La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. (Art. 124.2 CC). Así pues, si fuera necesario el consentimiento expreso del representante legal o la aprobación judicial del reconocimiento, el reconocedor podrá solicitar uno u otro a su libre elección.<sup>10</sup> El consentimiento del representante legal debe haberse emitido en documento público o ante el encargado del Registro (para facilitar el acceso al Registro Civil). Si no se hubiera formalizado de una de estas formas deberá comprobarse en expediente registral. Este consentimiento es irrevocable, y debe presarse por quien ostente la patria potestad (el otro progenitor ya determinado) o la tutela del menor o incapacitado. A falta de representación legal constituida, será competente el Ministerio Fiscal para prestar este consentimiento. Finalmente, si se optase por la aprobación judicial, ésta debe tramitarse en un expediente de jurisdicción voluntaria, sujeto, por tanto, a las disposiciones de LJV (art. 23 a 26). El testimonio de la resolución judicial se remitirá al Registro Civil competente para proceder a su inscripción. En este expediente se realizará bajo audiencia del Ministerio Fiscal y al otro progenitor legalmente reconocido.

El artículo 125 CC hace referencia a los hijos incestuosos, la reforma de 1981 permitió de manera limitada su reconocimiento. Según establece el precepto en cuestión, “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 legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz” (Cuando alcance éste la plena capacidad podrá invalidar la determinación si no la hubiera consentido).

Por último acaba diciendo el Código que el reconocimiento de un hijo ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales. (Artículo 126 CC).

Para finalizar con el reconocimiento, nos parece oportuno mencionar los llamados reconocimientos de complacencia.

La filiación por complacencia, se da cuando el reconocedor, a sabiendas de que el hijo no es biológicamente suyo, decide reconocerlo como tal. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado doctrina sobre los reconocimientos de complacencia de la paternidad en una reciente

---

<sup>10</sup> Vd. RRDGRN 10.11.93 Y 4.10.95-RJA 10016 y 8813

sentencia, n° 494/2016, de fecha 15 de julio, la Sentencia trata de dar una respuesta definitiva a las cuestiones jurídicas que plantean este tipo de reconocimiento, prestando especial atención a la impugnación de tales reconocimientos; cuestión a la que volveremos en el epígrafe dedicado a las acciones de impugnación.

Por ahora nos basta con saber que el Tribunal Supremo en la citada sentencia ha afirmado que el reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica.

Según el tribunal, "ninguno de los requisitos de validez o eficacia del reconocimiento establecidos en los artículos 121 a 126 CC busca asegurar que aquél se corresponda con la verdad biológica: obviamente no, los consentimientos complementarios previstos en los artículos 123 , 124 y 126; tampoco, la aprobación judicial que requiere el artículo 124 CC , puesto que la falta de tal correspondencia no tiene por qué significar que el reconocimiento sea contrario al interés del menor o incapaz de cuyo reconocimiento se trate ".

Otro de los medios de la determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial es la resolución recaída en expediente registral. Se trata de un medio subsidiario, ya que se utiliza en ausencia de reconocimiento formal si concurre alguna de las circunstancias previstas por la legislación registral para que pueda tramitarse el expediente registral. Esta manera de determinación de la filiación resulta especialmente útil en la práctica cuando ya no es posible el reconocimiento por haber fallecido el progenitor, y no existe oposición del Ministerio Fiscal ni de ningún otro interesado que obligue a iniciar un proceso judicial de determinación de la filiación.

El expediente en cuestión puede ser promovido por la persona que tenga interés legítimo en que se determine la filiación no matrimonial. La pretensión será estimada a través de la resolución del expediente si se da alguna de las siguientes circunstancias.

1ª Existe escrito indubitado del padre o de la madre en el que expresamente reconoce la filiación;

2ª el hijo se halla en la posesión de estado continua como hijo del padre o de la madre, justificada por actos del mismo padre o de su familia; deben darse, por tanto, los tres elementos de los que hablábamos al inicio de este trabajo para que haya posesión de estado (el *nomen* el *tractatus*, y la *fama*).

3ª respecto de la madre, se ha probado cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

La DGRN ha considerado que son personas interesadas, es decir, a las que habrá de notificarse personalmente y obligatoriamente, el inicio del expediente: los herederos de los que se dice es progenitor, otros descendientes y presuntos hermanos, por ejemplo.

## **LAS ACCIONES DE FILIACIÓN: determinación judicial de la filiación**

### Disposiciones generales sobre las acciones de filiación

Como ya hemos dicho anteriormente, la determinación de la filiación también podrá hacerse de manera judicial, y así lo establecen los artículos 115.2 CC ,120.4 CC y en particular el artículo 764.1 LEC: “Podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil”.

El Código Civil dedica un Capítulo a las acciones de filiación (Capítulo III del Título V del Libro I). En él se establecen los dos tipos de acciones posibles: acciones de reclamación, que tienen por objeto la determinación de una filiación por sentencia firme (arts. 131 a 134 CC), y acciones de impugnación, que persiguen la destrucción de una filiación ya determinada (arts. 136 a 141 CC). En estos artículos encontramos aspectos sustantivos, qué personas están legitimadas activamente para interponer las acciones previstas y el plazo en el que pueden hacerlo. Para las cuestiones generales de carácter procesal relativas a estas acciones hemos de acudir a la LEC (arts. 764 a 768)<sup>11</sup>. Estas disposiciones generales sobre los procesos de filiación son:

1ª El Ministerio Fiscal será siempre parte (procesal) en los procesos de determinación e impugnación de la filiación, aunque no haya sido promotor de los mismos, ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes (art. 749.1 LEC).

---

<sup>11</sup> Estas cuestiones se encontraban reguladas anteriormente en el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 las derogó, y en su lugar se dictaron otras normas que no difieren sustancialmente de las derogadas, recogiendo de esta manera, los principios consolidados por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.



2ª El objeto del proceso es indisponible. Por ello, carecen de efectos la renuncia, el allanamiento y la transacción. El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, excepto siempre que existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el proceso (art. 751.2.1 LEC).

