



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**



ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE  
**ABOGADOS DE LA CORUÑA**  
1760 - 2010

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**ANÁLISIS DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA.  
CASUÍSTICA Y PROBLEMÁTICA**

**ANALYSIS OF THE ESTABLISHMENT OF PARENTHOOD IN SPAIN.  
CASUISTRY AND RELATED PROBLEMS**

**ANÁLISE DA DETERMINACIÓN DA FILIACIÓN EN ESPAÑA. CASUÍSTICA  
E PROBLEMÁTICA**

**Félix Paz Rivas**

**Tutor: Marcos Antonio López Suárez**

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>2</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN A LA FILIACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA</b> .....	<b>3</b>
1.1. CONCEPTO DE FILIACIÓN.....	3
1.2 LA FILIACIÓN EN ESPAÑA A LO LARGO DE LA HISTORIA.....	3
<b>2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. ESPECIAL MENCIÓN AL CONCEPTO DE POSESIÓN DE ESTADO</b> .....	<b>4</b>
2.1. CONCEPTO DE LA DETERMINACIÓN .....	4
2.2. POSESIÓN DE ESTADO .....	7
<b>3 FILIACIÓN MATRIMONIAL: CONCEPTO, DETERMINACIÓN LEGAL Y EXTRAJUDICIAL. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL MARIDO</b> .....	<b>14</b>
3.1. CONCEPTO DE FILIACIÓN MATRIMONIAL.....	14
3.2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL .....	17
3.2.1. DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL .....	17
<b>4. FILIACIÓN NO MATRIMONIAL: CONCEPTO Y DETERMINACIÓN LEGAL. ESPECIAL MENCIÓN AL RECONOCIMIENTO</b> .....	<b>20</b>
4.1. EL RECONOCIMIENTO .....	21
<b>5. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA</b> .....	<b>22</b>
5.1. MARCO GENERAL.....	22
5.2. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL DE LA MUJER CARENTE DE PAREJA Y LA EXCLUSIÓN DEL VARÓN CARENTE DE PAREJA A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	26
5.3. FECUNDACIÓN Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA “POST MORTEM” .....	27
5.4. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN .....	30
5.4.1 PROBLEMAS DERIVADOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN NUESTRO PAÍS.....	32
<b>6. CONCLUSIONES</b> .....	<b>34</b>
<b>APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO</b> .....	<b>37</b>
<b>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL</b> .....	<b>39</b>

## **ABREVIATURAS**

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

LECiv: Ley de Enjuiciamiento Civil

LRC: Ley de Registro Civil

LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

RC: Registro Civil

RDGRN: Reglamento de la Dirección General de los Registros y Notariado

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

# 1. INTRODUCCIÓN A LA FILIACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

## 1.1 CONCEPTO DE FILIACIÓN

La filiación, en un sentido jurídico, puede ser definida como la relación existente entre progenitores e hijos como consecuencia del hecho natural de la generación<sup>1</sup>, es decir, de la procreación y consiguiente nacimiento.

De esta forma, lo que nos interesa desde el punto de vista del Derecho (y concretamente, desde la perspectiva del Derecho civil) son las implicaciones que este hecho objetivo podrá tener para la vida tanto del sujeto implicado (es decir, del propio nacido) como de los progenitores; dicho de otro modo, se trata de traducir la relación biológica en jurídica, para asignarle después un contenido de derechos, obligaciones y cargas<sup>2</sup>.

La regulación sobre esta cuestión la encontramos principalmente en el Código Civil, (en adelante, “CC”), concretamente en los artículos 108 a 141, donde se recogen todos los aspectos que van desde los tipos de filiación que existen hasta la vertiente registral de la misma, pasando por los métodos de impugnación y los sujetos capacitados para ello.

## 1.2. LA FILIACIÓN EN ESPAÑA A LO LARGO DE LA HISTORIA

Como es lógico, la figura de la filiación no puede encontrarse aislada de la general evolución histórica de la sociedad española y, consiguientemente, de la de su ordenamiento jurídico.

Así, observamos que desde las primeras propuestas de codificación sobre la materia se hacía una nítida clasificación atendiendo a las circunstancias concretas de los progenitores; de forma notoria, y en consonancia con el espíritu de la época, se diferenciaba en función de si mediaba o no matrimonio entre los padres, -cuestión de relevancia hasta fecha muy reciente-, pero, además, con muchas más concreciones, como por ejemplo, y así consta en la propuesta de CC de 1821, que los hijos fuesen “espurios” (sin constar la identidad del padre), “incestuosos” (por razón del parentesco de sus progenitores) o “sacrílegos” (cuando al menos uno de estos estaba ligado por profesión religiosa u orden sacro)<sup>3</sup>.

Con el paso del tiempo, estas categorizaciones se fueron mitigando, y así, en el proyecto de 1869 ya solo observamos la distinción entre hijos legítimos, legitimados, ilegítimos naturales y no naturales<sup>4</sup>.

No obstante, el cambio fundamental, y que nos atañe hasta el día de hoy, es el que se produjo ya bien entrado el siglo XX, coincidiendo con la promulgación de la Constitución de 1978, que entre otras cuestiones permitió el alumbramiento de la fundamental reforma de la institución de la filiación mediante la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación

---

<sup>1</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., “La filiación”, *Tratado de Derecho de la Familia, Volumen V, Las relaciones paterno-filiales (I) 2.ª edición*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 45.

<sup>2</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., “La filiación”, op.cit., p. 46.

<sup>3</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., “La filiación”, op.cit., p. 57.

<sup>4</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., “La filiación”, op.cit., p. 58.

del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y que salvo pequeños matices sigue vigente.

## **2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. ESPECIAL MENCIÓN AL CONCEPTO DE POSESIÓN DE ESTADO**

### **2.1. CONCEPTO DE LA DETERMINACIÓN**

La determinación de la filiación viene recogida en el CC en los artículos 112 a 114, siendo clasificada por la ley desde el principio en dos categorías fundamentales, judicial y extrajudicial.

Con carácter general, por “determinación” se entiende la constatación, por los medios que el ordenamiento jurídico estime aptos y suficientes, del hecho biológico de la procreación; sin embargo, hay que diferenciar entre los títulos de determinación en sí, es decir, los hechos que llevarían a poder hablar de la existencia de una relación de filiación y que como puro reflejo de la realidad son de carácter declarativo, y los títulos de legitimación, que son los que permiten ejercer, frente a todos, los efectos propios de aquella, y que vienen regulados en el CC en el art. 113 con la rúbrica de “acreditación de la filiación”<sup>5</sup>.

Así, el art. 112 CC, en su apartado primero, nos dice que *“la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la Ley no dispusiere lo contrario”*.

La dimensión jurídica del vínculo de filiación surge en el momento del nacimiento del hijo. Esta determinación sirve para identificar a la persona que tiene los deberes legales de protección de este y que le va a proporcionar unos apellidos, un parentesco y un “status familiae”, además de unos derechos sucesorios<sup>6</sup>.

Con la finalidad general de favorecer a la persona cuya filiación ha sido determinada, el art. 112 CC establece la retroacción de efectos siempre que la misma sea acorde con la naturaleza de aquellos, y siempre que la Ley no estableciese lo contrario<sup>7</sup>.

Esto se observa de modo paradigmático en la sentencia 65/2008 de la Audiencia Provincial (en adelante, “AP”) de Baleares de 8 de enero<sup>8</sup>, donde se enjuicia el recurso interpuesto por un padre biológico acreditado mediante las pruebas pertinentes establecidas al efecto contra una sentencia que le obligaba a asumir la prestación de alimentos para su hija extramatrimonial de forma retroactiva; el demandado apela la sentencia de instancia argumentando que no tiene por qué responder de los costes en materia de vivienda, alimentos, vestido, educación, asistencia sanitaria, etc., ya que, sostenía, de tales gastos solo debía hacerse cargo desde la fecha en que se determinó la filiación judicialmente.

Ante ello, la AP responde estableciendo claramente que “la filiación no adoptiva es un hecho biológico cuya trascendencia jurídica inmediata acoge el artículo 108 del Código Civil, y, según establece el artículo 112 de dicho texto legal, la filiación produce sus

---

<sup>5</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., “La filiación”, op. cit., p. 104.

<sup>6</sup> NANCLARES VALLE, J., “Comentario al art. 112 del Código Civil”, *Estudios y Comentarios Legislativos, Código Civil Comentado. Volumen I*, Civitas, 2016, p. 1.

<sup>7</sup> NANCLARES VALLE, J., “Comentario al art. 112 del Código Civil”, op.cit., p. 2.

<sup>8</sup> ECLI:ES: APB: 2008:65.

efectos desde que tiene lugar, de modo que se establece el principio de que la filiación, como hecho biológico, produce efectos independientemente del hecho jurídico. En consecuencia, el citado artículo 112 del Código Civil establece como norma general los efectos retroactivos de la determinación legal de la filiación; como no podría ser de otro modo al constituir una obligación natural que surge desde el momento mismo del nacimiento y al margen de la existencia o inexistencia de un reconocimiento formal del hijo”.

Además, tampoco se verá afectada la validez de los actos negociales o de las actuaciones de todo tipo realizadas en nombre e interés del hijo por quien hubiese ejercido su representación legal hasta el momento de la determinación de la filiación, argumento que resulta también aplicable a los actos realizados por el hijo emancipado y para los cuales fuera necesario el consentimiento o complemento de capacidad de su aparente padre<sup>9</sup>.

No obstante, se ha planteado doctrinalmente la cuestión de la naturaleza declarativa o constitutiva de la determinación de la filiación, discutiéndose si los efectos de la filiación se producen desde el hecho generador, o si, por el contrario, dichos efectos se producen solo con la determinación de la filiación y a partir de ella.<sup>10</sup>.

Si nos atenemos a lo esquematizado por NANCLARES VALLE, los ámbitos que quedan englobados en esta retroacción de efectos de la determinación serán los 4 siguientes:

- Los derechos sucesorios: los hijos cuya filiación pase a ser determinada tendrán derechos sucesorios respecto a sucesiones abiertas antes de que aquella lo fuera; con todo, se ha de tener en cuenta lo establecido en la Ley 11/1981, que somete a la legislación anterior a la reforma los derechos hereditarios de los hijos extramatrimoniales en sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de dicha ley<sup>11</sup>.
- La nacionalidad: la determinación de la filiación respecto de un español otorga al hijo menor de edad la nacionalidad española de origen, pudiendo, en caso de determinarse tardíamente la filiación de quien ya es mayor de edad, optar el reconocido por la nacionalidad española, pues, como señala el artículo 17.2 CC, la filiación determinada después de los 18 años no es por sí sola causa de adquisición de la nacionalidad española<sup>12</sup>.
- La patria potestad: es normal en este ámbito establecer su irretroactividad, no pudiendo invalidarse las actuaciones realizadas por quien ostentó provisionalmente esa representación legal<sup>13</sup>.
- Derecho de alimentos: los alimentos que se habrían tenido derecho a percibir si la filiación hubiera estado determinada no se pueden exigir retroactivamente, pues la naturaleza jurídica de estos se vincula a la situación de necesidad presente y futura del alimentista<sup>14</sup>.

---

9 NANCLARES VALLE, J. “Comentario al art. 112 del Código Civil”, op. cit., p. 2.

<sup>10</sup> RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Los efectos de la determinación de la filiación: ¿Automaticidad o supervisión previa?” *Revista de Derecho de Familia* núm. 86, Aranzadi, 2020, p. 9.

<sup>11</sup> NANCLARES VALLE, J., “Comentario al art. 112 del Código Civil”, op. cit., p. 3.

<sup>12</sup> NANCLARES VALLE, J., “Comentario al art. 112 del Código Civil”, op.cit., p. 3.

<sup>13</sup> NANCLARES VALLE, J., “Comentario al art. 112 del Código Civil”, op.cit., p. 3.

<sup>14</sup> NANCLARES VALLE, J., “Comentario al art. 112 del Código Civil”, op.cit., p. 3.

Esta última cuestión, la de la prestación de alimentos, tiene una relevancia especial debido a que la hallamos conectada en la Constitución española (en adelante, “CE”), en su artículo 39, con la libre investigación de la paternidad, estando recogida en su apartado segundo, mientras que la obligación de prestar asistencia la encontramos en el tercero.

En efecto, en el apartado 2 del art. 39 CE la norma suprema regula la fase previa a la determinación de la filiación, señalando la admisibilidad de que los propios hijos puedan recurrir a la investigación de la paternidad para obtener la protección que la CE les reconoce; a continuación, el apartado 3 de la propia CE ya nos sitúa en una fase temporal posterior: una vez determinada la filiación, sus efectos son, cuando menos, la prestación de asistencia de todo tipo al hijo<sup>15</sup>.

