



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Filiación monoparental sin reconocimiento paternofilial

**(El derecho a conocer el propio origen
y relevancia del daño moral)**

Ignacio Morales Galán



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 4.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE BARCELONA

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de investigación: Derecho Civil

FACULTAD DE DERECHO

FILIACIÓN MONOPARENTAL SIN RECONOCIMIENTO PATERNOFILIAL (El derecho a conocer el propio origen y relevancia del daño moral)

Director/Tutor: Dr. D. Carlos Villagrasa Alcaide

IGNACIO MORALES GALÁN

Barcelona, 2023

“La verdad se corrompe
tanto con la mentira como con el silencio”

Marco Tulio Cicerón (106 a.C.-43 a.C.)

RESUMEN

Todos los seres humanos son engendrados como consecuencia de la unión genética de un espermatozoide y de un óvulo que con su unión forman un cigoto. Las nuevas técnicas de reproducción humana asistida han hecho que los participantes en la procreación puedan engendrar vida humana sin compartir lazos sanguíneos y genéticos ni contar con los posibles perjuicios que pueda ocasionar la pérdida en la identidad del niño que nace a través de este tipo de técnicas. La pérdida de la identidad daña la dignidad del ser humano produciendo en él un daño que afecta directamente a su esfera moral. Los tribunales de derechos humanos han definido que el derecho a la identidad es un derecho inherente al ser humano por la afectación que tiene sobre la dignidad humana, este derecho es de carácter universal a todos y cada una de las personas que desconocen su propio origen biológico. El principio de la verdad biológica se ha extendido en el derecho de familia, esta nueva visión ha vinculado al derecho a la identidad dentro de este. El derecho a la identidad fue impulsado por la asociación de las madres de plaza de mayo como consecuencia de la desaparición forzosa de miles de personas durante la dictadura militar en Argentina y la pérdida de identidad de los hijos nacidos de esta, este derecho fue promulgado por primera vez en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en sus artículos 7 y 8. Este mandato junto al derecho a la no discriminación por razón de nacimiento y el derecho a la igualdad han regido los principios inspiradores en la legislación en España sobre la adopción; en ella se ha garantizado el derecho a la búsqueda del propio origen, incluso de forma extrajudicial, incluyendo la ayuda de la mediación. El legislador entiende que, la búsqueda no afecta a la filiación por ser irrevocable. Los hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial carecen de normativa jurídica que garantice su derecho a la identidad, la única normativa existente va condicionada a realizar una reclamación de paternidad por entender el legislador que la búsqueda del propio origen debe crear un vínculo filial al faltar una parte de la filiación.

RESUM

Tots els essers humans son engendrats com a conseqüència de la unió genètica d'un espermatozoide i d'un òvul que amb la seva unió formen un zigot. Les noves tècniques de reproducció humana assistida han fet que els participants en la procreació puguin engendrar la vida humana sense compartir llaços sanguinis i genètics ni comptar amb els possibles perjudicis que pugui ocasionar la pèrdua en la identitat del nen que naixi a través d'aquest tipus de tècniques. La pèrdua de la identitat danya la dignitat de l' ésser humà produint en ell un dany que afecta directament a la seva esfera moral. Els tribunals de drets humans han definit que el dret a la identitat és un dret inherent al ser humà per l'afectació que té sobre la dignitat humana; aquest dret és de caràcter universal a totes i cada una de les persones que desconeix el seu propi origen biològic. El principi de la veritat biològica s'ha estès en el dret de família, aquesta nova visió ha vinculat el dret a la identitat dins d'aquest. El dret a la identitat va ser impulsat per l'associació de les mares de la plaça de maig com a conseqüència de la desaparició forçosa de milers de persones durant la dictadura militar a Argentina i la pèrdua d'identitat dels fills nascuts d'aquests, aquest dret va ser promulgat per primera vegada a la Convenció sobre els Drets del Nen de 1989, en els seus articles 7 i 8. No s'ha d'oblidar que junt al dret a la no discriminació per raó de naixement i el dret a la igualtat han regit els principis inspiradors a la legislació a Espanya sobre l'adopció, en aquesta s'ha garantit el dret a la recerca del propi origen inclòs de forma extrajudicial incloent l'ajuda de la mediació. El legislador entén que la recerca no afecta a la filiació per ser irrevocable. Els fills de família monoparental sense reconeixement jurídic patern-filial manquen de normativa jurídica que garanteixi el seu dret a la identitat, la única normativa existent va condicionada a realitzar una reclamació de paternitat per entendre el legislador que, la recerca del propi origen ha de crear un vincle filial en faltar una part de la filiació.

ABSTRACT

All human beings are generated as a consequence of the genetic union of a spermatozoon and an ovum that with their union form a zygote. The new assisted human reproduction techniques have meant that the participants in procreation can engender human life without sharing blood and genetic ties without taking into account the possible damages that may cause the loss of identity of the child born through this type of techniques. The loss of identity damages the dignity of the human being, causing damage to him that directly affects his moral sphere. The human rights courts have defined that the right to identity is an inherent right of the human being due to the affectation it has on human dignity, this right is universal to each and every one of the people who do not know their own biological origin. The principle of biological truth has been extended in family law, this new vision has linked the right to identity within it. The right to identity was promoted by the association of the mothers of Plaza de Mayo as a consequence of the forced disappearance of thousands of people during the military dictatorship in Argentina and the loss of identity of the children born to them. This right was promulgated for the first time in the 1989 Convention on the Rights of the Child, in its articles 7 and 8. This mandate together with the right to non-discrimination based on birth and the right to equality have governed the inspiring principles in the legislation in Spain on adoption, in which the right to search for one's own origin has been guaranteed, even extrajudicially, including the help of mediation. The legislator understands that the search does not affect the filiation because it is irrevocable. The children of single-parent families without parental-filial legal recognition lack legal regulations that guarantee their right to identity. The only existing regulations are conditional on making a paternity claim because the legislator understands that the search for one's own origin must create a filial link when a part of the filiation is missing.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	1
1 LAS RELACIONES PARENTALES Y PATERNOFILIALES.....	3
1.1 LA RELACIÓN PATERNOFILIAL.....	5
1.1.1 <i>Apunte histórico sobre la filiación</i>	6
1.1.2 <i>La denominada filiación legítima</i>	6
1.1.3 <i>La filiación denominada ilegítima natural y no natural</i>	8
1.1.4 <i>El estado civil del hijo ilegítimo no natural</i>	10
1.1.5 <i>La filiación denominada legitimada</i>	15
1.1.6 <i>La filiación por adopción</i>	18
1.2 LA DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA MONOPARENTAL.....	28
1.2.1 <i>Los cambios legislativos en la protección de la mujer dentro del entorno familiar</i>	31
1.2.2 <i>La regulación jurídica de la familia monoparental en las diferentes comunidades autónomas</i>	33
1.2.3 <i>La evolución social y política de la familia monoparental de las madres solteras en España especial referencia al cambio social con respecto a la mujer durante la Segunda República</i>	35
1.2.4 <i>La determinación de la filiación monoparental</i>	40
1.2.5 <i>La nueva ley de familia sobre la familia monoparental</i>	41
1.3 LA INSCRIPCIÓN ORDINARIA DEL NACIMIENTO CONFORME A LA LEGISLACIÓN REGISTRAL	43
1.3.1 <i>Los hechos inscribibles y las personas obligadas a impulsar la inscripción del nacimiento</i>	45
1.3.2 <i>El principio de publicidad del Registro Civil</i>	47
1.4 EL RECONOCIMIENTO FILIAL VOLUNTARIO	48
1.4.1 <i>La definición conceptual del reconocimiento voluntario paternofilial</i>	50
1.4.2 <i>La naturaleza jurídica del reconocimiento voluntario paternofilial</i>	53
1.4.3 <i>Los caracteres del reconocimiento voluntario paternofilial</i>	57
1.4.4 <i>Los requisitos jurídicos para la determinación de la filiación</i>	58
1.5 LOS MECANISMOS PARA ESTABLECER EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO	62
1.5.1 <i>El reconocimiento de la filiación ante el encargado del Registro Civil</i>	63
1.5.2 <i>El reconocimiento paternofilial a través de testamento o documento público</i>	65