3ª Reserva: los tribunales podrán decidir, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen (Art. 754 LEC).

4ª Acceso a los Registros Públicos. Según establece el artículo 755 LEC, las sentencias y demás resoluciones dictadas en estos procedimientos se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que corresponda.

5ª Las acciones de determinación o impugnación de la filiación que correspondan a menores o incapacitados, podrán ser ejercidas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente (Art. 765.1 LEC)

6ª Sucesión del actor por sus herederos. Se les faculta para continuar las acciones ya entabladas a su muerte (Art. 765.2 LEC).

7ª Inadmisión a trámite de la demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida por sentencia firme. Si la existencia de tales sentencias se acreditase una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá al archivo de éste (art. 764.2 LEC).

### La prueba en los procesos de filiación y especialidades en su tramitación y resolución.

Uno de los principios constitucionales inspiradores de la regulación de las acciones de filiación es la libre investigación de la paternidad y maternidad biológica que encontramos en el artículo 39.2 CE. Este mandato tiene por objeto la protección de la familia y los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio. Es por ello que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (art. 767.2 LEC). No obstante, el legislador, para impedir invasiones en la intimidad de las personas y familias, no admitirá la demanda sobre reclamación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde. (art.767.1 LEC).

El punto tres del artículo 767 LEC establece que “aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la

filiación, de modo análogo”. Según Díez Picazo, aquí el legislador se está refiriendo a las presunciones para obtener una declaración de filiación, partiendo de los hechos o situaciones previstos en la norma, ante la falta de prueba directa de filiación.

A la prueba biológica de paternidad o de maternidad el artículo 767.4 LEC le dedica una especial atención : “La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios”. Por tanto, al haber causas justificadas del no sometimiento a las pruebas podemos decir que existe una obligación.

El Tribunal Constitucional matizó en su STC de 17 enero de 1994 los límites de esta obligación; declaró que la práctica de tales pruebas no era degradante ni contraria a la dignidad de la persona, pero no se estaba obligado a someterse a ellas cuando ocasionara un grave riesgo o quebranto para la salud, o cuando existiesen indicios serios de la conducta que se le atribuye, o cuando fuera innecesaria por existir otros medios probatorios fácilmente utilizables que pueden conducir al mismo resultado.

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 28 de mayo de 2015 recordó de nuevo la doctrina sobre la negativa a la práctica de la prueba biológica. De manera sucinta analizamos dicha doctrina, que se resume en los siguientes puntos:

1º.- La negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una “*ficta confessio*”, es decir un reconocimiento de la paternidad discutida.

2º.- La negativa a la práctica de la prueba biológica tiene la condición de un “indicio probatorio” que, unido a otras pruebas obrantes en el procedimiento, debe ser ponderado por el Juzgador a los efectos de atribuir la paternidad/maternidad reclamada.

3º.- El Tribunal Supremo en sentencia de 27 de febrero de 2007, señaló: “El Tribunal Constitucional acepta la doctrina de esta Sala con arreglo a la cual la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una *ficta confessio* (confesión presunta) del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento. Según esta doctrina, en efecto, dicha negativa no es base para integrar una *ficta confessio*, aunque representa o puede representar un indicio «valioso» o «muy cualificado» que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas

en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta”.

4º.- Por tanto, la negativa a someterse a las pruebas biológicas no determina en el ordenamiento español una “*ficta confessio*” y por ello el artículo 767.4 de la LEC dice que se permite la atribución de la paternidad o maternidad “siempre que existan otros indicios...”.

5º.- Estos otros indicios, que han de ser acreditados por la parte que demanda la declaración de paternidad suelen ser habitualmente los siguientes: acreditar con todo tipo de pruebas (documental: correos electrónicos, cartas...) una coincidencia o relación sentimental. Y/o mediante la prueba testifical que acredite esa relación o contacto entre ambos más allá de una pura relación laboral, de amistad, etc.

Como expresa el Tribunal Supremo sobre estos indicios: “La conclusión a la que debe llegarse es la de que, ofreciendo una especial relevancia como indicio la negativa a la práctica de la prueba biológica, al menos cuando, como ocurre en el presente caso, esta negativa no ha sido acompañada de ninguna razón significativa que la justifique, los demás indicios concurrentes no es exigible que generen una virtualidad probatoria plena por sí mismos, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que solo basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado de las cosas, acreditado por la experiencia, para corroborar el indicio especialmente significativo derivado de la negativa a la práctica de la prueba pericial biológica”.

6º.- Y finalmente concluye la sentencia del TS de 28 de mayo de 2015: “La existencia de indicios de este carácter, según la orientación que se ha consolidado en nuestra jurisprudencia, priva de justificación a la negativa, y colma su eficacia indiciaria. Desde esta perspectiva, la plataforma fáctica integrada por los indicios antes reseñados, que demuestran la observación por diferentes personas que los conocen de actitudes de familiaridad, compañía y expresión de una relación de cariño durante un periodo de tiempo significativo entre los litigantes, anterior y coincidente con el de la concepción, que permiten reconocer la verosimilitud, en términos de razonabilidad, de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes, integra un conjunto de hechos desde luego insuficientes para fundar por sí mismos la determinación de la paternidad en virtud de una presunción hominis (de hombre, es decir, no legal), pero a los que es fuerza reconocer un valor coadyuvante de relevancia suficiente para colmar una presunción de paternidad apoyada solidariamente en la negativa injustificada del afectado a someterse a la prueba biológica”.

## Medidas cautelares en la fase de tramitación del procedimiento.

Según el artículo 768 LEC, mientras que dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y los bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor. El apartado 2 del artículo 768 LEC, establece que, en los pleitos sobre reclamación de la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado, y en su caso, adoptar las medidas de protección que hemos mencionado en las líneas anteriores. No obstante, las medidas que hemos referido, se adoptarán, en cualquier caso, con previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas, salvo que concurren razones de urgencia. Así mismo establece éste precepto que podrá no exigirse caución a quien las solicite.