La norma también puede leerse en clave de determinación de los presupuestos y circunstancias del deber legal de alimentos y asistencia a los hijos, ya que especifica que obligatoriamente deberá asistirse y alimentar a los hijos durante la minoría de edad, a partir de la filiación determinada conforme a las pruebas biológicas derivadas de la investigación de la paternidad. Es decir, la norma parece estar pensando no solo en los sujetos que deben prestar prioritariamente la asistencia (léase, alimentos) a los menores, sino también en el momento, condiciones y plazo de duración, a saber: desde el nacimiento del hijo (desde su determinación legal), sin ningún tipo de condiciones adicionales (léase, reclamación judicial o incluso extrajudicial), y como mínimo hasta la mayoría de edad. Aparte de esto, la norma del art. 39.3 CE remite al legislador ordinario para que, en cada momento histórico, determine si ha de prestarse o no tal asistencia tras la mayoría de edad, y en qué casos y circunstancias<sup>16</sup>.

En otro orden de ideas, como ya se ha dicho, había que diferenciar los títulos que permiten obtener la determinación en sí de la filiación, es decir, los hechos que hacen palpable que esta existe y que vienen recogidos en el art. 112 CC, de los títulos que permiten acreditarla, o sea, que tienen un valor probatorio, de prueba preconstituida, y cuya función principal es servir como medio para oponer “erga omnes” la filiación en cuestión, de manera que los efectos, obligaciones o derechos anudados a la relación de filiación derivan naturalmente de tal título sin perjuicio de que puedan ser discutidos en cada caso<sup>17</sup>.

A tenor del art. 113 CC *“la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. - Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil”*. Su apartado segundo apostilla que *“no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria”*.

Esta prueba preconstituida de la filiación es preferentemente su inscripción registral, la cual no acredita solo el hecho de la filiación, sino también su calificación; de ahí que, por ejemplo, no quepa rectificar por expediente registral el carácter matrimonial de una determinada filiación<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> RUIZ-RICO RUIZ, J. M., Los efectos de la determinación de la filiación: ¿Automaticidad o supervisión previa?, op. cit., p. 26.

<sup>16</sup> RUIZ-RICO RUIZ, J. M., “Los efectos de la determinación de la filiación: ¿Automaticidad o supervisión previa?”, op. cit., p. 26.

<sup>17</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., “La filiación”, op.cit., p. 104.

<sup>18</sup> QUICIOS MOLINA, S., “Comentario al art. 113 del CC”, *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, p. 1.

Así queda patente en la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, “TS”) 3616/2006, de 22 de junio<sup>19</sup>, en la que este órgano desestimó de plano un reconocimiento extramatrimonial en el testamento de una mujer que constaba en el Registro Civil (en adelante, “RC”) como hija matrimonial de forma pacífica, y lo hace argumentando que la disposición testamentaria se anula “por incurrir directamente en el supuesto que prevé el artículo 113, párrafo segundo, del Código Civil al disponer que no será eficaz la desestimación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria; no cabe reconocer a una persona que tiene legalmente un “status filii” incompatible con el reconocimiento que se pretende hacer; el reconocimiento solo es posible si previamente se impugna la filiación contradictoria y se deja judicialmente sin efecto. La niña, ahora mayor de edad, es hija matrimonial y así consta en el Registro Civil, sin que judicialmente se haya dejado sin efecto tal filiación: por ello, el reconocimiento es ineficaz”.

El resto de los medios subsidiarios recogidos en este artículo son, o al menos deberían ser, mucho menos relevantes a efectos de acreditar la filiación, ya que para admitirlos ha de instarse previa o simultáneamente la inscripción omitida, aportando al Registro Civil un título suficiente de determinación legal de la filiación que conducirá a su inscripción registral<sup>20</sup>.

Aun siendo conscientes de su menor importancia y mayor “endeblesz” para ser probados, debemos mencionar, por su relativa frecuencia en la realidad práctica, el concepto de la posesión de estado.

## 2.2 POSESIÓN DE ESTADO

La posesión de estado es una clásica institución de nuestro ordenamiento jurídico muy arraigada. Sin embargo, el CC en su versión actual no determina, ni siquiera de forma aproximada, en qué consiste o cuáles son sus elementos fundamentales, pese a que la jurisprudencia anterior a 1981 sobre ella es muy abundante.

Conforme a ello, la posesión de estado ha de considerarse como una situación de hecho a través de la cual se manifiesta o puede inferirse la existencia de una relación de filiación. Tradicionalmente se ha indicado que los elementos que conforman la posesión de estado son el “nomen”, “tractatus” y “fama” o “reputatio”, aunque la jurisprudencia reiteradamente ha otorgado mayor relevancia probatoria a los dos últimos, sin requerir necesariamente la existencia del “nomen”<sup>21</sup>.

Así las cosas, a falta de una definición más exhaustiva en el CC, es útil para acotar la institución la STS 1711/1988, de 10 de marzo<sup>22</sup>. En ella se ventila el caso de un demandante en casación que alega la posesión de estado como circunstancia invalidante de la reclamación de paternidad extramatrimonial de otro sujeto.

El TS desestima lo alegado recordando que “la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual en que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le esté reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la sentencia firme que así lo proclame, como ya tuvo ocasión de declarar la sentencia de esta

---

<sup>19</sup> ECLI:ES:TS: 2006:3616.

<sup>20</sup> QUICIOS MOLINA, S., Comentario al art. 113 del CC, op. cit., p. 1.

<sup>21</sup> LASARTE, C. y SÁINZ-CANTERO, B., “La determinación de la filiación”, *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil V, vigésima edición*, Marcial Pons, 2022, p. 274.

<sup>22</sup> ECLI:ES:TS: 1988:1711.



Sala de 19 de noviembre de 1985; es decir, consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo”.

Como veníamos señalando, los elementos clásicos integradores de la posesión de estado son el “nomen” (uso habitual y constante de los apellidos del supuesto progenitor, no exigible en la filiación no matrimonial), el “tractatus” (comportamiento continuado y afectivo del padre hacia el hijo, traducido en alimentación, educación y asistencia económica y moral, y no en esporádicas atenciones), y la “fama” o “reputatio” (proyección de la aparente relación paterno-filial sobre el entorno y círculo social y familiar)<sup>23</sup>.

El grado de exigencia de cada uno de los elementos fácticos reseñados depende fundamentalmente de la clase de filiación, de manera que, tratándose de la no matrimonial, no puede estructurarse en intensidad con los mismos presupuestos fácticos que en su caso provendrían respecto de la matrimonial<sup>24</sup>.

La naturaleza de esos actos y sus características quedan bien sistematizados en la SAP de Cádiz 1838/2002, de 26 de junio<sup>25</sup>. En ella, ante la desestimación de un recurso de apelación debido a la denegación de una reclamación basada en la susodicha posesión de estado del art. 131 CC, el órgano judicial dice que esta institución probatoria no es absoluta y que los hechos de los que se infiere han de ser “una pluralidad de actos, no aislados sino entrelazados, continuos, reiterados y persistentes, aunque sea admisible alguna interrupción; exteriorizados y ostensibles; iniciados por el presunto progenitor incluso antes del nacimiento; con realidad existencial en fecha cercana a la invocación de los mismos en la demanda, todo ello en un marco de relativismo y circunstancialidad, y como conjunto de indicios y circunstancias, estas pueden ser más o menos numerosas, más o menos intensas, más o menos convincentes en definitiva, pero lo que importa y trasciende es la conclusión que resulta del conjunto. Los indicios tomados individualmente pueden ser insuficientes, o incluso en ocasiones equívocos, pero la conclusión que se deduce del acervo ha de ser plenamente armónica, razonable e inequívoca”.

Concretamente, la desestimación se debía a que “existe una abundante prueba testifical, practicada a instancias de ambas partes litigantes, que no aporta más que contradicciones, sin que, por lo tanto, pueda dilucidarse el tema atendiendo a la misma. Por lo que se refiere a la documental privada consistente en la aportación al proceso de una serie de cartas escritas por la demandada al hijo de la actora y apelante, durante la estancia en prisión de este, tampoco prueban nada, en cuanto que no son reconocidas por la demandada ni averdadas por cualquier otro medio de los pertinentes en derecho. E igualmente las fotografías aportadas y unidas como documentales a la causa tampoco acreditan las circunstancias necesarias para deferir el estado posesorio necesario, en cuanto que lo único que podría darse por probado es que la actora sostenía en brazos a la menor el día en que la misma fue bautizada, lo que no acredita que el padre de esta se relacionara con ella de manera constante y continuada. No desconoce esta Sala que el hecho, acreditado y reconocido por todas las partes litigantes, de que el hijo de la apelante permaneciera en la prisión antes y después del nacimiento de la menor, cuya paternidad

---

<sup>23</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., “Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Aranzadi, 1996, p. 21.

<sup>24</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., “Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales, op. cit., p. 21.

<sup>25</sup> ECLI:ES: APCA: 2002:1838.

se reclama, reviste el tema de una evidente especialidad en cuanto que existen una serie de circunstancias especiales que harían más difícil la relación con la menor, más el hecho de estar en prisión tampoco hace imposible que el presunto padre pudiera haber realizado todos los hechos que se encontrasen a su alcance para poder reclamar dicha paternidad o, de otra manera, haber solucionado el problema, lo que, evidentemente, no se ha hecho”.

Hemos mencionado el artículo 131 CC, que nos señala claramente que *“cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”*.

Se debe tener en cuenta que la posesión de estado no es un título de determinación de la filiación, sino que sirve como título de legitimación o acreditación de esta, en ausencia de inscripción. Pero, además, la reforma de 1981 le otorgó especial relevancia, en cuanto amplía la legitimación activa de las acciones de filiación coincidentes con ella y la restringe a las que la contrarían. Su constatación en el seno del proceso, por ende, no comportará la declaración automática de la filiación pretendida, sino que primeramente afirmará la legitimación activa amplia que rige la acción. Por otra parte, y en ausencia de pruebas directas de la generación, la posesión de estado mostrará otra de sus facetas, al servir, normalmente en concurrencia con otros, de medio de prueba indirecta del hecho de la generación (así, art. 767.3 Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LECiv), objeto de declaración en la sentencia<sup>26</sup>.

Dicho de otro modo, la posesión de estado no es el fundamento de la pretensión articulada en esta acción, sino el presupuesto para la legitimación. El momento procesal oportuno para decidir sobre su existencia o no, por consiguiente, no es el inicio del proceso, sino la sentencia sobre el fondo, una vez presentadas las alegaciones y pruebas de las partes. Si en ese momento se demuestra la inexistencia de posesión de estado, la acción habrá de desestimarse por falta de legitimación activa, salvo que el demandante estuviera también legitimado en ausencia de posesión de estado, lo cual limita la acción al hijo y su representante legal, y en la interpretación que el Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”) ha declarado, la extiende también a los progenitores, tanto matrimoniales como no matrimoniales. Esto es, en ausencia de posesión de estado, si quien ha ejercitado la acción es un tercero a la relación de filiación que alega interés legítimo, la sentencia habrá de ser desestimatoria por falta de legitimación, aún habiéndose demostrado en el proceso el hecho real de la generación<sup>27</sup>.

La existencia o no de posesión de estado es una cuestión de hecho reservada al juzgador de instancia, aunque la interpretación del alcance de los hechos puede ser valorada en casación por su alcance netamente jurídico. El precepto exige que sea “constante”, enlazando así con la jurisprudencia anterior a la reforma de 1981, que venía requiriendo que fuera cierta, manifiesta y continua o ininterrumpida. Aunque parte de la doctrina había considerado que el término “constante” del art. 131 venía a endurecer las características de la posesión de estado, impidiendo su apreciación cuando en el momento de interponerse la demanda se hubiera interrumpido, la práctica de los tribunales viene siendo flexible en su aplicación, y no exige que la posesión de estado exista al momento de ser invocada, bastando con su constancia en un pasado reciente. Ahora bien, ha de

---

<sup>26</sup> BARBER CÁRCAMO, R. “Comentario al art. 131 del Código Civil”, *Estudios y Comentarios Legislativos. Código Civil Comentado. Volumen I*, Civitas, 2016, p.5.

<sup>27</sup> BARBER CÁRCAMO, R., “Comentario al art. 131 del Código Civil”, op. cit., p. 5.

advertirse que esta interpretación flexible se produce en acciones ejercitadas por el hijo o por el progenitor<sup>28</sup>.

En su sentencia 9381/1988, de 30 de junio<sup>29</sup>, el TS desestima la reclamación de filiación extramatrimonial de un sujeto volviendo a dar una definición útil de la institución de la posesión de estado diciendo que “la posesión de estado de filiación, tal como esta Sala ha declarado con reiteración, no es más que una situación residual en que puede hallarse un hijo cuya paternidad matrimonial no le está reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o del círculo familiar permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la Sentencia firme que así lo proclame. La posesión de estado consiste, por tanto, en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero conocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo, siendo catalogada tradicionalmente tal circunstancia como cuestión de hecho a los efectos casacionales”.