1.5.3	<i>El reconocimiento paternofilial mediante expediente administrativo en el Registro Civil.....</i>	66
1.5.4	<i>La determinación de la filiación no matrimonial mediante sentencia firme ..</i>	67
1.5.5	<i>La determinación de maternidad no matrimonial.....</i>	69
1.5.6	<i>La determinación legal de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida</i>	71
1.6	LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA FILIACIÓN	75
1.7	EL RECONOCIMIENTO PATERNOFILIAL VOLUNTARIO EN EL REGISTRO CIVIL REALIZADO POR COMPLACENCIA	78
1.8	LA AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO PATERNOFILIAL	82

2 EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN 85

2.1	EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.....	91
2.1.1	<i>El principio de prevalencia de la verdad biológica vs la relación formal</i>	100
2.1.2	<i>La verdad biológica y la verdad jurídica en la filiación</i>	102
2.1.3	<i>Las falsas inscripciones y el derecho a la identidad.....</i>	107
2.1.4	<i>La pérdida de la filiación e identidad a consecuencia de las guerras</i>	110
2.1.5	<i>El conflicto entre el derecho a conocer el propio origen y otros derechos fundamentales afines</i>	112
2.1.6	<i>La razón de ser del artículo 39.2 de la Constitución y su interpretación auténtica</i>	116
2.2	EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA BÚSQUEDA DEL PROPIO ORIGEN	119
2.2.1	<i>El principio de igualdad y no discriminación por razón de filiación en la búsqueda del propio origen en la jurisdicción del Tribunal Constitucional español</i>	120
2.2.2	<i>El principio general de igualdad y no discriminación por razón de filiación en el derecho civil vigente</i>	126
2.3	EL MARCO JURÍDICO EN EL DERECHO CIVIL COMÚN Y EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN	131
2.3.1	<i>El derecho a conocer el propio origen biológico en el derecho civil común</i>	132
2.3.1.1	<i>La presunción de la filiación matrimonial.....</i>	132
2.3.1.2	<i>En el caso de impugnación de la paternidad por parte del hijo no biológico</i>	134
2.3.1.3	<i>La determinación de la filiación no matrimonial del progenitor padre</i>	138
2.3.1.4	<i>El reconocimiento</i>	138
2.3.1.5	<i>El reconocimiento de complacencia</i>	139
2.3.2	<i>El derecho a conocer el propio origen en el Derecho civil de Cataluña</i>	142
2.3.2.1	<i>La presunción de la filiación matrimonial.....</i>	143
2.3.2.2	<i>La determinación de la filiación no matrimonial del progenitor</i>	144
2.3.3	<i>La búsqueda del propio origen biológico dirigida a la simple investigación de la paternidad.....</i>	145
2.4	EL MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA BÚSQUEDA DEL PROPIO ORIGEN	149

2.4.1	<i>El marco jurídico internacional del derecho a la identidad en la búsqueda del propio origen</i>	150
2.4.1.1	El reconocimiento a la identidad en el derecho internacional de los derechos humanos.....	153
2.4.1.2	El reconocimiento a la identidad en la Convención sobre los Derechos del Niño	155
2.4.1.3	El Convenio de la Haya sobre Protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, de 20 de mayo de 1993 en relación con el derecho a la identidad.....	157
2.4.2	<i>El marco jurídico constitucional español</i>	158
2.4.3	<i>La protección que quiso dar el poder constituyente al aprobar el artículo 39 de la Constitución</i>	159
2.4.4	<i>El reconocimiento jurídico en el marco del derecho comparado</i>	161
2.4.5	<i>La aplicación analógica del principio constitucional de investigación de la paternidad y del principio de verdad biológica</i>	164
2.5	LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA CIVIL MAYORITARIA EN TORNO A LA BÚSQUEDA DE LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS	166
2.6	LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	169
2.7	LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	172

3 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA BÚSQUEDA DEL PROPIO ORIGEN..... 181

3.1	INCORPORACIÓN A LA NORMATIVA ESTATAL DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	182
3.1.1	<i>La triple dimensión: un derecho, un principio y una norma de procedimiento</i>	188
3.1.2	<i>El principio de audiencia o derecho a ser escuchado</i>	189
3.2	LA DIGNIDAD HUMANA FUNDADA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO .	190
3.3	LA IDENTIDAD DEL NIÑO COMO INTERÉS SUPERIOR.....	193
3.3.1	<i>El principio del interés superior del niño y la presunción de pater is est....</i>	195
3.3.2	<i>El interés superior del niño como derecho humano</i>	197
3.4	LA DIVERSIDAD FAMILIAR Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.....	198
3.4.1	<i>La obligación constitucional de protección de la familia</i>	202
3.4.2	<i>Los deberes y derechos de los padres en la diversidad familiar</i>	207
3.5	EL DERECHO GENÉTICO Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	209
3.5.1	<i>Las técnicas de reproducción humana asistida, filiación e identidad</i>	212
3.5.1.1	El Derecho comparado en técnicas de reproducción humana asistida	215
3.5.1.2	Las posibles consecuencias y daños que comportan las técnicas de la reproducción humana asistida.....	221
3.5.2	<i>La gestación por sustitución</i>	224
3.5.3	<i>Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación por sustitución</i>	226