## Legitimación pasiva en las acciones de filiación

En su artículo 766, la LEC dice que en los procesos de filiación “serán parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos. Esta regla general establecida por el artículo 766 LEC pretende abarcar todos los supuestos posibles, y es por ello por lo que puede llegar a resultar algo difícil de interpretar.

Está claro que si es el hijo quien reclama la paternidad deberá demandar al pretendido padre, y si por el contrario es el sedicente padre quien reclama la filiación deberá demandarse al hijo. Lo que no termina de estar claro es si el otro progenitor cuya filiación ya está determinada (normalmente será la madre), deberá ser demandado también (cuando no ejerza como representante legal del hijo). Bien, parece que si se trata de una filiación matrimonial la madre deberá ser demandada, y si nos encontramos ante una filiación no matrimonial, puede defenderse también que al otro progenitor, le afecte, en todo caso el establecimiento de la filiación, pues se presupone la existencia de relaciones sexuales entre progenitores<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. 2015. *MANUAL DE DERECHO CIVIL.DERECHO DE FAMILIA*.4ª edición. Madrid. Bercal

Por su parte, si es el padre quien impugna su paternidad, deberá demandar al hijo, y éste, al que consta como padre. La madre, según lo dispuesto en el artículo 766 LEC, deberá ser demandada tanto si la filiación impugnada es matrimonial o no matrimonial.

Si nos encontramos ante el caso de que sea la maternidad la impugnada, la acción tendría que dirigirse también contra el padre (si estuviera determinado) cuando el título por el que se determinó la paternidad se basaba en la maternidad impugnada.

## LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN.

Cuando la maternidad o la paternidad biológicas de una persona no se han determinado extrajudicialmente, es posible iniciar un proceso judicial para que quede determinada por sentencia firme la pretendida filiación por el actor. Tanto si la filiación es matrimonial como si no es matrimonial. Lo habitual es que la filiación matrimonial se determine inmediatamente, por medio de las ya analizadas presunciones e identificaciones. Por lo que en la práctica la que necesita determinarse judicialmente es la no matrimonial.

Si atendemos a lo establecido en los artículos 131 a 134 del Código Civil, podemos distinguir cuatro supuestos de reclamación, que resumimos del siguiente modo: 1) la filiación reclamada es manifestada por la constante posesión de estado de tal filiación, sin contradecir otra legalmente determinada 2) La filiación reclamada, que no viene acompañada de posesión de estado, es matrimonial. 3) La filiación reclamada, sin posesión de estado, es no matrimonial. 4) La filiación reclamada, con o sin posesión de estado, contradice otra legalmente determinada.

Reclamación de filiación manifestada por posesión de estado: Si la filiación reclamada, bien sea matrimonial o no matrimonial, queda manifestada por la constante posesión de estado, y no contradice otra determinada legalmente, cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare dicha filiación (art. 131 CC). Esta acción puede ser ejercitada en cualquier momento, pues no está sometida a plazo de prescripción ni de caducidad<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> STS 9.07.02-RJA 8237

Para poder entender esta acción es necesario saber qué es posesión de estado (concepto que desarrollamos en páginas anteriores<sup>14</sup>) y quién puede tener un interés legítimo en que quede determinada la filiación.

Tienen interés legítimo para reclamar la filiación los titulares de derechos cuya efectividad dependa del establecimiento de la filiación, es decir, los herederos legitimarios o abintestato del presunto hijo o del presunto progenitor, los herederos del presunto hijo si ha muerto después que el presunto progenitor, y los que ostentarían un derecho de alimentos frente al presunto hijo o frente al presunto progenitor. Sin embargo, en la práctica lo habitual es que acudan a los tribunales el hijo del progenitor cuya filiación ya está determinada y reclama la de otro progenitor, y el progenitor que pretende la declaración de su propia paternidad.

Por su parte, si nos encontramos con que la filiación manifestada por la constatación de posesión de estado contradice otra legalmente determinada, solo podrán reclamar la primera el hijo o el progenitor, impugnando a la vez la filiación contradictoria determinada (arts. 131.2 y 134 CC).

Reclamación de la filiación sin posesión de estado: En caso de que la filiación reclamada sea matrimonial y a falta de posesión de estado, están legitimados para interponer la acción de reclamación tanto el hijo como el progenitor. Ésta acción es imprescriptible.

Si el hijo falleciese antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en las que se vaya a fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos, por el tiempo que faltare para completar dichos plazos (art.132 CC)

El artículo 133 CC, por su parte, establece que: “La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos” (aplica la misma regla que en el precepto anterior). Además, el artículo 133 en su nueva redacción<sup>15</sup> permite que la presente acción pueda ser ejercitada por los

---

<sup>14</sup> Vd. Página 8 de este trabajo; concepto de posesión de estado.

<sup>15</sup> El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 273/2005 de 27 de octubre de 2005, declaró inconstitucional el artículo 133 CC antes de su reforma en 2015, por no conceder legitimación activa al progenitor para determinar su paternidad, sino solo al hijo. Ya que colisionaba con el mandato del artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad, y, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1

progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieren tenido conocimiento de los hechos en que vayan a basar su reclamación. Sin embargo, aquí la norma no permite que esta acción sea transmisible a los herederos, quienes sólo podrán continuar la acción que el progenitor hubiera iniciado en vida.

La madre, como representante legal del hijo menor de edad (art. 765.1 LEC), está claramente legitimada para reclamar la paternidad de su hijo. Pero también se ha admitido que, por sí y en su nombre, reclame la filiación paterna de sus hijos menores de edad, pues ostenta un evidente interés legítimo para ello<sup>16</sup>. No obstante, si la madre ya ha reclamado sin éxito la paternidad en su propio nombre, no puede volver a intentarlo en nombre de su hijo<sup>17</sup>. Los que resultarían ser nietos de la persona cuya filiación no está determinada no están legitimados para pedir que tal filiación se declare por sentencia judicial.