Dentro de los actos que se suelen tener en cuenta para apreciar el carácter público de la filiación están, como es lógico por su trascendencia, el del uso de los apellidos paternos. En la sentencia del Tribunal Supremo 2248/1991, de 25 de abril<sup>30</sup>, se confirma la existencia de posesión de estado a favor de un padre que pretendía negarla, y ello se hace basándose en el uso pacífico que su hija venía haciendo del apellido del sujeto demandante: “la utilización pública, por la menor, del apellido Alonso, correspondiente al recurrente, no le era desconocido a este, y buena prueba de ello viene a ser que autorizó con su firma los boletines de notas del colegio (...); deduciéndose, consecuentemente, una conducta de aquiescencia y aquietamiento del hoy recurrente, que nunca impugnó, en forma procedente, dicha situación registral y estado civil, conforme autoriza el art. 140 del Código Civil, limitándose a desconocerla”.

En cambio, el mismo TS niega la existencia de la posesión de estado por la simple sucesión de hechos mucho más tenues y casuales. Se observa ello claramente en la STS 8013/1997, de 29 de diciembre<sup>31</sup>, en la que se combate que estemos ante esa institución diciendo que “aunque sean hechos las relaciones paterno-filiales, el trato que haya tenido el padre y las circunstancias del “status” en que dichas relaciones se hayan desenvuelto, implica, en cambio, una cualidad jurídica sobre la condición o cualidad de hijo, por lo que la interpretación del alcance de dichos hechos, que hay que estimar como incontrovertidos, tiene un alcance netamente jurídico y que debe ser valorado, para su aceptación o no, por esta Sala. Y en este sentido hay que declarar paladinamente que el dato, núcleo de una prueba indirecta necesaria, derivado de la existencia de: a) una correspondencia por cartas en la que por cierto no se habla de embarazo alguno, b) de una reunión fracasada para la celebración de una boda, y c) de los comentarios en el pueblo sobre la paternidad de la parte recurrida- hechos ciertos y que no se cuestionan ni se pueden cuestionar en la presente resolución-, no son constitutivos de una situación paterno-filial de posesión de estado. Y ello porque de dichos hechos no se deriva claramente la existencia de una relación paterno-filial, y porque, desde luego, no ha existido el más mínimo rasgo de afecto e interés paternal en la parte recurrida desde el

---

<sup>28</sup> BARBER CÁRCAMO, R., “Comentario al art. 131 del Código Civil”, op. cit., p. 6.

<sup>29</sup> ECLI:ES:TS: 1988:9381.

<sup>30</sup> ECLI:ES:TS: 1991:2248.

<sup>31</sup> ECLI:ES:TS: 1997:8013.

instante mismo en que acaeció o se supo de la concepción del hijo cuya paternidad reclama”.

Sobre la importancia de la publicidad de los actos de los que se puede inferir una posesión de estado se pronuncia la STS 4497/2004, de 25 de junio<sup>32</sup>. En ella se rechaza la alegación de un padre demandado por una filiación no matrimonial, el cual basaba su defensa en que los actos esgrimidos como muestra de posesión de estado se habían llevado a cabo en un ámbito privado, a lo que el Alto Tribunal recuerda que “la posesión de estado no requiere que los actos que la expresen sean practicados absolutamente con plena publicidad, ya que lo que importa es que se den acreditados, como aquí ocurre, actos directos del padre -por extensión también caben los de su familia- demostrativos de una verdadera relación de padre a hija y de un reconocimiento voluntario, libre y espontáneo”.

A tenor de su relevancia, debemos pararnos a considerar la diferencia lógica que subyace en una reclamación de posesión de estado dependiendo de si la filiación es o no matrimonial. En la STS 11085/1991, de 8 de julio<sup>33</sup>, un padre que demandaba el reconocimiento de una filiación no matrimonial argumentaba que, por las propias características de esta (es decir, por la no convivencia con el hijo del que se reclama la paternidad), no puede establecerse el mismo grado de exigencia de los tres requisitos fundamentales de “nomen”, “tractatus” y “fama” que cuando sí media una convivencia matrimonial. A estas alegaciones, el tribunal argumentaba: “Con independencia de que se participe en que, efectivamente, la posesión de estado en tema filiación no matrimonial no puede estructurarse en intensidad con los mismos presupuestos fácticos que, en su caso, provendrían cuando se trate de una filiación matrimonial, no ha de derivarse de tal posesión de estado -“tractatus”, “fama”- aun cuando se reconozca que por la propia naturaleza de las cosas, normalmente entre el padre reclamante y el hijo destinatario de la pretensión de paternidad no suele darse con la misma normalidad que late en el seno del círculo de convivencia socio-familiar, no obstante (e, incluso, se destaque que en cuanto al “nomen”, por lo general, tampoco es predicable) en cualquier caso -se repite-, por mucho que sea la flexibilidad moduladora de los criterios apreciativos de tal posesión de estado, jamás ha de entenderse que dicha posesión de estado queda integrada o constituida cuando, como en el caso de autos, se pretende incorporar la misma en base a unas fotografías o de unos documentos privados, respecto a relaciones más o menos particulares existentes entre el actor y la esposa demandada.

Por último, y con independencia del posterior tratamiento en este trabajo de los métodos de reproducción asistida, es muy reseñable dentro de este análisis de la posesión de estado un caso concreto muy mediático sucedido en nuestro país y que propició un fundamental pronunciamiento del TS en materia de determinación de la filiación.

Los hechos se sucedieron del siguiente modo: un conocido cantante y su por aquel entonces pareja de hecho habían realizado en California dos procesos distintos de maternidad subrogada, de los que habían nacido, en cada uno, dos niños, los cuales fueron inscritos con los apellidos de cada uno de los respectivos miembros de la pareja, es decir, de cada uno de los aportadores de material genético.

Tras la posterior ruptura de la pareja, ambos establecieron para los cuatro hijos un régimen de convivencia en común en Panamá con igualdad patrimonial para todos ellos, fruto, como establecieron en el acuerdo al efecto, de “el proyecto ideado en común”. Más tarde,

---

<sup>32</sup> ECLI:ES:TS: 2004:4497.

<sup>33</sup> ECLI:ES: TS: 1991: 1108.5.

esta convivencia cesó, y cada uno de los padres biológicos asumió la atención de sus hijos biológicos.

Será en este momento cuando surja el litigio del que saldrá la doctrina jurisprudencial de la que hablábamos, ya que el demandante, expareja del artista, ejercita una doble acción de filiación pidiendo que se le reconozca como padre no matrimonial de los hijos biológicos de su expareja y además que se determine que este es padre no matrimonial de los hijos biológicos del demandante.

A esta acción, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Pozuelo de Alarcón dictó sentencia en la que desestimó las pretensiones principales de filiación y estimó la subsidiaria de un régimen de relaciones de los hijos del demandante y demandado entre sí y para con el demandante y el demandado. De las pruebas practicadas concluye la sentencia del juzgado que no cabe dudar del propósito inicial compartido de los dos litigantes de fundar una única familia con la intención absoluta de que los hijos crecieran juntos como hermanos y que concurra la posesión de estado, lo que legitima para el ejercicio de las acciones de filiación, pero no implica la determinación de la filiación<sup>34</sup>.

El demandante recurre en apelación, ya que entiende que la posesión de estado no solo es un título de legitimación, sino que también constituye título suficiente para la determinación de la filiación desvinculada de la filiación biológica en estos supuestos de utilización de técnicas de reproducción asistida, y sostiene además que se ha vulnerado el interés superior del menor<sup>35</sup>.

La AP de Madrid desestima el recurso y confirma íntegramente la sentencia de instancia, ya que entiende que la situación fáctica no permite determinar las filiaciones reclamadas con apoyo en la posesión de estado y en el principio del interés de los menores. Es entonces cuando el demandante interpone recurso de casación, sosteniendo que la posesión de estado y el interés de los hijos deben conducir a que se declaren las paternidades reclamadas, el cual es desestimado.

En este caso lo que se pretende por el demandante es la determinación de la filiación de cada uno de los menores respecto de quien ni es su padre biológico ni tampoco encargó su gestación, utilizando para esta solicitud de determinación de la filiación no el Derecho extranjero, sino la ley española; concretamente, el art. 131 CC. De acuerdo con esta norma *“Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”*. Es decir, quien puede acreditar posesión de estado tiene legitimación para el ejercicio de la acción de filiación. Sin embargo, nada en esta norma permite sostener que toda persona que esté legitimada para esta acción vaya a ver efectivamente reconocida su maternidad o paternidad. En otras palabras, la posesión de estado es una regla de legitimación, pero no es el único criterio a tener en cuenta por los jueces que deban resolver sobre la acción de filiación, ya que estos habrán de atender a otros factores como la propia existencia de un proyecto de familia en común, el

---

<sup>34</sup> MINERO ALEJANDRE, G. “Posesión de estado, interés superior del menor, vínculo afectivo de los niños entre sí y determinación legal de la filiación en casos de maternidad subrogada. Comentario a la STS (Sala 1.ª) núm. 754/2023, 16 mayo 2023”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 123/2023, Civitas, 2023, p. 2.

<sup>35</sup> MINERO ALEJANDRE, G. “Posesión de estado, interés superior del menor, ...”, op.cit., p. 3.

<sup>36</sup> MINERO ALEJANDRE, G. “Posesión de estado, interés superior del menor, ...”, op. cit., p. 5.

<sup>37</sup> MINERO ALEJANDRE, G. “Posesión de estado, interés superior del menor, ...”, op. cit., p. 11.

consentimiento de la pareja para la aplicación de técnicas de reproducción asistida y, en todo caso, el principio del interés superior del menor<sup>36</sup>.

Entrando ya en el contenido referido a la posesión de estado, el recurrente basa la existencia de esta no en la convivencia con los hijos biológicos de su expareja y viceversa, sino en la propia convivencia como hermanos de los hijos de los litigantes<sup>37</sup>.

El TS no acoge esta solicitud, y citando la SSTS 740/2013, de 5 de diciembre, compara el caso actual con el estudiado en ella, en la que una pareja de dos mujeres había obtenido la determinación de filiación de sus hijos nacidos también por técnicas de reproducción asistida, con el matiz de que en este caso se trataba de una fecundación in vitro de una de ellas con el consentimiento de ambas, lo cual considera el Alto Tribunal como indicio de la existencia de posesión de estado, además del empleo de los apellidos de ambas mujeres, cosa que no sucede en el caso del cantante y su expareja.

Para el TS, en el caso actual, ni una anterior convivencia de los dos miembros de la pareja y los niños, ni una invocación genérica del principio del interés del menor sin argumentos justifican, en atención a las circunstancias, el establecimiento de unas paternidades que no tienen cobertura legal, y es que no existe norma española que reconozca como título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación el vínculo socio-afectivo de los niños entre sí y con quien fuera pareja de su respectivo padre biológico. Recuerda asimismo el TS que la determinación de dichas paternidades conlleva un conjunto de derechos y obligaciones que han de tenerse en cuenta.

Además, señala el TS que no puede pasarse por alto que, en la anterior sentencia comentada, quien invocaba la posesión de estado pretendía que, con apoyo en ella, se le reconociera como madre. Sin embargo, en el presente supuesto, quien acude a la posesión de estado pide, no solo que se declare su paternidad respecto de los hijos biológicos de su pareja, sino también la paternidad de este último (en contra de su voluntad, todo sea dicho) respecto de los hijos biológicos del demandante y recurrente<sup>38</sup>.

En este caso, ni los litigantes consintieron conjuntamente los sendos contratos de gestación, ni tampoco buscaron posteriormente adoptar a los hijos biológicos de quien entonces era su pareja. El Alto Tribunal hace primar, por tanto, el que parecía ser el deseo de cada uno de los miembros de la expareja, no sin antes analizar la existencia de una identidad jurídica propia de los menores, un clima de estabilidad adecuado y un potencial enfrentamiento continuado de los litigantes en caso de reconocerse la doble filiación y, con ello, la titularidad de la patria potestad conjunta de los cuatro niños.

Finaliza el Alto Tribunal diciendo que, con arreglo a su anterior jurisprudencia, la posesión de estado “per se” no es título para la determinación de la filiación, sino que se ha valorado la posesión de estado junto con el interés de los menores en preservar esa relación existente y la existencia de un proyecto reproductivo en común, como sucede cuando media consentimiento de la pareja de quien será progenitor biológico, además de que no puede apreciarse posesión de estado basada en un contrato celebrado por quienes fueron pareja en el que las partes contratantes pactaron que el régimen ideado solamente sería aplicable mientras los menores convivieran, y habiendo dicha convivencia cesado años antes.

---

<sup>38</sup> MINERO ALEJANDRE, G., “Posesión de estado, interés superior del menor,” op. cit., p. 18.

En definitiva, esta sentencia refuerza el mensaje de que no todos los supuestos en que existe vida familiar entre el o los progenitores y el menor nacido de un contrato de gestación subrogada son susceptibles de dar lugar a una relación legal de filiación, y es que habrá de valorarse el contenido del acuerdo comercial (en particular, la identidad de las partes contratantes), la aportación o no de material biológico, las características de la posesión de estado (el tiempo que duró la convivencia con el menor, si perdura o no en la fecha de interposición y, en su caso, el tiempo transcurrido desde la ruptura de la convivencia) y el cumplimiento de los requisitos para aplicar la figura de la adopción, así como el propio interés superior del menor (que, como decimos, habrá de valorarse “ad casum”, en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto de hecho) no debe poder ser siempre y en todo caso razón suficiente para la determinación de la filiación<sup>39</sup>.