3.5.4	<i>Las resoluciones del Tribunal Supremo sobre la gestación por sustitución</i>	229
4	DAÑO, IDENTIDAD Y FILIACIÓN	233
4.1	LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL	234
4.2	EL DAÑO Y LA IDENTIDAD PERSONAL	237
4.2.1	<i>La trilogía de la identidad, la vida y la libertad</i>	239
4.2.2	<i>El concepto de la identidad estática y dinámica</i>	241
4.2.3	<i>El daño psicosomático a la identidad personal</i>	242
4.2.4	<i>La visión de la jurisprudencia civil con respecto al daño a la identidad personal</i>	243
4.3	LA EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	244
4.3.1	<i>Los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en la Constitución</i>	246
4.3.2	<i>Concepto de daño moral</i>	247
4.4	EL DAÑO MORAL Y LA FILIACIÓN	251
4.4.1	<i>El posible daño moral y su responsabilidad civil en las relaciones familiares</i>	256
4.4.1	<i>Los posibles daños producidos por el no reconocimiento de la filiación paterna</i>	259
4.5	LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CON RESPECTO AL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA DE ARGENTINA	263
5	LA MEDIACIÓN	267
5.1	LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN LOS PROCESOS DE LA ADOPCIÓN	270
5.2	LA PROTECCIÓN JURÍDICA EN LA BÚSQUEDA DEL PROPIO ORIGEN	271
5.3	LA MEDIACIÓN EN LOS HIJOS QUE BUSCAN SU PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO	273
5.4	FASES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN LA BÚSQUEDA DEL PROPIO ORIGEN	277
	CONCLUSIONES	279
	BIBLIOGRAFÍA	300

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como punto de partida la realización de un análisis exhaustivo acerca del derecho de filiación del hijo de familia monoparental sin reconocimiento paternofilial en el marco del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento. El propósito primordial de este se basa en investigar la posible inefectividad del derecho a conocer el propio origen a pesar de su reconocimiento formal en diversas leyes, autonómicas, estatales, constitucionales, europeas e internacionales.

Es evidente que los hijos de familias monoparentales sin reconocimiento paternofilial no son una forma de familia que haya nacido en la actualidad, sino que desde siempre ha existido, aunque no ha sido históricamente reconocida como la forma “lícita” de procrear.

El primer objetivo que se plantea es el análisis de la normativa que garantice a todas las personas su derecho a la búsqueda de los orígenes biológicos. El derecho a la investigación de la paternidad no quedó jurídicamente reconocido hasta la proclamación de la Constitución de 1978; en la actualidad, existen barreras administrativas y jurídicas que dificultan el ejercicio de este derecho para algunos grupos de personas.

La hipótesis que se plantea es que el principio del interés superior del niño debe prevalecer por encima de cualquier derecho subjetivo a la hora de la búsqueda del propio origen.

Para ello se analiza si existe o no discriminación por razón de nacimiento por parte de los legisladores autonómicos, estatales e internacionales, y si, a la hora de legislar y de establecer a través de leyes o protocolos de actuación que garantizan y hacen efectivo el derecho a conocer el propio origen, hay un sesgo hacia las personas adoptadas.

Y como hipótesis secundaria se constatará que la falta de reconocimiento paternofilial produce o puede producir daño en el hijo, a través del análisis de los tipos de daños que ocasiona y los modos de reparación de estos.

En la primera parte de esta investigación se pretende averiguar qué principios constitucionales forman parte del derecho a conocer el propio origen biológico y sus límites. Se analiza la normativa estatal, autonómica e internacional y la jurisprudencia constitucional al respecto. Se estudia el verdadero objetivo de los redactores constitucionales al redactar el artículo 39.2 de la Constitución de 1978. Se indaga en la distinción entre el derecho a la filiación y el derecho a conocer los orígenes biológicos.

El segundo apartado de esta investigación se centra en el interés superior del niño en la aplicación del derecho a la búsqueda del propio origen, además de en su prevalencia como garantía de efectividad a la hora de ejercerlo.

El tercer apartado de la investigación versa en averiguar si, como consecuencia del no reconocimiento jurídico de forma voluntaria por parte del padre biológico, se produce un daño al hijo no reconocido, y, sí es así, qué clase de daño produce en la persona y cómo se repara. En este punto, se analiza en qué ayuda la mediación en la búsqueda del propio origen y cómo puede establecer puentes de acercamiento entre ambas partes.

En esta tesis se ha seguido una metodología dogmática, sin detrimento de otros criterios metodológicos, especialmente históricos, comparados y hermenéuticos, a partir de la jurisprudencia más relevante sobre las cuestiones planteadas en torno a la filiación monoparental sin reconocimiento paternofilial.

1 LAS RELACIONES PARENTALES Y PATERNOFILIALES

Las relaciones familiares que se establecen entre parientes son designadas con el término de «parentesco»; estas relaciones son clasificadas en función del grado o distancia que exista entre las personas. En esta investigación nos centraremos especialmente en la relación paternofamiliar, es decir, la que existe entre progenitor e hijo por la existencia de un vínculo de parentesco directo (ascendente o descendente), y a consecuencia de la existencia de ese lazo sanguíneo, el derecho de familia debe proteger el derecho subjetivo de las personas, especialmente el derecho de la personalidad del niño¹

El término de parentesco únicamente se encuentra regulado en la sucesión intestada, en los artículos 915 a 923 del Código Civil. Esta relación nace como consecuencia del vínculo existente entre dos o más personas dentro de la familia. El artículo 919 del Código Civil establece que “el cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias”, por lo que entendemos que la normativa de parentesco establecida en los artículos anteriores es aplicable a todas las materias relacionadas con el derecho de familia.

La clasificación del parentesco se determinará contando el número de generaciones entre los individuos, que conformarán los diversos grados entre familiares. Podemos dividir las relaciones parentales en tres grupos: el parentesco por consanguinidad, por adopción o por afinidad.

La relación parental por consanguinidad (o comunidad de sangre) es la que surge entre personas que están unidas entre sí por el hecho de descender unas de otras de forma directa, ascendente o descendente a través de abuelos, padres, nietos y así correlativamente. Este parentesco puede venir dado por

¹ Federico DE CASTRO Y BRAVO, “Los llamados derechos de la personalidad”, p.1255.

compartir antepasados en común, como primos, hermanos, tíos y demás parientes colaterales².

Los familiares descendientes y ascendientes son llamados parientes en línea recta, mientras que cuando se comparten antepasados en común se conoce como parentesco en línea colateral. En todo caso, ambas situaciones tienen el denominador en común de la sangre.

En el parentesco adoptivo³, el sistema jurídico otorgó la condición análoga al parentesco por consanguinidad, conocido en la terminología clásica como «parentesco civil». Así se denominó el vínculo familiar existente entre adoptado y adoptantes. La regulación normativa en España igualó la relación adoptiva con la consanguínea⁴.

En el parentesco por afinidad no se tiene en común un vínculo de consanguinidad, ni tampoco está igualado por normativa jurídica como la adopción. La relación que existe por afinidad es la que comparten los familiares por matrimonio, como serían los suegros, los cuñados, el yerno o la nuera. El parentesco por afinidad no está regulado en el Código Civil, pero sí se le ponen límites con respecto a la imposibilidad de adoptar a un pariente de segundo grado por consanguinidad o afinidad (así lo dispone el artículo 175.3. 2º del Código Civil), al igual que en la cuestión testamentaria se dispone que no podrán ser testigos los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad señalados en los artículos 681 y 682 del Código Civil. De igual forma,

² Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil VI*, p. 250. Inmaculada GARCÍA PRESAS, “El derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, p. 238.

³ En la adopción, el parentesco no está vinculado al propio origen biológico de las personas adoptadas por lo que “Existe una fuerte evidencia de que los niños y las niñas están profundamente interesados en conocer su historia, en conocer su parentesco y en momentos como la adolescencia, que se caracteriza por una crisis de identidad”, Berta AZNAR-MARTÍNEZ, Judith LORENTE DE SANZ, Carles PÉREZ-TESTOR, “La gestación subrogada desde la perspectiva psicológica” p. 74.