En los casos en que es el sedicente progenitor quien reclama su paternidad, y el menor ha sido representado por su madre en juicio, el TS ha anulado varias veces el procedimiento, estimando de oficio que debería haberse nombrado defensor judicial al menor por existir conflicto de intereses con su madre<sup>18</sup>

Reclamación de filiación que contradice otra legalmente determinada: El último supuesto que se nos plantea es aquél en el que la filiación reclamada contradice otra legalmente determinada.

Si el hijo o el progenitor ostentan acción para interponer la reclamación, de acuerdo con las normas explicadas en párrafos anteriores, el Código permite que se impugne la filiación contradictoria (art. 134 CC). Es decir, aunque no se tuviera legitimación para impugnar o hubiera transcurrido el plazo para hacerlo, como la impugnación es accesoria a la reclamación, aquella podrá pedirse<sup>19</sup>.

---

CE). Este artículo siguió en vigor, ya que no se declaró nulo al no merecer la tacha de anticonstitucional la legitimación concedida al hijo. Tras su reforma en 2015 por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia., el artículo 133 CC el artículo establece que la acción corresponderá al hijo durante toda su vida (art. 133.1 CC) e igualmente podrán ejercitar la acción los progenitores en el plazo de un año contado desde que se hubiera tenido conocimiento de los hechos en que haya de basar su reclamación (art. 133.2 CC).

<sup>16</sup> STS 22.3.00-RJA 4339

<sup>17</sup> STS 8.7.04-RJA 4339

<sup>18</sup> SSTS 5.6.97 y 8.7.04-RJA 4605 y 5239

<sup>19</sup> SSTS 17.6.04 y 1.7.04-RJA 3618 y 4654

Así mismo, debemos advertir, que del mismo modo que no es admisible la impugnación de una filiación determinada en virtud de sentencia firme, la reclamación de una filiación que la contradiga no será tampoco admisible.

Habitualmente se ejerce esta acción mixta para declarar una filiación no matrimonial e impugnar la matrimonial contradictoria. La legitimación pasiva quedaría, en la práctica, configurada de la siguiente manera: Accionando el hijo, por sí o por su representante legal, ha de demandar tanto al que figura como padre, cuya filiación se impugna, como al que estima padre, cuya filiación reclama. En el caso de que sea el progenitor quien ejerza la acción reclamando su paternidad, debe demandar al hijo y al que figura como progenitor (si la filiación determinada es matrimonial, deberá demandar también a la madre). El litisconsorcio pasivo necesario es apreciable de oficio (STS 05.22.11-RJA 2006,114).

## ACCIONES DE IMPUGNACIÓN

Sólo puede impugnarse la filiación determinada extrajudicialmente. Tal y como sucede en las acciones de reclamación de la filiación, los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, si la existencia de dicha sentencia firme se acreditase una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá de plano al archivo de éste (art. 764.2 LEC).

La filiación legamente determinada puede impugnarse por dos causas: porque la filiación determinada no coincide con la biológica o bien porque el título por el que se determinó es inválido. Es importante hacer esta distinción pues la prueba variará dependiendo del caso. Si se alega la falta de veracidad de la filiación determinada tendrá que probarse, por medio de pruebas directas o indirectas, que quien efectivamente aparece como padre no lo es biológicamente. Por su parte, si lo que se ataca es el título que determinó la filiación por concurrir alguna circunstancia que lo invalide, habrá que probar esa circunstancia, y no la falta de coincidencia de la filiación determinada con la biológica (por ejemplo, filiación determinada por reconocimiento con vicio en el consentimiento de quien la declaró).

En el primer tipo de acciones encajan las que contemplan los artículos 136, 137,139 y 140 CC. En el segundo, la impugnación prevista por el artículo 141 CC (impugnación por vicios en el consentimiento), al que también hace referencia el artículo 138 CC cuando la filiación matrimonial se ha determinado por medio de reconocimiento.



Por tanto, si nos encontramos ante una impugnación de una filiación determinada por no ser conforme con la verdad biológica, el Código Civil regula distintos supuestos en función de si la filiación es matrimonial o no matrimonial, que podríamos ordenar de la siguiente manera:

- La paternidad matrimonial puede destruirse por el marido de acuerdo con el artículo 136 CC.
- La paternidad matrimonial puede destruirse por el hijo de acuerdo a lo establecido por el artículo 137 CC.
- La impugnación de la maternidad está prevista por el artículo 139 CC.
- La impugnación de la filiación no matrimonial se sujeta a los requisitos y plazos fijados por el artículo 140 CC.

#### Casuística:

Impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: El marido es el primer legitimado para impugnar, por no coincidir con la verdad biológica su paternidad determinada extrajudicialmente a través de la ya estudiada presunción. Según el artículo 136 CC, el marido tiene un plazo de un año para interponer esta acción, a contar desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Si por el contrario, se ignorase el nacimiento a pesar de constar la inscripción el *dies a quo* comenzará desde que se tiene conocimiento del nacimiento. No obstante, el artículo 136.2 CC<sup>20</sup> prevé la posibilidad de que el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento del que se ha inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento. Los herederos del marido están legitimados para impugnar la paternidad si aquél falleciera antes de transcurrir el año concedido para interponer la acción (art. 136.1 y 136.3 CC).

Respecto a la legitimación pasiva hemos de decir que el marido deberá demandar tanto al hijo como a la madre (art.766 LEC). Si la madre actúa como representante legal del hijo, negándose a la práctica de pruebas biológicas, en aplicación del artículo 163 CC, se ha

---

<sup>20</sup> Artículo 136 CC redactado por el apartado cuatro del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El primer párrafo del artículo 136 CC, en su redacción anterior a la reforma de 2015, fue declarado anticonstitucional por el TC al considerar que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva: Sentencia núm. 138/2005, de 26 de mayo de 2005. Cuestión de inconstitucionalidad 929/1996, seguida de la Sentencia núm. 156/2005, de 9 de junio de 2005. Cuestión de inconstitucionalidad 4203-2003, respecto al párrafo primero del art. 136 del Código civil, en la redacción de la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

considerado procedente el nombramiento de un defensor judicial que ampare los intereses del menor por entenderlos contrarios a los de su madre<sup>21</sup>.