### **3. FILIACIÓN MATRIMONIAL: CONCEPTO, DETERMINACIÓN LEGAL Y EXTRAJUDICIAL. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL MARIDO**

#### **3.1. CONCEPTO DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL**

De entrada, hoy en día parece totalmente injustificable una distinción legal de la filiación en atención a si media o no matrimonio entre los progenitores.

Como ya expusimos antes, la evolución histórica de la sociedad fue desterrando las anteriores categorías en que se dividía a los hijos en función del origen o condiciones de sus padres, pareciendo así a priori anacrónico que el CC, en los artículos 115 y siguientes, recoja este dato como relevante.

Lo es, sobre todo, teniendo en cuenta la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de la actual norma que regula la materia de la filiación, es decir, la ya conocida Ley 11/1981<sup>40</sup>. Así, en esta parte introductoria de la ley se nos dice que: “Finalmente, en tema de filiación, ha sido también clave de la reforma otra idea de igualdad: la de equiparar en derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, nacidos dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudiera o no casarse el uno con el otro. Para el futuro, y en la medida de lo posible, se trata de igualar no solo en atributos, sino también en obligaciones, ambos progenitores, entre los cuales el varón no debe tener ninguna ventaja a la hora de eximirse de sus responsabilidades frente a los hijos por él engendrados”.

Así, en esta ley se dejaba claro lo siguiente: “Dos son, en esencia, los problemas que ha de resolver el Derecho, en relación con el hecho de la filiación. Uno, el de su determinación legal, que debe ajustarse a reglas estrictas por tratarse de un hecho que, como todos los que afectan al estado civil, tiene efectos generales. Otro, el de sus efectos en orden al propio hijo y a la familia del progenitor. Pues bien: se ha entendido en la actual reforma que la circunstancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio es, como regla, irrelevante en relación con el segundo problema -el de sus efectos-, pero es importante para regular la primera cuestión -la determinación legal de aquella-. Por eso, el nuevo texto ya no habla de hijos legítimos ni de ilegítimos, naturales o no naturales, sino que refleja solo el hecho de su concepción dentro o fuera del matrimonio, reconociendo a todos su condición de hijos por naturaleza, como

---

<sup>39</sup> MINERO ALEJANDRE, G. “Posesión de estado, interés superior del menor, ...”, op. cit., p. 19.

<sup>40</sup> BOCG, Serie A, núm. 71-1, 14 de septiembre de 1979.

contrapuestos a los de adopción, y respetando, en cuanto a los efectos de su filiación, el principio de igualdad ante la ley, con vigencia dentro y fuera de la familia”.

La STC 273/2005, de 27 de octubre, sintetiza este razonamiento sobre la importancia del carácter matrimonial o no de la filiación<sup>41</sup>. Este pronunciamiento respondía a un recurso de amparo de la Audiencia Provincial de Ciudad Real por la supuesta inconstitucionalidad del art. 133 CC, al afirmar que este precepto, donde se dice que “la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida”, vulneraba el derecho a la igualdad del art. 14 CE; según la citada Audiencia Provincial, esto era así porque, “no existiendo posesión de estado, solo el hijo, y no el progenitor, es el legitimado para entablar la acción de filiación”.

Ante estas alegaciones, el TC responde que el artículo 133 “no contempla un régimen sustantivo que establezca un trato diferente para la filiación no matrimonial respecto de la matrimonial, que es lo que, en definitiva, proscribe la Constitución al disponer en su art. 39 que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación y que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, previsiones que (...) obedecen, precisamente, y entre otros motivos, al hecho de que su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de circunstancias ajenas a los mismos”. Continúa diciendo que el sistema que establece el CC para la determinación, prueba, reclamación e impugnación de la filiación se traduce en un distinto régimen según la filiación sea matrimonial o extramatrimonial, ya que “aunque esta diferencia no puede tener consecuencias sobre sus efectos, por determinación constitucional, sí cabe otorgarle relevancia en relación con la forma de determinar la filiación, que es un aspecto previo, y que puede regirse por criterios distintos”. En este sentido, el TC trae a colación la exposición de motivos de la Ley 11/1981, en la que expresamente se declara “para determinar la filiación no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación. Continúa, pues, teniendo el matrimonio importancia primordial en el terreno de la creación del vínculo, con lo que persiste su significado de fundamento de la familia, institución a la que los poderes públicos deben protección jurídica”. Finaliza el TC señalando que “en razón del juego de presunciones establecidas por el legislador, es el nacimiento del hijo después de la celebración del matrimonio (...) lo que determina la paternidad matrimonial (...). En cambio, en el supuesto de la filiación no matrimonial, al no existir un juego de presunciones que otorgue, en principio, certeza a la filiación, ha de acudir a otros instrumentos, que implican una actuación de los sujetos interesados ante los poderes públicos para que la filiación quede determinada” y concluye que “la acción de reclamación de la filiación matrimonial descansa sobre presupuestos diferentes que la acción referida a la filiación no matrimonial, regulada en el art. 133 CC, de manera que queda justificado el distinto trato que el legislador otorga en un supuesto y en otro, sin que, en razón de las consideraciones expuestas, esta diferencia normativa pueda ser tachada de arbitraria, discriminatoria o carente de fundamento”.

El tenor literal del primer precepto en que se menciona la filiación matrimonial, el art.108 CC dispone lo siguiente:

---

<sup>41</sup> ECLI:ES:TC: 2005:273.



*“La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando los progenitores están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.*

Una vez examinada la cuestión de la mención al carácter matrimonial o no matrimonial de los hijos, conviene no soslayar la referencia que en el precepto transcrito se hace al hecho de que estos puedan ser adoptivos, ya que no se puede negar la realidad creciente de esta institución en los países desarrollados, como es el caso del nuestro.

A diferencia de la filiación matrimonial y no matrimonial, cuya equiparación de efectos resulta una exigencia constitucional fundada en los arts. 14 y 39.2 CE, la igualdad entre filiación por naturaleza y adoptiva no sigue el mismo razonamiento<sup>42</sup>. El TC ha declarado que el legislador ordinario cuenta con un amplio margen de libertad, más allá de las tantas veces mencionadas exigencias constitucionales de los artículos 14 y 39.2 CE, para configurar la institución de la filiación.

Aun así, del contenido del artículo 108 se ha derivado una plena equiparación entre los dos tipos de filiación a todos los efectos prácticos, quedando esto patente en la jurisprudencia y, de forma notable, en la STS 5646/2006, de 29 de septiembre<sup>43</sup>.

En esta resolución, ante un recurso de amparo que reclamaba ciertos derechos sucesorios basando la pretensión en su supuesto privilegio por el hecho de provenir estos de una filiación natural, el Alto Tribunal dejaba patente que “a partir de la interpretación conforme a la Constitución de la disposición transitoria de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la STC 155/1987 concluye que a partir de la Constitución se consagró en el ámbito de la filiación el principio de igualdad o no discriminación por razón de la clase de nacimiento (filiación, ya sea matrimonial, extramatrimonial o adoptiva) proclamado en los artículos 14 y 39 de la Constitución”.

En un fundamento posterior, continúa arguyendo el TS que “a partir de la modificación legislativa del régimen de filiación, entre otras consecuencias, la jurisprudencia ha sido constante en la equiparación de las referencias genéricas a los hijos o descendientes legítimos efectuados en actos o contratos de disposición gratuita inter vivos o mortis causa o con efectos sucesorios como comprensivos de los hijos adoptivos, con la importante distinción de fundarse en la necesidad de evitar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, cuando la referencia se contiene en un texto legal, o en el hallazgo de la intención presunta del testador o donante, cuando se trata de una disposición testamentaria o de liberalidad”.

Por último, concluye señalando que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el valor de cuya jurisprudencia no solo deriva de la ratificación por España del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino también de la referencia en el art. 10 de la CE a este tipo de instrumentos internacionales para orientar la interpretación de los derechos fundamentales, considera como exigencia del principio de no discriminación la inclusión en el concepto de hijo de los adoptivos, argumentando que “un niño que ha sido objeto de una adopción se encuentra en la misma situación jurídica que si fuese hijo biológico

---

<sup>42</sup> BARBER CÁRCAMO, R. “Comentario al art. 108 del Código Civil”. *Estudios y Comentarios Legislativos. Código Civil Comentado. Volumen I*. Civitas, enero de 2016, p. 6.

<sup>43</sup> ECLI:ES:TS:2006:5646.

de sus padres, y ello a todos los efectos: relaciones y consecuencias vinculadas con su vida familiar y derechos patrimonial derivados de ello”. Para ello declara que la cláusula testamentaria debe ser interpretada y aplicada muchos años después de la muerte del testador tras “profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico”, de tal suerte que “el juez no puede ignorar estas nuevas realidades” y debe “conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el Convenio”.

Una vez examinado el crucial artículo 108, cuya singularidad más notable podría ser la ya tratada cuestión de ser hijo adoptivo, debemos centrarnos en la determinación de este tipo de filiación.

### 3.2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

Como decíamos anteriormente, el primero de los artículos que trata la determinación de la filiación, y donde se recoge su distinción según la forma en que se haga, es el art.115 CC, que dispone: “*La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1.º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres; 2.º Por sentencia firme*”.

No obstante, esta constatación suele producirse extrajudicialmente, y las vías judiciales son utilizadas menos frecuentemente para impugnar la paternidad del marido de la madre<sup>44</sup>. Además, dentro de la filiación matrimonial, con carácter principal, la afirmación de la paternidad del marido de la madre se obtiene a través de la presunción del art. 116 CC, es decir, el precepto referido a la posible existencia de paternidad del marido; en la práctica, es la regla contenida en este artículo la que determina frecuentemente la determinación de la filiación<sup>45</sup>.

En cuanto al momento de la determinación, se debe señalar que esta filiación matrimonial queda determinada antes de la inscripción del matrimonio de los progenitores, e incluso antes de la inscripción de nacimiento, cuando de alguna de las formas expuestas en el articulado del CC se determinan la maternidad y la paternidad de dos personas casadas entre sí; de esta forma, la inscripción de nacimiento sencillamente acreditaría esta determinación<sup>46</sup>.

Por tanto, una vez que queda patente el carácter preferencial de la extrajudicialidad, vamos a detenernos en ella más pormenorizadamente.

#### 3.2.2 Determinación extrajudicial de la filiación matrimonial

Como ya hemos dicho, el criterio más usual y lógico para determinar que una persona efectivamente es hija del marido de una mujer concreta es el que se nos presenta en el art. 116 del CC, donde se recoge que “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*”.

---

<sup>44</sup> VAQUERO PINTO, M.J., “La filiación matrimonial”, *Tratado de Derecho de la Familia, Volumen V, Las relaciones paternos-filiales (I)*, 2ª edición, p. 169.

<sup>45</sup> VAQUERO PINTO, M.J., “La filiación matrimonial”, op. cit., p. 218.

<sup>46</sup> QUICIOS MOLINA, S, Comentario al art. 115 del CC, *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009., p. 1.

La presunción anteriormente mencionada del art. 116 CC puede explicarse, por ejemplo, de acuerdo con la teoría propuesta por RIVERO, mediante el análisis del concepto de la “cohabitación causal”, esto es: la mujer que da a luz debe haber tenido relaciones sexuales con un hombre, sea este su marido o un tercero<sup>47</sup>. La regla “pater is est”, cuando atribuye la paternidad al marido, lo que hace es suponer, en principio, que la esposa ha cohabitado con su marido, lo cual es una presunción de hecho y a la vez consecuencia de un deber matrimonial<sup>48</sup>. Si la concepción es anterior al matrimonio, la cohabitación se deduce de la actitud del propio padre, quien, al casarse con una mujer encinta, indica su voluntad de asumir las consecuencias de un hecho pasado, que no puede ser otro que relaciones sexuales con la madre, que admite implícitamente. Así, esta presunción emparenta directamente con el principio de normalidad y las máximas de experiencia de tipo biológico, ético y social que contribuyen a la formación del juicio de probabilidad en que toda presunción consiste, ya que en el carácter causal de la cohabitación puede fundarse en la probabilidad de que la mujer solo haya tenido relaciones sexuales con su marido y, aunque no fuera así, mientras no queda excluida la posibilidad de cohabitación causal, el hijo puede ser del marido (y lo más probable es que sea del marido) y esa mera posibilidad es suficiente en principio y debe serle suficiente. Contemplada la presunción de paternidad como una presunción de cohabitación además una presunción de generación (cohabitación causal) puede aplicarse esto a su aspecto negativo, al de su impugnación, y, en consecuencia, puede efectuarse esta en un doble plano, el de la cohabitación y el de la generación<sup>49</sup>.

No obstante, esto no deja de ser una presunción “iuris tantum”, o sea, susceptible de ser desvirtuada en los términos del art. 117 CC; dicho precepto deja claro que “*Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante la declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo*”.