⁴ Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil VI*, p. 250. Inmaculada GARCÍA PRESAS, “El derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, p. 238.

el artículo 754 del Código Civil prohíbe nombrar herederos a los parientes afines del Notario autorizante del testamento hasta el cuarto grado.

Para el derecho civil tiene una gran importancia determinar qué tipo de parentesco existe entre las personas que conviven en un grupo familiar. Por ejemplo, es de especial relevancia saber con precisión el grado de parentesco que corresponde para delimitar determinados derechos y obligaciones, como la obligación de prestar alimentos a los hijos o los derechos sucesorios o hereditarios.

1.1 La relación paternofilial

El parentesco al que nos referimos en esta investigación es precisamente el consanguíneo que une a un padre con su hijo. Este vínculo, directo e inmediato, se considera descendiente y ascendiente por línea recta. La unión de padre e hijo es conocida con el nombre técnico de filiación y queda regulada en una parte del derecho de familia.

Por el momento, es necesaria la conjunción de una madre con material genético procedente de un hombre para obrar la concepción y llevar a cabo la gestación de los hijos y su nacimiento. Como consecuencia de ello se determinará la filiación materna y, en su caso, paterna (o la paternidad y maternidad). Generalmente, ambos aspectos se producirán de forma simultánea y conjuntamente con el nacimiento del hijo, aunque no siempre es así. Para ello, nos referiremos por separado a los diferentes tipos de filiación⁵, si bien antes de entrar a analizarla desde una perspectiva actual debemos ofrecer una panorámica de la evolución histórica que ha sufrido la determinación de la filiación en nuestro país.

⁵ *Ibidem*, p. 254.

1.1.1 Apunte histórico sobre la filiación

Los antecedentes históricos en España de las normas civiles implantadas antes de la promulgación de la Constitución de 1978 siguieron el patrón napoleónico, estableciendo dos figuras jurídicas llamadas la filiación legítima y la filiación ilegítima; a su vez, se implantó la prohibición de la investigación de la paternidad. Entre ambas filiaciones existieron grandes diferencias que afectaban de forma negativa a los hijos ilegítimos.

La determinación de la filiación legítima se proclamaba cuando la concepción y el nacimiento del hijo se producían dentro del matrimonio; como consecuencia de ello, los hijos obtenían la totalidad de los derechos y las obligaciones que la filiación legítima les reconocía, como, por ejemplo, obtener el apellido del padre, la obligación de ser por él alimentado, el derecho a ser cuidado por ambos progenitores o poder tener acceso a los derechos sucesorios.

En cambio, los hijos que nacían fuera del matrimonio eran considerados ilegítimos; y aún dentro de esta categoría se tenía que distinguir entre la filiación ilegítima natural y la filiación ilegítima no natural. Analizamos brevemente estas figuras y las diferencias que existían entre ellas.

1.1.2 La denominada filiación legítima

La filiación legítima ha estado ligada a la existencia de un vínculo matrimonial entre los progenitores en el momento de la concepción y el posterior nacimiento. Los artículos 115 a 118 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, reguló los hijos legítimos y los artículos 118 a 128 de este mismo texto legal reguló los llamados hijos «legitimados».

La figura de los hijos «legitimados» nace para legitimar a hijos, que en principio hubieran sido ilegítimos, pero que se convertían en legítimos a partir del

matrimonio entre sus progenitores posterior a su nacimiento. Con esto el Código Civil perpetuaba la doctrina que ya regulaban las Partidas de Alfonso X⁶.

Los primeros artículos del título V, capítulo I del Código Civil, sobre la paternidad y la filiación, a los que hemos aludido, detallaban los requisitos para la consideración de legítimos de los hijos. El mismo texto legal estipulaba que se presumían como hijos legítimos los que nacieran dentro de los ciento ochenta días siguientes al de la unión matrimonial de sus padres y antes de los trescientos siguientes a la separación de éstos.

El artículo 109 del mismo texto legal disponía textualmente: “El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera”. De ello se deduce que, si cumplía con los plazos establecidos del artículo 108, se presumía legítimo.

El mismo texto legal regulaba la filiación de los nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio con ciertos requisitos. Uno de ellos era que el marido reconociera el embarazo con anterioridad al matrimonio; otro, que consintiera poner el apellido en la partida de nacimiento en el momento del alumbramiento; y, por último, que lo reconociera como hijo suyo de forma expresa o tácita.

Los hijos legítimos tenían el derecho, a través del artículo 114 del Código Civil de 1889, a llevar los apellidos del padre y de la madre, a recibir alimentos de sus padres y, conforme al artículo 143 del mismo texto legal, también a recibir alimentos por parte de los ascendientes y hermanos si a los padres no les era posible hacerlo, además de poder obtener derechos sucesorios.

Por tanto, el matrimonio fue considerado como la única fuente de creación de derechos en la procreación y, de este modo, los hijos nacidos de una relación extramatrimonial eran denominados como hijos ilegítimos y excluidos de los derechos que sí amparaban a los matrimoniales.

⁶ *Las siete partidas del rey don Alfonso el Sabio, cotejadas por varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia.* p. 87-91.

1.1.3 La filiación denominada ilegítima natural y no natural

La filiación natural de un hijo no siempre coincide con sus progenitores, “es ley de la biología que cada hijo tiene un padre y una madre. Para el derecho, sin embargo, puede carecer de uno de ellos o de los dos, porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos efectos no está siempre (sino cuando concurren ciertas circunstancias) la atribución de un estado de filiación”⁷.

La filiación establece los efectos jurídicos que desprenden el nacimiento del hijo; en el caso de la madre ésta está reconocida en el momento que da a luz. Desde diciembre de 1999 no existe la posibilidad en España del parto anónimo. Pero, en el caso del padre, para establecer la filiación se debe contar con el conocimiento de su identidad y que él ejerza un reconocimiento voluntario. No obstante, en ocasiones, no es posible conocer la identidad de ambos progenitores al haberse abandonado al hijo sin que conste dato alguno.

En cuanto a la situación del hijo ilegítimo frente a la madre, merece la pena ahondar en el caso de que se carezca de datos que revelan la posición familiar del hijo que ocupa frente a la madre. La incertidumbre sobre la identidad de la madre, en principio, no se debería plantear, al constar siempre su identidad en el acto del nacimiento, pero en realidad sí se cuestiona respecto del niño expósito⁸ (así se denominaba a los niños abandonados por sus madres en exclusas sin dejar constancia de la identidad de la madre). En estos supuestos, no podría ejercitar sus derechos frente a sus progenitores, al desconocer su identidad⁹.

⁷ Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *El reconocimiento de filiación natural*, p. 7.

⁸ Mario César SÁNCHEZ VILLA, “‘Los hijos del vicio’. El problema del niño expósito y la modernización de la Inclusa en España durante el cambio de los siglos XIX y XX”, pp. 325-352.

⁹ Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación natural en el Derecho histórico español*, p. 80.