La demostración de la no paternidad del marido se rige por el artículo 767.2 LEC, que admite toda clase de pruebas. Aparte de las biológicas, que son pruebas directas, se puede acudir a las pruebas indirectas tales como: la esterilidad del marido o la ausencia de éste en el periodo de concepción.

Impugnación de la paternidad matrimonial por el hijo: El hijo matrimonial también está legitimado para impugnar la paternidad determinada conforme a las presunciones de los artículos 116 CC o 117 CC, habiendo o no posesión de estado en la relación paterno-filial.

En caso de que haya posesión de estado, se limita el plazo en el que el hijo puede ejercer la acción: un año desde la inscripción de la filiación, o, si en ese momento es menor de edad o tuviera la capacidad modificada judicialmente, desde que alcance la mayoría de edad o recobre capacidad suficiente a tales efectos (art. 137.1 CC); el cómputo del año no comenzará mientras el hijo desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como progenitor (art. 137.2 CC). Si el hijo falleciera antes de transcurrir estos plazos, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que le falte para completarlos (art. 137.3 CC). La madre como representante legal del hijo, también está legitimada para impugnar, en interés del hijo, la paternidad en el año siguiente a la inscripción de la filiación, al igual que el Ministerio Fiscal (art. 137.1 II CC).

Si por el contrario no hay posesión de estado de filiación matrimonial, la acción de impugnación que puede interponer el hijo es imprescriptible, estando legitimados los herederos del hijo para impugnar en cualquier momento (art. 137.4 CC).

Esta acción de impugnación debe dirigirse contra quien figura como padre matrimonial, y si es el hijo mayor de edad el que impugna la paternidad parece que también habrá de demandarse a la madre, pues el carácter matrimonial de su filiación es atacado (art. 766 LEC).

Impugnación de la maternidad: Establece el artículo 139 CC que “la mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo”. No se establece ningún plazo para ejercerla.

---

<sup>21</sup> (STS 5.6.97-RJA 4605)

Entendemos que deberán ser demandados el hijo y el marido, este último interesado en el resultado del juicio pues podría quedar desvirtuada la paternidad por apoyarse la presunción del artículo 116 CC en la maternidad de la esposa.

Impugnación de la filiación no matrimonial: Si la filiación no conforme con la verdad biológica es no matrimonial, y falta en las relaciones familiares posesión de estado, podrían impugnarla todos aquellos a quien perjudique, y en cualquier tiempo (artículo 140.I CC). La filiación puede perjudicar al hijo, al progenitor, a los herederos legítimos o abintestato, de uno u otro, o a los obligados a prestar alimentos.

Si la posesión de estado existe, la acción de la impugnación no matrimonial, que caduca a los cuatro años de desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente, corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos (art. 140.II CC). Finaliza el artículo 140 CC estableciendo que el hijo tendrá, en todo caso, un plazo de un año después de alcanzar la mayoría de edad o recobrar la plena capacidad a tales efectos para ejercer la acción de impugnación.

Analizados los distintos casos que se nos pueden presentar en la impugnación de la filiación por no ser conforme a la verdad biológica, pasamos a estudiar la impugnación de la filiación determinada por reconocimiento por adolecer vicio del consentimiento.

En este caso, lo que se ataca es el título por el que se determinó extrajudicialmente la filiación. Encontramos su regulación en el artículo 141 CC. Se trata de una impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación; todos ellos vicios del consentimiento<sup>22</sup> y que sólo pueden ser alegados por quien los sufre o por sus herederos. Los reconocimientos de los que habla el artículo 141 CC son aplicables tanto al que determina una filiación matrimonial como no matrimonial.

La acción del reconocedor caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio en el consentimiento. Si el reconocer hubiera fallecido antes de transcurrir este año, los herederos de éste podrán ejercer o continuar la ya iniciada por quien otorgó el reconocimiento.

---

<sup>22</sup> Vd. Artículo 1265 CC

La existencia del error alegado no se estima cuando el reconocedor conoce en todo momento la realidad de su no paternidad, ya que el error consiste en creer ser el padre biológico al tiempo del reconocimiento por tener una representación falsa de la realidad<sup>23</sup>.

Ésta es la razón de que la impugnación de los llamados, y ya mencionados, reconocimientos de complacencia, consciente quien los realice de su no veracidad, debe seguir, el cauce del artículo 140 CC. El TS no ha mantenido una misma doctrina en relación con esta problemática. No obstante, La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado doctrina sobre los reconocimientos de complacencia de la paternidad en una reciente sentencia, nº 494/2016, de fecha 15 de julio, estableciendo el siguiente criterio: que cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el art. 136 CC si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el art. 140.2 CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción.

---

<sup>23</sup>SSTS 23.12.87 y 27.10.93-RJA 9653 y 7664

## **FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. SITUACIÓN DE LOS HIJOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO NACIDOS A TRAVÉS DE ESTAS TÉCNICAS**

En España, la primera Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante LTRHA, respondía a la necesidad de regular la aparición de estas técnicas en la década de los 70, este hallazgo científico-tecnológico supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. Con esta intención junto con la prevención y tratamiento de enfermedades de origen hereditario y genético, nació la Ley 35/1988 de 22 de noviembre. Esta primera Ley se vio modificada por la Ley 45/2003 de 21 de noviembre, para limitar a tres el máximo de ovocitos que se podían generar en cada ciclo reproductivo.

Finalmente, tres años más tarde se aprueba la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, derogando la anterior norma.

Desde su vigencia esta norma ha sido modificada y adaptada en numerosas ocasiones sobre todo para atender a las distintas exigencias en materia de reproducción asistida que se han ido generando conforme se ha ido avanzando en este campo. Sin embargo, nos interesa detenernos en la primera reforma que afectó a la Ley de 2006 de forma relevante, en tanto en cuanto está íntimamente relacionada dicha reforma con nuestro objeto de estudio, hablamos de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, a través de la cual se da una nueva redacción al artículo 7 LTRHA 14/2006, haciendo posible la filiación comaterna.