La Dirección General de los Registros y Notariado (en adelante, “DGRN”), en su resolución de 9 de noviembre de 2001, aclara el siguiente criterio con fundamento en la jurisprudencia: “La Sentencia de 20 de enero de 1967 establece que el reconocimiento es, en principio, irrevocable por exigencias del estado civil de las personas, dado que el cambio de voluntad de reconocer es incompatible con las condiciones de permanencia de todo estado civil (...) pero este principio no es tan absoluto que impida su impugnación, dado que al dimanar de la exclusiva voluntad del reconocedor tal voluntad puede estar invalidada cuando se acredita que, al emitirse, estaba viciado por error, dolo, intimidación o violencia, o cuando se justifique que el reconocido no es hijo del que le reconoció”.

En conexión con lo anterior, cabe traer a colación la STS 6964/2004, de 29 de octubre<sup>50</sup>, donde el TS aborda estas cuestiones. Se presenta el caso de un hombre a quien se había practicado una vasectomía y que reclama en casación una indemnización al cirujano que se la había realizado debido a que su mujer se había quedado embarazada años después.

---

<sup>47</sup> VAQUERO PINTO, M.J., “La filiación matrimonial”, op. cit., p. 220

<sup>48</sup> VAQUERO PINTO, M.J., “La filiación matrimonial”, op. cit., p. 220.

<sup>49</sup> VAQUERO PINTO, M.J., “La filiación matrimonial”, op. cit., p. 220.

<sup>50</sup> ECLI:ES:TS: 2004:6964.

En vista de ello, el órgano máximo la desestima, ya que entiende que la deficiente práctica de una vasectomía (con el consiguiente resultado indeseado de un embarazo) no puede estar amparado por el artículo 116 CC, expresándolo de la siguiente forma: “Toda la acción indemnizatoria del paciente al que se le ha practicado la vasectomía tiene como base el que sea el padre de la criatura que su esposa ha engendrado. En situaciones de normalidad, la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil es suficiente para atribuirle, pero para un caso de vasectomía en que, en principio, no cabe la paternidad, aquella presunción no basta para fundamentar la acción indemnizatoria por razón de la misma. Así lo estableció la sentencia, ya citada, de 11 de febrero de 1997 en estos términos literales: “la paternidad no es materia disponible sobre la que quepa su fijación probatoria por medio de admisión o confesión en cuanto responde al principio de verdad en la procreación. Tampoco cabe que la paternidad la funde el órgano jurisdiccional, tratándose, como ocurre en el caso, de un matrimonio en el régimen de presunciones establecido en el Código Civil, especialmente en su artículo 116. Sin duda que estas presunciones que responden al conocimiento que transmiten reglas y máximas de experiencia seculares y que resguardan el ámbito de la intimidad del matrimonio y su estabilidad familiar, parten del hecho de la normalidad presumida de los cónyuges como sujetos aptos para la reproducción, no solo, por tanto, porque tengan capacidad de copulación sino también en cuanto se considera gozan de potencia generatriz. Al ponerse en litigio la fertilidad o infertilidad del sujeto, con resultado posiblemente perjudicial para un tercero, si se demuestra el resultado defectuoso, los presupuestos de aquellas presunciones ceden, pues, de otro modo, quedaría en muchos casos, indefenso el demandado que, además, carece de legitimación para la impugnación de la filiación legítima. En consecuencia, la lógica interna de los hechos que se debaten exige en buena hermenéutica una decadencia de aquellas presunciones y la necesidad de probar como hecho constitutivo de la pretensión la paternidad”.

Vemos, por tanto, que a pesar de la importancia que se le da a esta presunción basándose en la lógica y la experiencia, esta no podrá amparar cualquier acción ejercitada por el presunto padre basándose en este artículo 116 CC, además de que, como recientemente hemos señalado, esta puede también estar viciada como cualquier otra declaración de voluntad.

Estos dos preceptos entrarían dentro de la “lógica biológica”, es decir, su razón de ser responde a la evidencia de que un embarazo producido dentro del matrimonio o bien poco después de que este ya no exista tendrá como padre, con mucha probabilidad, al que consta o constaba como marido. ¿Pero qué sucede cuando el nacimiento se produce fuera de estos períodos? Evidentemente, la presunción de paternidad del marido no puede operar, pero esta filiación seguirá siendo matrimonial si ambos cónyuges lo consienten.

La doctrina observa que mientras que el consentimiento del padre debe calificarse de reconocimiento de paternidad, que participa de los mismos requisitos de forma, caducidad y eficacia que el reconocimiento de la filiación no matrimonial (la contenida en los arts. 120.1, 121 y 123 a 126 CC), el consentimiento de la esposa es una conformidad o aprobación atípica que no está sometida a requisito de forma.

Cabe resaltar, por último, que, al estar constituido el ámbito objetivo de aplicación del art. 118 CC por los casos de separación legal o de hecho, el precepto no contempla los supuestos en que la concepción se produce presumiblemente tras la disolución del matrimonio. En concreto, cuando el hijo nace transcurridos 300 días desde la disolución. A este respecto cabe distinguir dos supuestos: o bien la disolución se debió al fallecimiento del marido y el nacido es, no obstante, hijo del fallecido (en este supuesto

nos encontraríamos ante un supuesto de reproducción asistida “post mortem”), o bien la disolución del matrimonio se produce por divorcio, en cuyo caso nos encontraríamos ante una filiación no matrimonial, pues los padres no estaban casados en el momento de la concepción ni, obviamente, en el del nacimiento<sup>51</sup>.

Cabe también la calificación de matrimonial para una filiación por el hecho de que este enlace entre los padres se haya dado después de nacido el hijo, como consta en el art. 119.1 CC: “*La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando este tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente*”.

Esto se ha venido en denominar “matrimonialidad sobrevenida”, y es irretroactiva, pues sus efectos se despliegan desde la fecha de celebración del matrimonio, y con eficacia “erga omnes”. Ahora bien, la única consecuencia reseñable de esta es su régimen de impugnación, que pasa a ser el de la filiación matrimonial del art. 138 CC. Hay que tener en cuenta que la determinación de la filiación puede ser anterior o posterior al matrimonio<sup>52</sup>.

Así, a mayor abundamiento, tal y como se pronunció la SAP de Madrid 542/2008, de 29 de julio<sup>53</sup>, “la normativa establece con precisión (...) una sola circunscripción cronológica y es aquella que el matrimonio se produzca después del nacimiento, siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo que se dispone a continuación, que, entre otras formas de determinación, declara la filiación legal, por reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, entre otros mecanismos. Ningún otro momento de especial significación señaló el legislador con relevancia jurídica”.

#### **4. FILIACIÓN NO MATRIMONIAL: CONCEPTO Y DETERMINACIÓN LEGAL. ESPECIAL MENCIÓN AL RECONOCIMIENTO**

El primero de los artículos del CC donde se recoge la filiación no matrimonial de forma autónoma es en el 120, donde se dispone: “*La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1º. 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; 2º. Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; 3º. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; 4º. Por sentencia firme; 5º. Respecto de la madre o progenitor gestante, cuando se haga constar su filiación en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil*”.

Ya hemos examinado la razón de ser de la actual distinción legal entre filiación matrimonial y extramatrimonial, siendo su fundamento el hecho de que existen distintos

---

<sup>51</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “Determinación extrajudicial de la filiación matrimonial”, *Estudios y Comentarios Legislativos*, Civitas, Aranzadi, 2012, p. 7.

<sup>52</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “Determinación extrajudicial de la filiación matrimonial”, op. cit., p. 7.

<sup>53</sup> ECLI:ES: APM: 2008:12783.

requisitos a la hora de determinar una filiación en función de si media ese vínculo entre los progenitores o no.

A salvo de la trascendental relevancia que tiene el reconocimiento como forma de determinación, se debe especificar que la quinta modalidad, es decir, la constancia de la filiación por parte de la madre en el RC dentro de plazo, ha quedado ahora regulado por la reciente reforma de la ley de este registro, estableciéndose ahora en el art. 44.3 de la Ley de Registro Civil (en adelante, LRC) que *“La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrica-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación. -En defecto del parte facultativo, deberá aportarse la documentación acreditativa en los términos que reglamentariamente se determinen. -El Encargado del Registro Civil, una vez recibida y examinada la documentación, practicará inmediatamente la inscripción de nacimiento. Tal inscripción determinará la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal en los términos previstos en el artículo 6”*.

Sobre la modalidad recogida en el apartado tercero del art. 120 CC, la llevada a cabo por el padre concretamente, mediante resolución de expediente registral, se ha de hacer notar que este último medio se considera subsidiario, ya que se acude a él en ausencia de reconocimiento formal, por ejemplo, en el supuesto de fallecimiento del padre antes del nacimiento<sup>54</sup>.

#### 4.1. EL RECONOCIMIENTO

En cuanto a la crucial cuestión del reconocimiento recogida en el art. 120.2 CC, será este un acto personal, unilateral e irrevocable. Su forma, como señala este apartado, se podrá realizar ante el encargado del RC, en testamento o en otro documento público, y, una vez realizado, será irrevocable, según el art. 741 CC<sup>55</sup>.

Las formas de practicar este reconocimiento serán:

- En primer lugar, ante el encargado del RC del domicilio del reconocedor, aunque la competencia para calificarlo e inscribirlo por medio de la correspondiente inscripción marginal será del encargado del RC donde está inscrito el nacimiento del reconocido [resolución de la DGRN (en adelante “RDGRN”), de 5 de junio de 1995]; si el hijo ha nacido en el extranjero y el reconocimiento de la paternidad no matrimonial se hace en documento público extranjero con el consentimiento de la madre española, titular de la patria potestad y con domicilio en España, la calificación del reconocimiento corresponderá al RC central, que será quien debe apreciar si concurren los requisitos de fondo y de forma que permitan practicar la oportuna inscripción marginal (RDGRN, 8 de noviembre de 1995)<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, C., “La filiación”, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Sucesiones*, 11ª edición, Tirant lo Blanch, 2022, p. 294.

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, C., “La filiación”, p. 295.

<sup>56</sup> NANCLARES VALLE, J., “Comentario al art. 120 del Código Civil”, *Estudios y Comentarios Legislativos. Código Civil Comentado. Volumen I*, Civitas, 2016, p. 3.

- En segundo lugar, mediante testamento. El art. 188 del Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante, “RRC”) permite postergar la eficacia de este reconocimiento testamentario al momento de la inscripción registral, que podrá tener lugar cuando se acredite el fallecimiento del testador. Esta postergación de la eficacia permitiría la reclamación judicial de la paternidad pese a existir ya un reconocimiento, con la finalidad de determinar mediante sentencia firme la filiación no matrimonial y obtener su inscripción en el RC en vida del padre<sup>57</sup>.
- En tercer lugar, y por último, mediante reconocimiento en otro documento público. El artículo 186.1 RRC ofrece una lista abierta y con ejemplos de los documentos públicos en los que se puede reconocer la filiación (escritura pública, acta civil de celebración del matrimonio de los padres –habiéndose suprimido la referencia al acta canónica–, expediente de inscripción fuera de plazo, capitulaciones matrimoniales y acto de conciliación), a los que se podría añadir la comparecencia ante el Encargado del RC extranjero dentro del plazo establecido para inscribir el nacimiento, comparecencia a la que la RDGRN ha reconocido en alguna ocasión el valor de documento público apto según la Ley española para recoger el reconocimiento de la paternidad no matrimonial (RDGRN, 7 octubre 1996). No sirven a tal efecto las menciones de identidad de los progenitores contenidas en la partida bautismal (RDGRN, 21 junio 1996), pues tales partidas no tienen valor de documento público, al no ser el ministro de la Iglesia católica un funcionario público con competencia civil para dar fe de la determinación legal de la filiación (RDGRN 25 septiembre 1985). Y tampoco sirve el reconocimiento documentado en acta notarial de manifestaciones, que solo será útil como un elemento acreditativo de esa progenie, a utilizar en la vía que en su caso se elija, bien la registral del artículo 49 LRC o bien la ordinaria que corresponda<sup>58</sup>.

## 5. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

### 5.1. MARCO GENERAL

Históricamente, el Derecho de Familia se caracterizó por la inmutabilidad y por el aislamiento con respecto a la voluntad de las partes, debido a las limitaciones impuestas por la naturaleza en el ámbito de la gestación, nacimiento, parto y demás atributos biológicos.

No obstante, esto ha cambiado con motivo especialmente de los avances científicos en materia de técnicas de reproducción asistida. Así, vemos que el Derecho de Familia ha ido evolucionando hacia la autonomía de la voluntad<sup>59</sup>.

Si nos paramos a observar lo que llevamos estudiado hasta ahora en el CC con respecto a la filiación, vemos que este presupone el acceso carnal entre un hombre y una mujer como paso previo a la existencia de descendencia. Que no se haga referencia a estas técnicas

<sup>57</sup> NANCLARES VALLE, J., “Comentario al art. 120 del Código Civil”, op. cit., p. 4.

<sup>58</sup> NANCLARES VALLE, J., “Comentario al art. 120 del Código Civil”, op. cit., p. 4.