El abandono del niño expósito («hijo del vicio»)¹⁰ fue una práctica habitual desde el siglo XVIII; estos abandonos se debían al gran peso que ejercía la moral católica con respecto al aborto, que se consideraba un pecado canónico penado con la excomunió n inmediata. Esa era la principal razón por la que las madres abandonaban a sus hijos y no se sometían a unos abortos que, además, ponían en grave riesgo su vida.

El abandono del niño expósito llevaba aparejada la consecuencia, en algunas ocasiones, de la investigación de la maternidad, que era aceptada por las legislaciones instauradas en el ordenamiento jurídico del Código Civil de 1889, contrariamente a lo que sucedía respecto de la investigación de la paternidad. La madre quedaba obligada a reconocer al hijo natural en el momento en que quedase probado el hecho del parto y la identidad del niño dispuesto en el artículo 136.2º del Código Civil de 1889. Este artículo es poco clarificador. No queda claro si el legislador pretendía garantizar por medio de pruebas el reconocimiento de la maternidad. La realidad es que en la época que se redactó el código, todas las mujeres daban a luz en sus casas. Las madres, para poder reconocer a sus hijos, debían probar que habían sufrido un parto, además de que la identidad del hijo que habían dado a luz era el mismo que reconocían.

La problemática de la filiación no legítima está centrada en el conflicto de intereses entre el “hijo, que tiene derecho a ser protegido por quienes le pusieron en el mundo sin consultarle, y [su] familia legítima, que puede resultar malparada si no se observan las debidas precauciones para defenderla”¹¹.

El derecho tradicional se inspiró en materia de filiación en un doble principio. Por una parte, se aceptó establecer la investigación de la paternidad y, por otra, se estableció el criterio de jerarquía de filiaciones.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en derecho español*, p. 202.

Se ha podido afirmar que la forma en que el padre reconocía a su hijo era a través del reconocimiento conjetural¹². En el matrimonio se presuponía que el hijo nacido de la unión de ambos padres era atribuido al marido. No existían dudas a la hora de situarlo dentro de los hijos legítimos.

La distinción entre hijos ilegítimos e hijos legítimos estuvo presente en el ordenamiento jurídico español durante un largo período de tiempo; no desapareció definitivamente en España hasta la proclamación de la Constitución de 1978, que igualaba los derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales sin discriminar entre ellos. La Constitución igualó ambas figuras jurídicas porque así lo reclamaban los cambios sociales y jurídicos de la época.

Con la proclamación del artículo 39.2 de la Constitución se estableció que los poderes públicos debían asegurar la protección integral de los hijos, que se consideraban iguales ante la ley¹³. Este artículo conecta con el artículo 14 del mismo texto constitucional y proclama el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento, lo que refuerza “la superación estigmatizadora entre filiación legítima e ilegítima de la legislación anterior”¹⁴. Esta discriminación a la que aludimos es la que fue suprimida a partir de los artículos mencionados (14 y 39.2).

1.1.4 El estado civil del hijo ilegítimo no natural

Los hijos ilegítimos no naturales (adulterinos, incestuosos, sacrílegos y los que no eran calificados como naturales) no podían reclamar ningún derecho sucesorio (así se desprendía de la interpretación de los artículos 139 a 143 del texto original del Real Decreto, de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil). Esta discriminación se había recogido en los ordenamientos

¹² Jesús Díez DEL CORRAL RIVAS, “El reconocimiento incidental de la paternidad natural, pp. 561-562. Se admitió así el reconocimiento expreso y el tácito y que su existencia pudiera probarse por cualquier medio, incluso por la prueba de presunciones (reconocimiento conjetural).

¹³ Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, *Derecho de la persona y la familia*, p. 29.

¹⁴ *Ibidem*.

jurídicos desde el período romano y permaneció en nuestra legislación hasta el siglo xx. Recordemos además que la fuerte influencia en la Edad Media de la Iglesia católica, no ayudó precisamente a modificar la regulación jurídica existente con respecto a los hijos ilegítimos no naturales.

La Iglesia católica tenía prohibido el aborto, y eso llevó a muchas mujeres a abandonar a sus hijos en las inclusas y casas cuna. Las instituciones de las inclusas ofrecían una función social que daba la opción a aquellas familias que decidían entregar a sus hijos de forma anónima, considerándose “una forma adecuada de encauzar los pecados ligados al desprecio maternal, permitiendo transformarlos en virtud y ejercer así un efecto redentor en el abandonado”¹⁵. Esta idea se apoyó sobre la creencia de la existencia de un vínculo entre la maldad realizada por los padres al cometer el pecado de concebir a un hijo fuera de lo legalmente establecido por la Iglesia católica y las condiciones morales de los hijos. Esas circunstancias hicieron que esos niños fueran bautizados como “los hijos del vicio”¹⁶.

La sociedad de la época adoptó la interpretación de los pasajes bíblicos establecidos en el antiguo testamento. En la Biblia, la redacción que hace el Libro del Éxodo dice literalmente: “No te postrarás ante ellos, ni les darás culto; porque yo, el Señor, tu Dios, soy un Dios celoso, que castigo el pecado de los padres en los hijos, hasta la tercera y la cuarta generación de los que me odian”¹⁷. Además, el Libro de las Lamentaciones añade que “nuestros padres pecaron y ya han muerto, y nosotros cargamos con sus culpas”¹⁸.

¹⁵ Mario César SÁNCHEZ VILLA, “«Los hijos del vicio». El problema del niño expósito y la modernización de la Inclusa en España durante el cambio de los siglos XIX y XX”, p. 330.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Sagrada Biblia. Éxodo 20:5.

¹⁸ Sagrada Biblia, Lamentaciones 5:7.

Las inclusas de la época se llenaban de niños expósitos que eran repudiados y abandonados. Estos niños eran vistos como un peligro potencial por la iniquidad de los progenitores¹⁹.

A finales del siglo XVIII este pensamiento empieza a cambiar con respecto a cómo se debían educar y proteger a estos niños. El cambio se vio reflejado en la proclamación de la Real Cédula por el Rey Carlos IV²⁰, que muestra el deseo de amparar y dar una educación adecuada a los niños abandonados, con la intención de que ese cambio repercuta en el Estado.

La misma Real Cédula hace alusión al Decreto dictado con fecha de cinco de enero de 1794, con la intención de evitar que muriesen más niños por falta de lactancia o por la precariedad en la que se encontraban los expósitos. El Real Decreto al que aludimos cumplía, a su vez, con el propósito de que los niños del Reino en las inclusas “fuesen tenidos y considerados en la clase de hombres buenos del estado llano general, sin diferencia alguna de los demás vasallos de esta clase”²¹.

El Real Decreto reguló que ninguna persona podría ser detenida o investigada judicialmente si se descubría que llevaba a una criatura, si alegaba que iba a entregarla a la casa de expósitos o al Párroco de otro pueblo cercano. Solo se debía asegurar que realmente fuese entregado el bebé²². Esto evitaría que muchos niños fuesen abandonados en las puertas de las iglesias o en otros lugares o que se produjesen infanticidios.