Una de las novedades más significativas de la Ley 14/2006 con respecto a sus antecesoras es la mención expresa de que el acceso a estas técnicas de reproducción humana es independiente de la orientación sexual y el estado civil de la mujer que se somete a ellas. (art.6.1 LTRHA).

Por su parte, los artículos 7 al 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, establecen algunas reglas especiales sobre la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas. Ya que como dice el propio precepto 7.1 LTRHA “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes

civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.” Inmediatamente después el punto 2 de este mismo artículo advierte que “en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación”. Del mismo modo que sucede cuando la LRC/2011 establece que no se calificará la filiación inscrita como matrimonial o no matrimonial. Todo ello con el fin de preservar el mandato del artículo 14 CE.

En cuanto a la maternidad, ésta se determinará por el hecho del parto conforme a lo dispuesto en el artículo 120. 5 CC (y artículo 44.3 y 4 y 46 LRC/2011).

En caso de que la filiación sea matrimonial, la paternidad del marido de la mujer y madre que se somete a técnicas de reproducción asistida quedará determinada por la presunción de paternidad prevista en el artículo 116 CC o 117 CC. Tanto en el caso de que el material reproductivo utilizado provenga del marido o de un donante anónimo (en este caso nos encontraríamos ante una fecundación heteróloga, para la que siempre debe emplearse el material reproductivo de un donante anónimo tal y como dispone el art. 6.4 LTRHA). Si ocurriese el supuesto excepcional en que se pudiera revelar y se revelase la identidad del donante (art.5.5 LTRHA), siendo, entonces, conocido el verdadero progenitor biológico, de ninguna manera podría quedar determinada legalmente su paternidad, tal y como dispone el artículo 8.3 LTRHA.

Para que una mujer casada pueda ser usuaria de técnicas de reproducción asistida es necesario, además de su obvio consentimiento, el de su marido, a no ser que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente (art. 6.3 LTRHA). Por supuesto, este consentimiento, que ha de prestarse antes de la utilización de estas técnicas, de manera formal, debe ser consciente y libre. Así pues, cuando la mujer progenitora y el marido hayan prestado su consentimiento previo, formal y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, no podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación (art. 8.1 LTRHA)

Otra regla especial es la que contempla el artículo el art. 9 LTRHA, que bajo el epígrafe de “Premoriencia del marido”, regula la denominada fecundación post mortem.<sup>24</sup> Aunque la regla general contenida en la ley de reproducción asistida es que no puede determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las

---

<sup>24</sup> El precepto objeto de interpretación tiene pocas modificaciones técnicas con relación al texto precedente que ya se contenía en la Ley de 1988. Sin embargo, ya en el epígrafe enunciativo del texto, el legislador parte de “premoriencia del marido”, descripción no muy acertada, porque el propio artículo prevé la posibilidad de que la pareja no se encuentre casada.

técnicas y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, lo cierto es que se prevé una excepción para dar cabida a los casos de fecundación post mortem. De esta manera, la ley establece que tanto el marido, como el varón no unido por vínculo matrimonial (parejas de hecho), podrá manifestar su aceptación en el documento de consentimiento informado de las técnicas, en escritura pública, en testamento o en el documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Una de las aportaciones en esta materia de la actual ley de reproducción asistida de 2006, en relación a la anterior de 1988, es el establecimiento de una presunción legal de aceptación del varón cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

Si nos encontrásemos ante un caso de paternidad no matrimonial, es decir, varón que convive, sin estar casado, con una mujer que se somete a técnicas de reproducción asistida, se acepta que pueda reconocer al hijo que ésta tenga (art. 120.1 ° y 2°. CC). En el caso de que este reconocimiento no se produzca, pero el varón haya prestado su consentimiento a la fecundación de su pareja con contribución de donante, antes de la utilización de las técnicas, puede iniciarse expediente registral al que hace referencia el artículo 120.3 CC con objeto de que quede determinada su paternidad (art. 8.2 LTRHA)

Los dos siguientes casos que se nos plantean atienden a la determinación de la filiación de los hijos de parejas del mismo sexo nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

Determinación de la maternidad del cónyuge mujer: una vez legitimada la unión matrimonial entre dos mujeres, la posibilidad de una maternidad compartida, sin necesidad de acudir a la adopción, en el seno del matrimonio fue permitida por la Ley 31/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que adicionó un tercer párrafo al artículo 7 de la LTRHA.

El citado artículo originariamente establecía que, cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto al nacido. Se contemplaba por tanto un reconocimiento previo al nacimiento del hijo.

No obstante, recientemente el artículo 7.3 LTRHA ha sido modificado por la disposición final 5ª de la Ley 19/2015 para favorecer la inscripción de esta segunda maternidad. Se dispone ahora que cuando la mujer (que se somete a las técnicas de reproducción asistida) estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. Si acudimos a la LRC/2011, ésta en su artículo 44.4 se limita a establecer que “también constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho con otra mujer y esta última manifestare que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. Interpretamos, por tanto, que la inscripción de la filiación ha de hacerse al inscribir el nacimiento del hijo y no previamente al nacimiento tal y como se disponía en la anterior redacción del precepto.

Así pues, en este caso, no entra en juego la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del CC pese a lo preceptuado por el apartado segundo del artículo 44 del CC: “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Una muestra más de la falta de rigor técnico del legislador a la hora de saber encajar unos preceptos con otros.

El segundo caso al que hacíamos referencia al inicio de este epígrafe es el de las parejas compuestas por dos varones: copaternidad o doble paternidad. En España la única vía legalmente reconocida para acceder a esta posibilidad es la adopción; puesto que la segunda vía, no legamente reconocida en nuestro país, sería la conocida gestación por sustitución o maternidad subrogada.