<sup>59</sup> GARCÍA ALGUACIL, M.J., “¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5/2016 Aranzadi, 2016, p. 1.

ahora tratadas no es criticable, ya que ni siquiera con ocasión de las reformas de 1981 el legislador había considerado el tema de la fecundación artificial o de la reproducción asistida<sup>60</sup>.

Sin embargo, poco después de la fundamental ley sobre filiación del año 1981 se empezaron a suceder las normas 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida, la 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, y, fundamentalmente, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, “LTRHA”), que representa el hito legislativo fundamental a considerar en la materia<sup>61</sup>. Será en esta ley en cuyo análisis nos centremos debido a su vigencia prácticamente íntegra hasta el día de hoy.

La LTRHA no establece un sistema completo de filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida en la concepción del hijo, y es que esta ley no se planteó como un sistema alternativo a la filiación natural o a la adoptiva, sino como un instrumento complementario de la primera. Así, no siempre es significativo para la determinación de la filiación el dato de que la concepción se haya producido a través de técnicas de reproducción asistida. Desde el punto de vista jurídico civil no tiene ninguna relevancia que el nacido haya sido concebido por sus padres o haya sido fruto de una inseminación artificial en la que el marido o pareja de la madre aportó sus propios gametos<sup>62</sup>.

Lo que hace relevante el empleo de técnicas de reproducción asistida desde el punto de vista sustantivo del Derecho de familia es la aparición de múltiples sujetos que presentan vínculos con el nacido susceptibles de dar lugar a una relación de filiación, ya sea porque el semen o el óvulo son aportados por donante, ya sea porque la madre de deseo no puede gestar y acuerda con otra mujer la gestación del hijo deseado<sup>63</sup>.

Como es lógico, existen diferencias con trascendencia jurídica entre la fecundación natural y la asistida.

La primera de ellas es la relevancia del consentimiento prestado para que la fecundación asistida se lleve a cabo, ya que, aunque la reproducción natural presupone la voluntad de los progenitores de que esta tenga lugar, es esto una exigencia moral o ética más que una necesidad sustancial, dado que, como es obvio, la voluntad de tener el hijo no es en ningún caso requisito para la eficacia del acto reproductivo ni un condicionante legal del que deriven consecuencias jurídicas; por el contrario, el papel del consentimiento en la reproducción asistida llega a condicionar el establecimiento mismo de la filiación, con independencia de la constancia genética, y es que una voluntad terminante puede valer para determinar una filiación evidentemente contraria a la realidad natural, y, a la inversa, la sola voluntad puede impedir que se establezca una filiación que por genética sería la adecuada.

---

<sup>60</sup> LASARTE, C., “La reproducción asistida”, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI, decimosexta edición*, Marcial Pons, 2017, p. 306.

<sup>61</sup> LASARTE, C., “La reproducción asistida”, op. cit., p. 306.

<sup>62</sup> INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, *Tratado de Derecho de la Familia, Volumen V, 2ª edición*, op. cit., p. 895.

<sup>63</sup> INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, op. cit., p. 895.



La segunda viene dada por la intervención de los sujetos que participan biológicamente en la fecundación y, por lo tanto, son progenitores en el sentido natural del término (porque son donantes de gametos, donantes de preembriones, madres de alquiler, etc.) pero que solo cumplen un rol instrumental de cara al establecimiento de la filiación en la que los papeles determinantes los desempeñan otros sujetos respecto a los cuales es fundamental el deseo de tener descendencia. La principal consecuencia del reconocimiento de esta intervención meramente instrumental es la desaparición del progenitor biológico de la esfera jurídico familiar del nacido<sup>64</sup>.

Y, por último, la tercera consecuencia es que, con estas técnicas, existe la posibilidad de que la filiación venga solo determinada respecto a uno de los progenitores de modo permanente; así, en la filiación natural, cuando la madre no está casada, la paternidad no viene determinada desde el principio y depende de actuaciones posteriores (reconocimiento, tramitación de expediente registral, acción de reclamación) que de no producirse hacen que, de facto, la filiación quede establecida solo respecto de un progenitor. En cambio, la reproducción asistida y su regulación legal posibilitan una filiación unilateral, de modo que la paternidad o la maternidad podría quedar sin determinar de manera definitiva (aplicación de técnicas de reproducción asistida a mujer sola o con pareja homosexual, gestación por madre sustituta encargada por hombre solo o con pareja homosexual, fecundación “post mortem”, etc.).

La primera de las modalidades de reproducción asistida que debemos considerar es, por su frecuencia, la referente a la inseminación artificial de la mujer con semen del varón. Queda claro que la problemática planteada por esta técnica es distinta dependiendo de si el semen del varón corresponde a la pareja de la mujer o si procede de un tercero que lo ha depositado en un banco destinado al efecto. Por ello, la doctrina ha distinguido entre, respectivamente, inseminación artificial homóloga e inseminación artificial heteróloga.

Además, y como ya ha quedado claro en los capítulos anteriores, también es relevante el hecho de si la pareja que ha acudido a la inseminación artificial es matrimonial o no, por su importancia con respecto a la determinación de la filiación. No obstante, y en consonancia con la poca novedad que vino a representar la Ley 4/2006 a efectos de determinar esta institución, la única novedad aportada por el tercer apartado del artículo 7 de esta ley, que señala que “*cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge*”<sup>65</sup>.

Con respecto a la inseminación artificial homóloga de la mujer casada usando material reproductivo del propio marido no existe ninguna particularidad y, en consecuencia, desde el punto de vista de la determinación de la filiación, el hijo nacido mediante esta técnica será considerado matrimonial<sup>66</sup>.

El segundo modelo de inseminación artificial es la heteróloga, aquella en la que el semen no procede del varón de la pareja, sino de un tercero, mediante los centros autorizados establecidos al efecto.

---

<sup>64</sup> INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, op. cit., p. 898.

<sup>65</sup> LASARTE, C., “La reproducción asistida”, op. cit., p. 310.

<sup>66</sup> LASARTE, C., “La reproducción asistida”, op. cit., p. 311.

Así, se nos dice en el art. 8.1 LTRHA que *“ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”*. El hijo, pues, se considera matrimonial sin que la aportación seminal del donante represente jurídicamente atribución de paternidad alguna<sup>67</sup>. De igual forma, el art. 8.2 del mismo texto añade *“se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de la paternidad”*. Por tanto, vemos que es irrelevante, a los efectos que nos interesan, la existencia o no de vínculo matrimonial.

Uno de los rasgos esenciales de todas estas técnicas es la del anonimato del donante. El art. 5.5 de la citada ley estipula que *“la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones”*. En consecuencia, ¿qué ocurre con la defensa del principio de igualdad recogido en el art. 14 CE? Parece evidente que, si en España no está permitida la discriminación legal por razón de nacimiento, al menos debemos plantearnos si se está favoreciendo la aplicación de un agravio comparativo entre, por un lado, los derechos de los hijos nacidos de una relación sexual o los entregados en adopción y, por otro, los nacidos a partir de material genético donado<sup>68</sup>.

A pesar de la existencia de este anonimato, se permite tanto al hijo como a la receptora obtener información general básica sobre el donante, siempre excluyendo su identidad. A su vez, en su apartado tercero, se incluyen una serie de supuestos absolutamente excepcionales en los que podrá quebrarse la protección de ese anonimato. Únicamente cuando exista un peligro cierto para la salud de los hijos, o cuando proceda de acuerdo con las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes. Esta revelación deberá resultar absolutamente indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto y tendrá siempre carácter restringido, no implicando, en ningún caso, publicidad de la identidad de los donantes<sup>69</sup>.

Sobre la supuesta incompatibilidad de este anonimato con lo contenido en el art. 39 CE relativo a la libre investigación de la paternidad, la STC 116/1999, de 17 de junio<sup>70</sup>, explica que hay tres situaciones que justifican la restricción de la investigación de la paternidad. La primera, atiende a que la finalidad que pretende esta indagación se orienta a constituir entre los afectados un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos. Así, la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial se sitúa en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa en el precepto constitucional. La segunda pasa por entender

---

<sup>67</sup> LASARTE, C., “La reproducción asistida”, op. cit., p. 312.

<sup>68</sup> FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. “La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos”. *Revista de Derecho de Familia* núm. 87/2020, Aranzadi, p. 15.

<sup>69</sup> FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. “La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos”, op. cit., p. 15.

<sup>70</sup> ECLI:ES:TC: 1999:116.

que la protección de la identidad del donante no implica una desprotección de los hijos en la medida en que la ley determina el anonimato del donante con un carácter relativo, puesto que en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante y también permite a los hijos obtener información general de los donantes, excepción hecha de su identidad. Por último, el TC encontró fundamento en la protección del derecho a la intimidad del donante de gametos en el hecho de favorecer el acceso a la reproducción humana artificial<sup>71</sup>.

## 5.2 LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL DE LA MUJER CARENTE DE PAREJA Y LA EXCLUSIÓN DEL VARÓN CARENTE DE PAREJA A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

El art. 6.1 LTRHA establece: “*Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa*”.

Con la expresión “toda mujer” que encabeza este pasaje se recalca que la eventual usuaria de las técnicas de reproducción asistida no tiene por qué estar casada, ni vivir emparejada extramatrimonialmente, ni ser viuda, etc. Basta con que pertenezca al sexo femenino y decida traer hijos al mundo<sup>72</sup>.

En cuanto a la otra vertiente referida anteriormente, la posibilidad de “paternidad sin pareja”, desde el punto de vista biológico es hoy perfectamente posible la extracción de un óvulo de la mujer, sea para su crioconservación, sea para intentar de manera urgente la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, sea finalmente para la crioconservación de embriones<sup>73</sup>. Por ello, la doctrina ha planteado la posibilidad de que, en paralelo con la situación de la mujer, quepa también esta “paternidad en solitario”, dado que el hombre tiene también derecho al libre desarrollo de su personalidad y a la paternidad<sup>74</sup>.

Sin embargo, el problema se plantea una vez que observamos que, incluso en el supuesto de que el viudo contara con el material reproductor de su mujer (cónyuge o conviviente), por obvias razones fisiológicas necesitaría contar con una gestación de sustitución, con una “madre sustituta”, y como posteriormente se verá, siempre sería considerada legalmente madre la del parto y nunca la mujer previamente fallecida. Así, dado que en nuestro ordenamiento no está permitido el fenómeno de las “madres de alquiler”, queda descartada la posibilidad de esta paternidad en solitario.

## 5.3 FILIACIÓN Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA “POST MORTEM”

---

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. “La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos”, op. cit., p. 17.

<sup>72</sup> LASARTE, C., “La reproducción asistida”, op. cit., p. 315.

<sup>73</sup> LASARTE, C., “La reproducción asistida”, op. cit., p. 315.

<sup>74</sup> LASARTE, C., “La reproducción asistida”, op. cit. 315.

Con el término “post mortem” nos referimos a una serie de prácticas de reproducción asistida que tienen como característica común el fallecimiento de alguno de los progenitores previo a la aplicación de la técnica.

El desarrollo de la medicina reproductiva ha hecho posible la reproducción después de la muerte; por medio de la inseminación artificial, puede emplearse el espermatozoides del hombre fallecido obtenido previamente, dado que la criopreservación permite que la inseminación se pueda practicar hasta mucho tiempo después del fallecimiento<sup>75</sup>.

El art. 9 de la LTRHA establece: *“1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”*.

A tenor de lo dispuesto en este precepto, cabe plantearse la fijación del alcance de esta institución. Concretamente, se debe tratar de dilucidar si se están estableciendo las condiciones de admisión de esta práctica o si se están fijando las circunstancias en que se podría determinar la filiación del nacido respecto del progenitor fallecido, sin prohibir el uso de los gametos de un fallecido fuera de los supuestos regulados en la Ley, aunque sin determinación de la filiación<sup>76</sup>.

La mayor parte de la doctrina opina que la Ley establece requisitos de admisión de la práctica y que solo si se dan estas condiciones se puede realizar la fecundación determinando lícitamente, por consiguiente, la filiación paterna. De esta forma, el art. 9 LTRHA admite la práctica de la fecundación “post mortem” y le concede eficacia de cara al establecimiento de la relación de filiación entre el nacido y el fallecido siempre que se cumplan los requisitos dispuestos en la norma, a saber:

Los requisitos para la fecundación “post mortem” son:

---

<sup>75</sup> INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, op. cit., p. 990.

<sup>76</sup> INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, op. cit., p. 990.