En agosto de 1904 entra en vigor la Ley sobre protección a la infancia, de 12 de agosto de 1904, bajo el reinado de Alfonso XIII. Su necesidad fue motivada por las malas condiciones en las que se encontraban los niños abandonados que

¹⁹ Mario César SÁNCHEZ VILLA, “«Los hijos del vicio». El problema del niño expósito y la modernización de la Inclusa en España durante el cambio de los siglos XIX y XX”, p. 330.

²⁰ Real Cédula de 1796 de S.M. por la que manda observar el reglamento inserto para la policía general de expósitos de todos sus dominios.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, p. 12.

vivían en las inclusas, casas cuna y hospicios. El objeto de la ley eran los menores de diez años y se trataba de proteger su salud física y moral y de vigilar a los que fueron entregados a la lactancia en las casas cuna, talleres o asilos.

La Ley sobre protección a la infancia, de 12 de agosto de 1904 estableció la obligación a los padres que habían encomendado la lactancia o crianza de sus hijos a otras personas y que no residían en su propia casa, de comunicarlo a la junta local. Esta comunicación debía darse en un plazo estipulado de tres días, con nombre y domicilio de las personas a quienes se le encomendó el niño. Adicionalmente, quienes se encargaban de la lactancia o se habían responsabilizado de la crianza del niño debían asegurarse de que disponían del libro que les autorizaba para ello. En el caso de no cumplir con esas prescripciones se arriesgaban a ser multados.

La misma ley articuló la protección para los niños que se encontrasen vagabundeando, mendigando, abandonados o siendo explotados si eran menores de diez años. El artículo catorce del mismo texto legal estableció la obligación de dictar un reglamento para la protección de la infancia. Para ello, se fijó un plazo de tres meses para elaborarlo. La realidad es que no fue publicado en la Gaceta de Madrid hasta el 24 de enero de 1908; se trata del Real Decreto de 24 de enero de 1908, aprobando el Reglamento de la protección a la infancia.

El reglamento se compuso de cincuenta y siete artículos, divididos en IX capítulos. El primer capítulo articuló la acción protectora a favor de la infancia, protegiendo a los menores de diez años. Esta protección se extendió incluso a la mujer embarazada, se regló la lactancia y su vigilancia. El capítulo II estipuló la composición del Consejo Superior de la Protección a la infancia, formado por vocales electivos de diversas corporaciones de la Real Academia de Medicina, la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, la Sociedad Española de Higiene, la Junta de Damas de Honor y Mérito, la Sociedad Protectora de los Niños, la Sociedad Económica de Amigos del País, la Sociedad la Cuna de Jesús, el Consultorio para niños de pecho, el Ateneo de Madrid, el Círculo de la Unión Mercantil, el Círculo industrial, la Escuela Normal de Maestros, la Escuela Normal de Maestras, la Asociación de Propietarios, la Asociación para el mejoramiento de

la clase Obrera, Fomento de las Artes, el Centro instructivo del obrero, la Asociación de la Prensa, la Asociación Nacional de Sanatorios y Hospicios marinos y el Instituto de Reformas Sociales.

Los capítulos III y IV organizaban la composición de las juntas provinciales y municipales. El capítulo V trataba sobre la composición de las cinco secciones en las que, tanto el Consejo como las Juntas provinciales, se debían dividir: puericultura y primera infancia; higiene y educación protectora; mendicidad y vagancia; patronos y corrección paternal; y jurídica y legislativa.

En el mismo texto legal, el capítulo VII se titulaba «premio y recompensa». En él se recogían cuatro artículos que gratificaban el buen trabajo realizado de nodrizas, maestros, médicos, directores de fábricas y fundadores de instituciones destinadas a proteger a madres pobres embarazadas. Estos premios consistían en medallas de oro, de plata o de bronce. Los candidatos eran premiados dependiendo de su implicación y de su buen hacer en defensa y protección de los niños.

Tras la implantación del reglamento del que venimos hablando se dictaron varias leyes que fueron modificadas por el cambio político que sobrevino al proclamarse la Segunda República española. Durante este período de tiempo la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos naturales y no naturales se suprimió.

También fue eliminada, el 23 de agosto 1932, la Junta superior de Beneficencia; en su lugar se creó la Dirección General de Beneficencia y Obras Sociales por mor de la Ley 14 de septiembre de 1932²³. Paralelamente, se dispuso, por medio del Decreto de 25 de enero de 1933, que los servicios de beneficencia fuesen administrados a través del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión.

No fue hasta el Decreto de 2 de julio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre protección de menores, cuando entró en vigor la nueva legislación sobre protección de menores. En la Exposición de motivos,

²³ Archivo General del Ministerio del interior. Disponible en: <https://shre.ink/QhIw>.

se argumenta la necesidad de regulación legal, con la intención de corregir las numerosas omisiones que presentaba; además, se amplió la protección a los niños de dieciséis años.

Entre los años 1939 y 1978, el estado civil de los hijos ilegítimos no naturales no tenía una regulación jurídica basada en la igualdad frente a los hijos ilegítimos naturales y a los legítimos. Los ilegítimos no naturales no disponían del derecho a la filiación. De hecho, ni siquiera podían acceder a obtener el libro de filiación regulado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. La institución de la filiación ilegítima marginada perduró en el tiempo y no fue hasta la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 cuando se suprimió definitivamente.

1.1.5 La filiación denominada legitimada

La filiación legitimada se establece ya en la época romana y perduró en diferentes regulaciones jurídicas posteriores. Por ejemplo, en la compilación del Código Civil de 1889, en el título V, en el capítulo III, se reguló la paternidad y la filiación, a la vez que se conceptualiza la filiación legitimada como la vía para dar legalidad al reconocimiento de un hijo concebido y nacido fuera del matrimonio que debía reunir un requisito indispensable: ser hijo natural.

El Código Civil de 1889, en su artículo 119, define que: “son hijos naturales los nacidos, fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieron casarse sin dispensa o con ella”.

La legitimación podía efectuarse por diversos modos: si los padres contraían matrimonio después del nacimiento del hijo o bien a través de una concesión real²⁴.

Respecto de la primera opción, el matrimonio no es la «fuente» de donde procede la legitimidad de la filiación, sino la medicina que sana la ilegitimidad. La segunda opción se ampara en el artículo 69 del Código Civil de 1889, es decir,

²⁴ Blas PIÑAR LÓPEZ, *Legitimación por concesión real*, p.402.

sobre los efectos civiles que produce el matrimonio nulo contraído de buena fe. Cuando el matrimonio es putativo se puede obtener la legitimidad por concesión real²⁵.

La legitimidad de los hijos legítimos ya la encontramos en fragmentos normativos de la época del Emperador Justiniano que ya instituyó en las Novelas²⁶ los modos por los que se hacen legítimos y suyos los hijos naturales. Dice textualmente:

“Así, pues, escribimos muchas y variadas constituciones respecto a los que se la condición de naturales pasa al derecho de suyo, pero hallando, por lo que por la naturaleza de las cosas se urde en cada caso, que falta algo a lo que ya ha sido establecido, lo corregimos al presente. Porque se dispuso que si alguno, teniendo mujer, por él reconocida por el solo afecto, hubiere después procreado de ella hijos, y luego le hubiera hecho también instrumentos nupciales, y hubiere procreado de ella hijos legítimos, no permanecieran siendo naturales los que nacieron antes, sino que también ellos se contasen entre los suyos, porque en todo caso le dieron a los legítimos ocasión para nacer”²⁷.