La gestación por sustitución o maternidad subrogada puede definirse como el acuerdo de voluntades en virtud del cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquélla o a aquéllos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado.

No obstante, esta figura aparece vetada en el artículo 10 LTRHA. Concretamente el art. 10.1, 2 y 3 LTRHA establece que “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.” Inmediatamente después aclara que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”; de esta manera deja sin posibilidad alguna la determinación esa filiación a una pareja compuesta por dos varones, quedando a salvo la acción de reclamación de paternidad, conforme a las reglas generales, del que se configure como padre biológico.



Además, esta técnica o conducta aparece tipificada como delito en el art. 221 del Código Penal la conducta de quienes, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Dicha conducta se castiga con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Además, en el número 2 del mismo precepto, se castiga a la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

Sin embargo, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y el Notariado dejó, en cierta manera, sin contenido efectivo la prohibición de la gestación subrogada al contemplar la inscripción en el Registro Civil de niños frutos de esta técnica siempre que el procedimiento se haya llevado a cabo en un país en el que dicha técnica esté regulada, que uno de los padres sea español y que exista una resolución judicial que garantice, entre otros aspectos, los derechos de la mujer gestante. Con esta resolución se pretendió brindar cierta protección jurídica al menor estableciendo criterios y condiciones de acceso al Registro Civil de menores nacidos en el extranjero resultado de un contrato de gestación por sustitución. Concretamente se acuerdan los tres requisitos siguientes:

- Primero, que junto a la solicitud de inscripción de nacimiento del menor se debe incorporar una resolución judicial dictada por el tribunal competente del lugar donde se determinó la filiación del mismo.
- En segundo lugar, que salvo la existencia de un Convenio Internacional aplicable a un caso concreto, la resolución judicial debe seguir el procedimiento de exequátur contenido en los artículo 954 y siguientes de la LEC de 1881.
- Finalmente, para el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen un procedimiento análogo a uno español pero con criterios equivalentes a la legislación española, el encargado del Registro Civil tendrá que controlar si esa resolución puede ser reconocida (haciendo constar su regularidad y autenticidad), si ha garantizado los derechos procesales de las partes (en especial de la madre gestante), y que no se haya vulnerado ni el interés de la madre gestante, ni el interés superior del menor. Todo ello junto a una resolución judicial firme, con irrevocabilidad en el consentimiento.

Para terminar, se establece que no se admitirá como título apto para una inscripción una certificación registral extranjera o simple declaración.

Sin embargo, La Instrucción de 5 de octubre de 2010 ha desatado un alud de críticas. Un número importante de autores consideran que dicha Instrucción es totalmente incompatible con la legislación española., ya que la instrucción vulnera el sistema de fuentes constitucionalmente establecido al admitir por vía reglamentaria lo que por ley se excluye.<sup>25</sup>.

De hecho, La citada resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal, dictando el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia la sentencia de 15 de septiembre de 2010 por la que se revocaba la decisión de la DGRN en base al principio de jerarquía normativa, prefiriendo la aplicación del art. 23 de la Ley de Registro Civil, que establece que “Las inscripciones podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.”

La Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2011, dictada en apelación de la dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), confirmó la sentencia y rechazó la posibilidad de inscribir a los dos menores nacidos por gestación por sustitución en San Diego, alegando la prohibición de la maternidad subrogada en el Derecho español, en el que es contrario al orden público la gestación por sustitución, que atenta contra los arts. 10.1, 15 y 39.2 de la Constitución Española y los arts. 1271 y 1275 del Código Civil, cuando señala que el ser humano está fuera del comercio de los hombres.

Esta última sentencia fue confirmada por el Pleno del Tribunal Supremo de fecha 15 de enero de 2014, si bien cuatro de los nueve Magistrados que lo componen emitieron un voto particular favorable a la inscripción, alegando básicamente el interés superior del menor a quien se deniega la inscripción y, por lo tanto, y al que se convierte en un “sin papeles” por no inscribirlo en el Registro Civil: no puede aparecer en el Libro de Familia, no podrá obtener el Documento Nacional de Identidad, no estará protegido por el sistema de Seguridad Social, etc., con toda la indefensión que ello supone.

---

<sup>25</sup> A pesar de la publicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, los Encargados de los Registros Civiles consulares han seguido denegando la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución, en virtud del doble control de legalidad y realidad consagrado en el art. 23 LRC, en un ejercicio de respeto a la legalidad vigente (art. 10 LTRHA), a la doctrina del Tribunal Supremo y al sistema de fuentes constitucionalmente establecido, pues la ley prevalece sobre la Instrucción, al tener ésta rango reglamentario

En la misma línea que los votos particulares, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos dictó sentencia el 26 de junio de 2014 en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/ Francia), en la que declara que viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos el no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo, apelando al interés superior del menor.

Aunque no concierne directamente a España, sí sentó precedente para toda la Unión Europea, por lo que el Ministerio de Justicia ordenó en el mes de julio de 2014 a los Consulados españoles que efectuaran la inscripción de los niños nacidos de gestación por sustitución, a través de una Instrucción similar a la anterior, de septiembre de 2010. El registro de la filiación se hace de manera automática, transcribiendo en el Registro Civil la filiación que figure en la sentencia judicial que autoriza la maternidad subrogada, sin que conste la gestante como madre del niño a inscribir, por lo que figuran como padres los españoles que iniciaron el proceso.