1. Consentimiento: La decisión libre y consciente del varón es la condición esencial; a este consentimiento siempre se le atribuirá la condición de personalísimo, no admitiéndose por tanto su otorgamiento por representación. Además, será revocable (sobre esta cuestión se ha discutido si la revocación se ha de hacer en la misma forma en que se prestó el consentimiento o si cabría cualquier manifestación en contrario, incluso tácita; de esta forma, se ha llegado a plantear si una crisis matrimonial previa al fallecimiento del cónyuge podría bastar como requisito, aunque desde otras posiciones menos confiadas se ha propuesto que solo la muerte inesperada del cónyuge inmediatamente posterior a la crisis matrimonial, la cual haya impedido hacer efectiva la revocación del consentimiento, sería procedente como criterio válido a efectos de entender que el consentimiento efectivamente ha dejado de existir)<sup>77</sup>.
2. Forma: La vigente ley de 2006 ha venido a ampliar las formas admitidas y, ahora, además del testamento y la escritura pública, es válida la autorización contenida en el documento clínico en que se presta el consentimiento para las técnicas de reproducción asistida<sup>78</sup>.
3. Plazo: La exigencia de un plazo determinado desde el fallecimiento de la pareja masculina se justifica por la conveniencia de limitar el período de incertidumbre sobre los derechos sucesorios. Actualmente el plazo está establecido en 12 meses, a contar desde el fallecimiento del varón.

Si nos atenemos a la literalidad del precepto, la determinación de la filiación será posible aunque el material genético del marido o varón no casado no esté en el útero de la madre a la fecha del fallecimiento, siempre que el marido o varón no casado haya prestado su consentimiento, con los requisitos que señala la Ley, para que su material reproductor pueda ser usado después de su muerte. Esto lleva, por sí mismo, implícita la licitud de dicho consentimiento, que viene a ser como un acto de disposición de los propios gametos para después de la muerte y, por lo tanto, comporta la licitud de la fecundación post mortem<sup>79</sup>.

A esto respecto cabe traer a colación el análisis y la reflexión que BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO hace de una decisión contenida en un auto de la AP de A Coruña, de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001, 183). En dicho pronunciamiento se acoge el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a un Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Ferrol en el que se autorizaba a una mujer a ser inseminada con el semen de su marido fallecido, y es que, según los fundamentos de Derecho de la primera sentencia, la voluntad de la señora estaba respaldada por los familiares más allegados del

---

<sup>77</sup> INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, op. cit., p. 1001.

<sup>78</sup> INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, op. cit., p. 1002.

<sup>79</sup> INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, op. cit., p. 990.

fallecido marido de aquella, sus padres y su hermana. El rechazo de la Audiencia a la petición de la viuda derivaba de la inexistencia de un consentimiento previo del marido, prestado en la forma debida (escritura pública o testamento para que su semen pudiera ser utilizado después de fallecido por su esposa)<sup>80</sup>.

Según el auto de las Audiencia, esta argumentación llevaría a situaciones paradójicas: “los hijos que tuviera su progenitor biológico (el padre fallecido) de otra relación no serán legalmente sus hermanos, podría contraer matrimonio con estos, carecería de derechos hereditarios, conocería quién es su padre biológico, y sin embargo no podría utilizar sus apellidos...”. Todas estas consideraciones son de peso y, al no quedar expresamente solucionadas por la ley, hacen inviable la argumentación “a sensu contrario” pretendida por el Juzgado de Primera Instancia<sup>81</sup>.

Tal y como continúa el autor, esta solución tiene la virtud de basarse en consideraciones razonables, moviéndose dentro de la ortodoxia habitual en cuestiones de filiación, es decir: el padre debe aceptar expresamente la posibilidad de tener descendencia después de su fallecimiento cuando ello haya de producirse mediante inseminación artificial, y esa descendencia debe tener lugar en un plazo corto para que el nacido sea debidamente integrado en su familia, recibiendo por consiguiente la herencia y el nombre del padre.

Sin embargo, y siempre de acuerdo con lo planteado por el autor, resulta en cierta forma excesivo el resultado al que ha llegado el auto de la Audiencia Provincial, porque resulta chocante pensar que esa viuda no pueda tener un hijo de su marido fallecido teniendo en cuenta que lo más probable es que ni él ni ella pensarán que ese fallecimiento pudiera producirse tan pronto, y, por ello, el marido no prestó su consentimiento de forma debida.

Según el autor, es arriesgada la interpretación asumida en el auto de la Audiencia Provincial, y es que este se basaba en una interpretación “a sensu contrario” de los apartados 1 y 2 del artículo 9 de la LTRHA, con la siguiente lógica: puesto que la ley establece que, cuando el marido consiente expresamente la inseminación artificial de su mujer una vez fallecido él, nos encontramos ante un supuesto de filiación matrimonial con todas sus consecuencias, ello querría decir, “a sensu contrario”, que, no constando dicho consentimiento, la inseminación sería posible, aunque el nacido no podría ser considerado hijo del fallecido, ni, consecuentemente, hijo matrimonial. Se pregunta el académico qué sería lo más probable, a falta de declaración expresa, cuando un varón ha depositado semen de acuerdo con su pareja para proceder a la práctica de una técnica de reproducción asistida: si quiere que se produzca esa inseminación artificial en su mujer aún después de su fallecimiento, o si lo más probable es lo contrario<sup>82</sup>.

La tesis del autor defiende la primera opción, aún reconociendo las dificultades que esta plantea, sobre todo si la inseminación artificial no se produce en un breve plazo después del fallecimiento del depositante del semen. Finalmente, concluye diferenciando entre que una cuestión será permitir la utilización del semen del premuerto. para lo que estimaría oportuno que la regulación tendiese a ser permisiva, y limitada solo por una

---

<sup>80</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Reproducción asistida “post mortem””. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 8/2001. Aranzadi, 2001, p. 1.

<sup>81</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Reproducción asistida “post mortem””, op. cit., p. 2.

<sup>82</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Reproducción asistida “post mortem””, op. cit., p. 3.

voluntad expresa en contrario del fallecido, y otra cosa sería permitir que esa inseminación “post mortem” produjera efectos sucesorios<sup>83</sup>.

#### 5.4 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Una vez que es posible la fecundación “in vitro”, se ha abierto la posibilidad lógica de la maternidad subrogada, que la doctrina divide en función de dos modalidades:

1. Sin cesión de óvulo para la madre gestante: una vez realizadas las primeras fases de la fecundación, los embriones pueden ser implantados, en lugar de en su madre “genética”, en otra que “cede” su útero para continuar el embarazo, bien porque la primera mujer no lo puede llevar a buen término o bien porque no quiere hacerlo. En estos casos, la madre sustituta solo cede su útero, al que se transfiere un embrión ya formado, que tras el debido proceso de gestación y una vez nacido el niño se entrega a la pareja contratante.
2. Con cesión de óvulo: En estos casos, la madre de alquiler cede no solo su útero, sino también su óvulo, con lo cual también sería madre biológica/genética del nacido, en tanto que la “madre contratante” solo lo sería por referencia al varón, que ha de considerarse progenitor.

Con independencia de las objetivas diferencias en cuanto a los elementos fundamentales de uno y otro tipo de filiación, la medicina reproductiva ha propiciado el nacimiento de debates éticos y jurídicos, ya que se ha dejado entrever que el matrimonio poco tiene que ver con la sexualidad, que la sexualidad no tiene relación directa con la reproducción y que esta queda alejada del concepto tradicional de parentesco<sup>84</sup>. Esto provoca debates morales en torno a la supuesta mercantilización que para muchos autores suponen o pueden suponer estas modalidades de gestación, y, concretamente, esta técnica de la reproducción por sustitución que estamos tratando, ya que, ateniéndonos a sus elementos objetivos, en ella no deja de existir un nacimiento de un ser vivo a cambio, muchas veces, de un precio y mediando determinadas condiciones, como en cualquier otro contrato. Ha sido la doctrina la que ha venido a definir esta institución: así, por ejemplo, FARNÓS AMORÓS la describe como "contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos"<sup>85</sup>.

En cambio, los defensores de esta institución basan su postura en la supremacía del interés del menor, ya que, argumentan, la realidad de estos nacimientos choca con lo contenido en el art. 10 LTRHA, precepto que en nuestro país se utiliza para declarar la nulidad del contrato de gestación por sustitución<sup>86</sup>, (*“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*

---

<sup>83</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Reproducción asistida “post mortem””, op. cit., p. 3.

<sup>84</sup> GARCÍA ALGUACIL, M.J., ¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares? op. cit., p. 2.

<sup>85</sup> FARNÓS AMORÓS, E: "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California", *In Dret*, 2010, p. 13.

<sup>86</sup> GARCÍA ALGUACIL, M.J., ¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?, op. cit., p. 3.

*filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”) y que provoca una situación perjudicial para los niños nacidos fruto de esta técnica, ya que no se encuentran en igualdad de condiciones con respecto a los nacidos de forma “convencional”.

¿Cómo se justifica, así, esta intervención estatal en una esfera tan intrínsecamente privada como es la del propio nacimiento de una persona? Entre otras razones, están bien esquematizadas las contenidas en el auto del TS (en adelante, ATS) 335/2015, de 2 de febrero, nº. de recurso 245/2012<sup>87</sup>.

En este auto se ventilaba un incidente de nulidad de actuaciones contra una sentencia del TS que daba la razón a una anterior de la AP de Valencia en la que se negaba la inscripción en el RC de unos menores nacidos conforme a la técnica de la gestación subrogada; los padres alegaban, entre otras cosas, la vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE, ya que sostenían que sus hijos habían sido discriminados por razón de nacimiento, quebrando así la interdicción de discriminación de los hijos por razón de la distinta modalidad de filiación.

Ante ello, el Alto Tribunal alegaba que eso no se había dado ya que “la interdicción de discriminación por razón de filiación no exige que el ordenamiento jurídico español deba reconocer como filiación la relación que deriva de haber concertado con la madre gestante un contrato de gestación por sustitución”.

Continuaba diciendo, a efectos del punto que nos interesa, que “el legislador español goza de un cierto margen de libertad para atribuir el carácter de relación paterno filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas. Si decide atribuir a una determinada relación el carácter de filiación (por ejemplo, la resultante de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida), entra en juego la exigencia de no discriminación por razón de la filiación de esa relación filial respecto de las demás relaciones filiales”.

Finalmente, su conclusión era que “de dicho principio constitucional no deriva la obligación de los poderes públicos de otorgar necesariamente el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tal filiación, pero que no lo son en el ordenamiento jurídico español, como es el caso de los comitentes en un contrato de gestación por sustitución respecto del niño nacido como consecuencia de tal gestación”.

Es decir, vemos claro, con este pronunciamiento, que el hecho objetivo en sí mismo de que exista una determinada relación paterno filial no va a implicar que esta tenga que desplegar todos sus efectos en nuestro país.

Esto es así basándose, además, en el principio del orden público internacional español, entendiendo como tal los derechos y libertades consagrados en el ordenamiento jurídico español, recogidos en la Constitución y ratificados en convenios y tratados internacionales, los cuales es evidente que van a tener una importancia vital en esta materia, al ser tan frecuente en ella el elemento extranjero.

---

<sup>87</sup> ECLI:ES:TS: 2015:335ª.



Entre estos principios nos referimos al derecho a la intimidad familiar, el derecho a la dignidad de la persona, el de la protección integral de los hijos, etc., y es en base a ello que el contrato de gestación por sustitución es declarado nulo<sup>88</sup>.

Debido precisamente a la nulidad de este contrato de gestación por sustitución, nos encontramos con la consecuencia regulada en el art. 10.2 de la LTRHA, donde se dice que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Sin embargo, ¿qué sucede con respecto a la filiación paterna? Al no establecerse nada específicamente en la Ley, se nos remite a la regla general de su artículo 7.1, según el cual “la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles”, lo cual no impediría, supuestamente, la atribución al padre biológico de la paternidad, dándose así eficacia al contrato de gestación por sustitución<sup>89</sup>. Esto se puede observar ya de por sí viendo el tenor literal del art. 10.3 de la Ley, donde dice que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Esta posibilidad supondría la aceptación de una eficacia completa de este contrato, pudiendo el cónyuge del padre adoptar al niño concebido a través de esta práctica sin necesitar incluir la cláusula de renuncia a la filiación para la madre gestante, aunque sería necesario para que esto se produjera el asentimiento de esta mujer, que además no podrá recabarse hasta pasados 30 días del parto (art. 177.2. 2º CC)<sup>90</sup>.

Así, habría la posibilidad de conseguir la determinación de la filiación utilizando este método reproductivo: consistiría en que un varón casado prestase su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su cónyuge con sus gametos y consiguiese que la madre gestante prestase su asentimiento para la adopción, una vez transcurridos los ya mencionados 30 días del parto<sup>91</sup>

#### 5.4.1 Problemas derivados del reconocimiento de la gestación por sustitución en nuestro país

La eventual eficacia en España, en casos de gestación por sustitución, de la filiación a favor de quienes contratan con la madre biológica cuando el contrato y el parto tienen lugar en países que admiten esta práctica resulta especialmente controvertida.

La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, “sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, que permite la inscripción en el RC de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada en los países cuya normativa lo permita y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. La Instrucción se funda en la existencia de una resolución judicial extranjera que determine

---

<sup>88</sup> GARCÍA ALGUACIL, M.J., ¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares? op. cit., p. 4.

<sup>89</sup> INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, op. cit., p. 986.

<sup>90</sup> INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, op. cit., p. 987.