En el mismo texto legal al que acabamos de aludir se establece el modo en que los hijos naturales hacen suyos los derechos sucesorios por testamento o abintestato. El capítulo VIII, establece:

“Los restantes, pues, que examinaremos, son los modos que han sido inventados por nosotros, los cuales conceden el derecho legítimo a los que en un principio eran hijos naturales. En la sucesión de ellos no nos ocuparemos; porque una vez que los hacemos legítimos, les damos también las sucesiones que tienen los que desde un principio son legítimos”²⁸

El capítulo X de las mismas Novelas hacía referencia a la concesión real. Dicha concesión se podía solicitar al Príncipe, cuando el padre hubiera sufrido algún accidente fortuito y no hubiera podido hacer legítimos a sus hijos naturales. La condición que se exigía era que el padre hubiese otorgado testamento queriendo que sus hijos naturales fueran sus sucesores legítimos. Después de

²⁵ Juan Francisco HENAREJOS LÓPEZ, “Religión y matrimonio: Reflexiones en torno a la concesión de dispensas matrimoniales. XVIII-XIX”, p. 227.

²⁶ Las Novelas eran una colección de las Constituciones dictadas por Justiniano entre los años 535 a 565, después de terminada, el Digesto, La Instituciones y el Código.

²⁷ Cuerpo del derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino. Primera parte Instituta-Digesto. Novela LXXIV, capítulo II. <https://n9.cl/vmfepi>

²⁸ *Ibidem*. Novela LXXXIX capítulo VIII al X.

muerto el padre, los hijos podían solicitar la concesión real mostrando ese testamento y, con ello, quedar instituidos como herederos con arreglo a la ley.

Con la compilación del Código Civil de 1889 fueron recopiladas las distintas normas jurídicas sobre la filiación y la paternidad. Se agruparon en el Título V, en cuatro capítulos distintos. Los hijos legitimados solo podrían ser los hijos naturales (según el artículo 119 del Código Civil de 1889); además, se establecen las bases para su legitimación. Se sigue manteniendo la legitimación por concesión real (a través del artículo 120 del mismo texto legal) e incluso se mantiene la posibilidad de legitimación por concesión real (ex artículo 126 del Código) si el padre hubiese testado a favor de los hijos naturales.

Con la compilación del Código Civil no hubo ningún cambio importante en cuanto a las normas jurídicas ya existentes para los hijos legitimados. La realidad fue que se compiló en un solo código todo el ordenamiento jurídico, pero sin actualizarlo.

Así, la condición de filiación legitimada perduró en el tiempo hasta la proclamación de la Constitución española de 1978. Tal como ya se ha comentado, solo durante la Segunda República Española se hace un paréntesis en su regulación, igualándose los derechos. Tras este breve período de tiempo, una vez restaurada la Monarquía, las diferencias entre filiación legítima e ilegítima vuelven a emerger.

La Constitución de 1978 declaró inconstitucional cualquier discriminación por razón de nacimiento y estableció que todos los españoles son iguales ante la ley. A partir de ese momento, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han ido creando jurisprudencia sobre la filiación.

Otra de las formas de reconocimiento de la filiación es a través de la adopción; en este caso, es equiparada a la filiación por naturaleza con la Constitución de 1978, si bien hasta su proclamación había pasado también por distintas etapas en su evolución hacia la igualdad.

1.1.6 La filiación por adopción

La primera regulación jurídica sobre la adopción de la que se tiene constancia está recogida en el texto de *Gaii Institutionum Liber I*,²⁹ obra de la jurisprudencia del Derecho romano, elaborada por el jurista romano Gayo, que muestra los textos sobre la adopción de la época visigoda. Se compone de cuatro apartados en los que diferencia la *arrogatio* y la *adoptio*. La *arrogatio* era la adopción realizada por un ascendiente biológico, tanto paterno como materno, mientras que la *adoptio* era la adopción por parte de una persona sin lazos consanguíneos. El texto equiparaba la filiación adoptiva a la filiación natural³⁰.

También en el Breviario de Alarico³¹ encontramos regulación jurídica respecto de la adopción. Con base en el principio de “*adoptio naturam imitatur*”, cualquier persona (sea hombre o mujer) podía unirse a una familia en calidad de hijo y heredero, sin ser hijo legítimo ni natural³².

A lo largo de la historia en España, la institución de la adopción no es estática sino dinámica, dependiendo de la necesidad social de la época; así, desde la edad media a la moderna fue evolucionando para salvaguardar la figura

²⁹ GAI. *Legis Romanae Visigothorum, Fragmenta ex Codice Palimpsesto*, pp. 331 a 333. “TIT. V- DE ADOPTIONIBUS. *Adoptio naturae similitudo est, ut aliquis filium habere possit, quem non generauerit. §1. Sed ipsa adoptio duobus modis, una quae arrogatio dicitur alia quae adoptio, Arrogatio est, quando aliquis patrem non habens adoptatur (Sequitur textu pag.333) et ipse se in potestatem adoptivi patris dat. Et ideo arrogatio dicitur, quia et ille, qui adoptat, interrogatur, utrum illum, quem adoptat, filium habere velit: et ille, qui adoptatur, interrogatur, utrum id fieri velit, Illa vero alia adoptatio est, ubi quis patrem habens, ab alio patre adoptatur: et ita ille, qui adoptatur, de certi patris potestate discedit, et in adoptivi patris incipit esse potestate. §2. Nam et feminae adoptari possunt, ut loco filiarum adoptivis patribus habeantur: feminae vero adoptare non possunt, quia nec filios ex se natos in potestate habent. §3. Spadones autem, qui generare non possunt, adoptare possunt: et licet filios generare non possit, quos adoptaverint filios habere possunt. §4. Si quis vero filios habens se dederit adoptandum, non solum ipse in patris adoptivi potestatem redigatur, sed et filii eius; si tamen avum paternum non habuerint, in adoptivi patris traseunt potestatem, tanquam nepotes”.*

³⁰ *Ibidem*.

³¹ El Breviario de Alarico, también llamado *Lex Romana Visigothorum* es un texto legal visigodo en el que se recoge el derecho romano vigente en el reino visigodo de Tolosa. Este texto fue elaborado durante el reinado de Alarico II. Es principalmente una obra recopilatoria del derecho romano postclásico.

³² Manuel BAELO ÁLVAREZ, *La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor*, p. 49.

del niño desamparado o desprotegido. La normativa sobre la adopción varía en los diferentes fueros municipales³³. En ellos, se fueron incorporando normas jurídicas sobre la adopción. La motivación para la creación de dichos fueros era la intención de otorgar un privilegio a los primeros pobladores cristianos de una España reconquistada, favoreciendo el asentamiento y reforzando los valores de las familias cristianas que se establecieron en territorios conquistados. Existía la prohibición de adoptar cuando se tuvieran hijos legítimos o legitimados, a excepción de los fueros de Cataluña y Aragón.