## CONCLUSIONES

- I. La entrada en vigor de la Constitución de 1978 supuso una profunda reforma de los principios rectores de la filiación. El artículo 14 CE garantiza la igualdad de los hijos independientemente del origen de la filiación. Este principio se materializó en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, equiparando los efectos entre la filiación matrimonial y no matrimonial. Por su parte, el art. 39 CE establece la libre investigación de la paternidad. Cuestión clave para la determinación de la filiación.
- II. El Código Civil establece una serie de mecanismos extrajudiciales y judiciales para determinar e impugnar la filiación por naturaleza. Si bien el legislador pretende en todo momento la igualdad efectiva de la filiación independientemente de que esta sea o no matrimonial; a la hora de establecer estos mecanismos de determinación, se diferencia entre una y otra. La posesión de estado es, también, un elemento diferenciador para determinar y probar la filiación.
- III. La verdad biológica es el principio inspirador en materia de determinación de nuestro Ordenamiento Jurídico. Por tanto, la maternidad se determinará conforme al parto. Extrajudicialmente, si la filiación es matrimonial la paternidad se determinará a través de las ya estudiadas presunciones; si por el contrario nos encontramos ante una filiación no matrimonial, el reconocimiento será el mecanismo protagonista de la de determinación de la paternidad.
- IV. Los mecanismos judiciales para determinar e impugnar la filiación son las llamadas acciones de reclamación e impugnación de la filiación. Del mismo modo que sucede con los mecanismos extrajudiciales de determinación de la filiación, en las acciones de filiación el legislador diferencia los procedimientos en función del carácter matrimonial o no de la filiación y la existencia o no de posesión de estado.
- V. La aparición y popularización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida junto con la posterior irrupción del matrimonio igualitario (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio) abrieron nuevas posibilidades y maneras de determinar la filiación que nuestro Código Civil no contemplaba y que, a día de hoy, sigue sin hacerlo. El Capítulo del Código Civil destinado a la filiación quedaron intactas las referencias a “padres” y “madres”, y en algunos preceptos aún se alude a “marido” y “mujer” y no “cónyuges” y “progenitores”.

- VI. Es por ello que si interesa conocer cómo se determina la filiación de los nacidos a través de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y en concreto, de aquellos hijos de parejas del mismo sexo, hemos de acudir a la LTRHA para conocer las especificidades del asunto. La LTRHA 14/2006 establece que la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas se regirá por lo establecido en las leyes civiles salvo algunas especialidades que desarrollan en los artículos 7 al 10.
- VII. En la LTRHA 14/2006, el legislador, de nuevo, a la hora de determinar la filiación distingue entre el carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación. Siguiendo más o menos el mismo patrón que lo establecido en el Código Civil. La filiación materna se determina conforme al parto. Si la filiación fuera matrimonial (en una unión hombre-mujer) la presunción actuará automáticamente para determinar la filiación paterna. Si por el contrario fuera filiación no matrimonial el reconocimiento sería el medio de determinación de la paternidad.
- VIII. Cuando la mujer (que se somete a las técnicas de reproducción asistida) estuviera casada con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. Por tanto, en los casos de filiación matrimonial comaterna no operará la presunción que sí rige en los matrimonios de carácter heterosexual. La LTRHA acoge sólo la posibilidad de determinar la filiación de una segunda mujer cuando exista un vínculo matrimonial vigente entre las mismas.
- IX. Por su parte la filiación copaterna en nuestro país sólo será posible a través de la adopción, pues la gestación por sustitución no está reconocida legalmente. Tipificada, incluso, como delito. No obstante, se permite la inscripción en el Registro Civil de niños frutos de esta técnica siempre que el procedimiento se haya llevado a cabo en un país en el que la maternidad por sustitución esté regulada, que uno de los padres sea español y que exista una resolución judicial que garantice, entre otros aspectos, los derechos de la mujer gestante.
- X. Por tanto, podemos concluir que el legislador ha sabido adaptar la legislación en materia de filiación a la sociedad y a los nuevos modelos de familia, no obstante, debería centrar sus esfuerzos en mejorar la codificación de la normativa relativa a este campo del Derecho para evitar las numerosas contradicciones jurídico-técnicas que hemos ido apreciando a lo largo de este trabajo. En especial en nuestra norma madre: el Código Civil.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho Civil, IV. Derecho de familia*. Editorial Edisofer S.L., 2013.

ARANDA RODRÍGUEZ, R. *Practicum familia 2016*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2015

BARBER CÁRCAMO, R.2010. Reproducción asistida y determinación de la filiación. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR) nº 8, páginas 25-37*.

BAYARRI MARTÍ, M.L. 2015. Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España. *Artículos doctrinales, Noticias Jurídicas*.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Tirant Lo Blanch, 4ª Ed., 2015.

COBACHO GÓMEZ, J.A. e INIESTA DELGADO, J.J., *Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Editorial Aranzadi, 2007.

DIEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil (VOL. IV - TOMO 1): Derecho de Familia*. Editorial Tecnos, 11ª Ed., 2012.

DE LA FUENTE CASTRO, M.S. 2015. Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*.

GARCÍA VICENTE, J.R., “Los principios del Derecho de las acciones de filiación”, *Aranzadi Civil*, 2004.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Colección Jurídica General, Monografías 2012.

LASTRE ÁLVAREZ, C., DONADO VARA, A., MORETÓN SANZ, F. y YÁÑEZ VIVERO, F. *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Ed. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, Huelva, 2004.

PÉREZ MARTÍN, A., *Acciones de filiación. Determinación, reclamación e impugnación: acciones derivadas del cambio de filiación (TOMO VI)*. Editorial Lex Nova, 2010.

QUICIOS MOLINA, M.S., *Determinación e impugnación de la filiación*. Editorial Aranzadi, 2014.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” *Diario La Ley*, 2011.

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL:

STS 23.12.87-RJA 9653

STS 27.10.93-RJA 7664

STS 5.6.97-RJA 4605

STS 22.3.00-RJA 4339

STS 9.07.02-RJA 8237

STS 10/11/2003

STS 17.6.04-RJA 3618

STS 1.7.04-RJA 4654

STS 8.7.04-RJA 4339

STS 8.7.04- RJA 5239

STC 273/2005 de 27 de octubre de 2005

STC 138/2005, de 26 de mayo de 2005.

STC 156/2005, de 9 de junio de 2005

STS nº 494/2016, de 15 de julio 2016

RESOLUCIONES E INSTRUCCIONES:

RDGRN 10.11.93

RDGRN 04.10.95

Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y el Notariado

Resolución DGRN, de 28 de febrero de 2011