<sup>91</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2014, Aranzadi, 2014, p. 4.

la filiación jurídica respecto de un progenitor español, lo que estaría de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.3 LTRHA, pues este precepto “permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna”<sup>92</sup>.

Esta Instrucción de la DGRN es la que fija los requisitos y condiciones para que una resolución extranjera que establece una filiación determinada mediante gestación por sustitución pueda surtir efectos en España y ser inscrita en un Registro civil español. Estos son:

a) Requisito previo: resolución judicial de filiación

En la instrucción se recoge la relación existente entre los certificados de nacimiento y la resolución judicial extranjera.

El título extranjero por el que se inscribe el asiento relativo al nacimiento es inseparable de la sentencia extranjera que establece la filiación y ordena su expedición. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado<sup>93</sup>.

En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance de este, ni haber sido sometida a engaño, violencia, coacción o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores<sup>94</sup>.

b) El procedimiento de exequatur para reconocer la resolución extranjera

El uso del exequatur, como mecanismo para que una decisión extranjera surta efectos jurídicos en otro país, depende de varios factores: del efecto jurídico que se pretende que la decisión despliegue en España y del tipo de decisión extranjera de que se trate<sup>95</sup>.

Así, el reconocimiento es un mecanismo que dota a la decisión extranjera de los efectos procesales derivados de la misma; pueden optar a exequatur las decisiones extranjeras que contengan pronunciamientos de ejecución y que sean ejecutivas en el Estado de origen: solo las resoluciones de condena obtendrán el exequatur, no las declarativas ni las constitutivas que no son objeto de ejecución.

---

<sup>92</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, op. cit., p. 7.

<sup>93</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, op.cit., p. 10.

<sup>94</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, op. cit., p. 10.

<sup>95</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, op. cit., p. 12.

Sin embargo, en la Instrucción se exige el exequatur a la resolución extranjera, ante el Juez de Primera Instancia español, en el caso de que esa resolución se haya dictado a consecuencia de un procedimiento contencioso. Sin embargo, es necesario diferenciar que cuando la sentencia extranjera contiene pronunciamientos declarativos o constitutivos y susceptibles de inscripción, el procedimiento de exequatur acordará solo el reconocimiento de la resolución extranjera, y una vez reconocida se podrá inscribir en el Registro civil español<sup>96</sup>.

En conclusión, y como corolario a este espinoso tema, es de apreciar el punto de vista de GARCÍA ABURUZA<sup>97</sup>, la cual admite el carácter complejo de la cuestión, analizando tanto la resolución de la DGRN estudiada como las resoluciones de diferentes tribunales. Al observar lo establecido por el TS, estima que este ha buscado equilibrar la protección de los menores nacidos mediante una innegable realidad, con el respeto a las leyes españolas, no queriendo mandar el mensaje a la sociedad española de que algo prohibido en España se puede sin embargo realizar, y que no sería descabellada una reforma de la cuestión para regular de forma adecuada este polémico asunto.

## CONCLUSIONES

Queda patente en cuanto uno se empieza a sumergir en el ámbito de la filiación que es esta una institución objetivamente muy influida por el clima social de cada lugar y cada momento concretos, como hemos observado en la introducción, y este hecho objetivo forzosamente ha de influir en el ámbito de su determinación

Así, hemos estudiado la regulación actual de esta institución, pero no sin antes haber señalado la necesaria evolución que esta vivió desde los inicios de la codificación de la materia hasta nuestros días.

Comenzábamos el estudio subrayando el significado a efectos legales de la determinación de la filiación, y este no es otro que el de trasladar al ámbito del Derecho Civil, con todo lo que ello conlleva de obligaciones y derechos para los distintos sujetos intervinientes, el hecho objetivo del nacimiento de un ser humano, a efectos, entre otras cosas, de averiguar en qué momento y en qué condiciones se puede entender que una persona es hija de otra.

No es en absoluto baladí el momento en que esta determinación se produce, ya que ello supondrá el nacimiento de los efectos que la paternidad o maternidad correspondientes llevan aparejados, (derechos sucesorios, uso de unos apellidos determinados, etc.), y es entendible por tanto que sea cuestión de numerosos litigios, como ya hemos tenido ocasión de estudiar en la jurisprudencia al efecto.

Dentro de los medios para buscar acreditar esta filiación cuando la misma no consta como tal legalmente, nos topamos inmediatamente con la posesión de estado, la clásica figura que establece la presunción de paternidad de un determinado varón a través de los actos

---

<sup>96</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, op. cit., p. 12.

<sup>97</sup> GARCÍA ABURUZA, M. P., “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2015, Aranzadi, 2015, p. 16.

llevados a cabo por este, tanto en su entorno como con respecto al hijo del que la filiación se reclama.

Dentro de estos actos o circunstancias se ha visto la abundante jurisprudencia que en unas ocasiones niega la existencia de esa filiación ante la vacuidad de ciertos hechos, como por ejemplo la no existencia de publicidad de la relación padre-hijo socialmente, y otras lo afirma debido a la firmeza de otros, como puede ser, en este último caso, el uso de apellidos paternos de forma continuada en el tiempo.

Bajo mi punto de vista, si bien es cierto que aunque una presunción, por definición, se ha de basar en lo no tangible, y sea por tanto blanco de diferentes ópticas y criterios, no podemos soslayar el dato de que en este tema estamos tratando no una presunción cualquiera, sino aquella que recae sobre la existencia o no de un vínculo paterno-filial, con todo lo que este simple enunciado conlleva, y es que a mi juicio difícilmente se pueden hacer pasar por actos casuales o circunstancias fortuitas hechos como la convivencia, el trato dispensado a un hijo, la percepción que de esta relación social tiene el entorno, etc.

Posteriormente, y siguiendo con lo regulado en el CC, hemos destacado la diferenciación entre que la filiación provenga de personas según medie entre ellas o no un vínculo matrimonial.

Se ha especificado desde el primer momento, debido a su relevancia, el fundamento “moral”, por denominarlo de alguna forma, de que hoy en día se recoja esta distinción en el CC. Como se trata seguidamente, esta discriminación legal se basa en la existencia una vez más de una presunción, en este caso, la que otorga la convivencia y, en general, las obligaciones conyugales.

Como es lógico, la filiación extramatrimonial será la que presenta una mayor problemática debido precisamente a la inexistencia de esa presunción tratada hace un instante, y es por ello que cobra importancia la figura del reconocimiento llevado a cabo por el que se presenta como progenitor, y que debe ser, para que se le otorgue veracidad, expresada de forma personal e irrevocable.

A mi parecer, la mayor fiabilidad que se le da a esta forma de reconocimiento descansa una vez más en la realidad y en las reglas de la experiencia depuradas a lo largo de la historia. Según estas, es comprensible que aunque se puedan entrometer intereses espurios, como en cualquier ámbito de la vida, se debe entender que, con muy alta probabilidad, el que se declara como padre de un determinado nacido efectivamente lo es.

Por último, debido a su relevancia social y, sobre todo, por las implicaciones jurídicas que conlleva, no cabía otra cosa que sumergirse en la materia de la reproducción asistida.

Es este un tema que directa y forzosamente incide en el ámbito de la determinación de la filiación, y es que se ha pasado de la concepción tradicional en la que por imperativo de la naturaleza las nociones de reproducción, gestación y filiación se encontraban intrínsecamente unidas, a una en la que esto ya no es así, debido a los avances científicos.

Las principales diferencias con la reproducción natural y que la hacen reseñable a efectos jurídicos son, en primer lugar, lo referente al consentimiento de los “aportadores” de material biológico, ya que ello es requisito indispensable para su validez; en segundo lugar, por la separación entre el papel biológico del portador del material genético y el futuro progenitor a efectos legales, debido a que el primero carecerá de incidencia en la

esfera de la paternidad; y por último, la posibilidad de una paternidad o maternidad unilaterales, al poder quedar definitivamente sin determinar el papel del otro de los intervinientes.

Dentro de las técnicas existentes en la actualidad, era imperativo detenerse con especial atención en la gestación por sustitución. A ella, además de los elementos tratados anteriormente, se une el hecho de su no reconocimiento en nuestro país, con la problemática que esto conlleva en lo referente a la situación de los hijos que no por ello pueden quedar desamparados.

Concluyendo mi estudio de esta materia del Derecho Civil con este espinoso ámbito del mismo, considero que en efecto es un asunto con múltiples aristas debido al papel que en él juegan no solo los progenitores intervinientes de deseo, sino en este caso una tercera persona que aporta su óvulo, y, a él aparejado, todo un proceso natural que en ningún modo puede hacernos soslayar que va a incidir necesariamente sobre los ámbitos de la integridad física, mental y la intimidad, por lo que es menester, no cabe duda, analizar desapasionadamente el asunto en aras de un amparo de los derechos y libertades para todas las partes.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., “Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Aranzadi, 1996.
- BARBER CÁRCAMO, R., “Comentario al art. 108 del Código Civil”. *Estudios y Comentarios Legislativos. Código Civil Comentado. Volumen I*, Civitas, 2016.
- BARBER CÁRCAMO, R., “Comentario al art. 131 del Código Civil”, *Estudios y Comentarios Legislativos. Código Civil Comentado. Volumen I*, Civitas, 2016.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Reproducción asistida “post mortem””. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 8/200, Aranzadi, 2001.
- FARNÓS AMOROS, E., "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California", *In Dret*, 2010.
- FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., “La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos”. *Revista de Derecho de Familia* núm. 87/2020, 2020.
- GARCÍA ABURUZA, M. P., “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2015, 2015.
- GARCÍA ALGUACIL, M.J., “¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5/2016 Aranzadi, 2016.
- GARCÍA VICENTE, J.R., *Tratado de Derecho de Familia, Volumen V, Las relaciones paternofiliales (I)*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “Determinación extrajudicial de la filiación matrimonial”, *Estudios y Comentarios Legislativos*, Civitas, Aranzadi, 2012.
- INIESTA DELGADO, J.J., *Tratado de Derecho de la Familia, Volumen V, Las relaciones paternofiliales (I)* 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

- LASARTE, C., *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI, decimosexta edición*, Marcial Pons, 2017.
- LASARTE, C. y SÁINZ-CANTERO, B., *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil V, vigésima edición*, Marcial Pons, 2022.
- MINERO ALEJANDRE, G., “Posesión de estado, interés superior del menor, vínculo afectivo de los niños entre sí y determinación legal de la filiación en casos de maternidad subrogada. Comentario a la STS (Sala 1.ª) núm. 754/2023, 16 mayo 2023”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 123/2023*. Civitas. SA. 2023.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2014*, Aranzadi, 2014.
- NANCLARES VALLE, J., “Comentario al art. 112 del Código Civil”, *Estudios y Comentarios Legislativos, Código Civil comentado. Volumen I*, Editorial Civitas, 2016.
- NANCLARES VALLE, J., “Comentario al art. 120 del Código Civil”. *Estudios y Comentarios Legislativos. Código Civil Comentado. Volumen I*. Civitas, 2016.
- QUICIOS MOLINA, S., “Comentario al art. 113 del CC”, *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009.
- QUICIOS MOLINA, S., “Comentario al art. 115 del CC”, *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C., “La filiación”, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Sucesiones, 11ª edición*, Tirant lo Blanch, 2022.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Los efectos de la determinación de la filiación: ¿Automaticidad o supervisión previa?” *Revista de Derecho de Familia núm. 86*, Aranzadi, 2020.
- VAQUERO PINTO, M.J. *Tratado de Derecho de la Familia, Volumen V, 2ª edición, Las relaciones paternofiliales (I)*, 2017.

## APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional 273/2005, de 27 de octubre. ECLI:ES:TC:2005:273
- Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio. ECLI:ES:TC:1999:116
- Sentencia del Tribunal Supremo 3616/2006, de 22 de junio. ECLI:ES:TS:2006:3616
- Sentencia del Tribunal Supremo 1711/1988, de 10 de marzo. ECLI:ES:TS:1988:1711
- Sentencia del Tribunal Supremo 9381/1988, de 30 de junio. ECLI:ES:TS:1988:9381
- Sentencia del Tribunal Supremo 2248/1991, de 25 de abril. ECLI:ES:TS:1991:2248
- Sentencia del Tribunal Supremo 8013/1997, de 29 de diciembre. ECLI:ES:TS:1997:8013
- Sentencia del Tribunal Supremo 4497/2004, de 25 de junio. ECLI:ES:TS:2004:4497
- Sentencia del Tribunal Supremo 11085/1991, de 8 de julio. ECLI:ES:TS:1991:11085
- Sentencia del Tribunal Supremo 5646/2006, de 29 de septiembre. ECLI:ES:TS:2006:5646
- Sentencia del Tribunal Supremo 6964/2004, de 29 de octubre. ECLI:ES:TS:2004:6964
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 65/2008, de 8 de enero. ECLI:ES:APIB:2008:65
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 1838/2002, de 26 de junio. ECLI:ES:APCA:2002:1838
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 542/2008, de 29 de julio. ECLI:ES:APM:2008:12783



- Auto del Tribunal Supremo 335/2015, de 2 de febrero. ECLI:ES:TS: 2015:335A