Los privilegios de los fueros municipales hacen que cada uno regule la adopción en su territorio según su propio criterio. A partir del siglo XVIII se opta por unificar en todo el Estado los criterios implantados en los fueros para incrementar la protección y cuidado de los niños bautizados con el apellido de Expósito³⁴ y análogos. Hospicios, casas cuna, inclusas y orfanatos ostentaban la tutela y el control administrativo de las posibles adopciones.

Ante la gran cantidad de hospicios existente y la incapacidad del Gobierno para gestionar las actividades de las casas cuna, inclusas y orfanatos fue precisa una regulación normativa para estas instituciones como establecimientos privados de beneficencia³⁵; por ello se dicta el Reglamento General de la Beneficencia Pública, decretado por las Cortes Extraordinarias el 27 de diciembre de 1821. Consta de 138 artículos en los que se regula la beneficencia como una función pública. En él se establecen las reglas que deben seguir estos establecimientos y quiénes deben regirlas. El reglamento establece las «casas

³³ Los fueros municipales gozaban de un privilegio de repoblación durante la reconquista en España y regulaban la paternidad adoptiva. Entre ellos, podemos destacar el Fuero de Pamplona, Daroca, Jaca, Navarra, Aragón, Vidal Mayor, Novenera, Sobrarbe, Viguera y Val de Funes, Soria, Valencia y Tortosa. *Ibidem*.

³⁴ A los niños abandonados se los bautizaba con el apellido de Expósito u otros análogos como San Miguel, Ramos, Blanco, Cruz y Gracia en España; Ventura, Degli Spositi, Proietti, Trovato e Innocenti en Italia y en Francia los apellidos Bonheur, Lacroix y Truvé. Manuel BAELO ÁLVAREZ, *La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor*, p.152. 2013³⁴. Los apellidos revelaban el origen y la condición social de niños abandonados generación tras generación.

³⁵ Miguel Ángel CABRA DE LUNA y José Antonio PANIZO ROBLES (coord.), *Protección social: Seguridad Social y discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*, p.261.

de maternidad» y las divide en tres departamentos; uno para las mujeres embarazadas; otro para la lactancia de los niños expósitos y el tercero para educar y cuidar de los niños hasta que cumplan los seis años de edad.

En el artículo 53 del Reglamento General de la Beneficencia Pública se establecía la posibilidad de identificar las entradas de los niños con su identidad; se acuerda la creación de un libro de registro donde se recogieran todos los datos que pudieran recabarse sobre los niños que entraban en las casas de maternidad. En el artículo 65 del mismo reglamento se estipulaba la posibilidad de que los niños expósitos pudieran ser prohijados (adoptados).

El reglamento regulaba la protección de los niños desamparados por sus padres: las juntas de beneficencia tenían la obligación de protegerlos ante cualquier duda de maltrato. Si los padres optaban por reclamar a los hijos no debía existir ninguna duda que hiciese sospechar que no iban a recibir una buena educación. El desarrollo de este reglamento no se ejecutó hasta la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto, mandando se observe el Reglamento de la Ley de Beneficencia, de 20 de junio de 1849³⁶.

Desde las Siete Partidas de Alfonso X hasta la implantación del Código Civil de 1889, la adopción experimenta paralelamente una transformación en su uso social. Se establecen diferentes modalidades de adopción, más enfocadas en dar consuelo en la vejez a familias sin descendientes legítimos o legitimados³⁷.

Otro uso especial es el que le dan las monarquías, que utilizaron la adopción con fines ilícitos en su propio beneficio, llegando a legitimar hijos adulterinos y bastardos.

La aprobación del Código Civil de 1889 regula la adopción estableciendo una protección normativa que garantiza la protección del niño en diferentes aspectos. Se establece la prohibición de adoptar a los eclesiásticos, a los que

³⁶ Se publicó el 16 de mayo de 1852.

³⁷ Manuel BAELO ÁLVAREZ, *La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor*, p. 156.

tenían descendientes legítimos o legitimados, al tutor del pupilo o al cónyuge sin el consentimiento de su consorte. Se regula la posibilidad de usar el apellido de la familia y la obligación de alimentos de forma recíproca entre el adoptante y el adoptado (así se dispone en los artículos 173 a 180); concretamente, en el capítulo V, se hace un esfuerzo por subsanar algunos usos sociales “especiales” de la adopción como los que hemos mencionado.

Asimismo, en el Código Civil se establecen las condiciones necesarias para poder optar a la adopción. Una de ellas era tener la edad de cuarenta y cinco años, además de que el adoptante debía tener, por lo menos, quince años más que el adoptado.

No obstante, no se adquirieron los derechos sucesorios entre el adoptante y el adoptado y viceversa a no ser que se establezcan en un testamento o se les haya instituido como herederos en la escritura de adopción.

El adoptado no pierde sus derechos sucesorios con respecto a su familia natural (derecho que no puede ejercer si desconoce a su familia natural), pero sí quedan suspendidos los relativos a la patria potestad. El adoptado debe dar su consentimiento si es mayor de edad y, si no lo es, sería el del tutor legal quien lo tuviera que otorgar. Para que sea efectiva la adopción, siempre se hace necesaria la autorización judicial.

El legislador, con la implantación del Código Civil de 1889, prohíbe la adopción solo a aquellas personas que carecen de descendencia legítima o legitimada. Esta prohibición da a entender la necesidad de ayuda y acompañamiento que, en ese momento histórico, necesitan los matrimonios que no han tenido hijos y que quieren recurrir a esta figura para poder ser acompañados en la vejez.

Pero la adopción no es la solución apropiada para solucionar la soledad de los matrimonios en la vejez. Desde la promulgación del Código Civil de 1889, la sociedad adopta un compromiso social con la infancia desamparada, a la vez que asume la protección de los niños de forma altruista por medio de las familias adoptantes.

La Guerra civil en España trae consigo la decisión, por parte del bando republicano, de expatriar a buen número de población infantil al extranjero: muchos niños son enviados a Francia, Inglaterra, Bélgica, Suiza, México, Dinamarca o la URSS³⁸, Estados todos con ideología afín al Gobierno y a la República. Un porcentaje muy bajo de esos niños regresaron a España una vez acabada la Guerra Civil³⁹.

Durante el periodo en el que se desarrolla la Guerra civil en España, la Generalitat de Catalunya publica el Decreto de 5 de diciembre de 1936⁴⁰ que establece las normas para la adopción de la infancia. El Decreto consta de siete artículos y seis disposiciones adicionales.

La Generalitat interpreta la necesidad de adaptar las normas jurídicas del Antiguo Régimen a la realidad de los anhelos del pueblo y así lo dispone en el Preámbulo de la ley. En él, tacha de anacrónicas las disposiciones que regulan hasta ese momento la adopción; de ahí que la institución catalana vea la necesidad de actualizar las nuevas modalidades jurídicas. El primer artículo de ese decreto otorga la posibilidad de adopción a todos los ciudadanos (sin distinción de ser padres de hijos legítimos o legitimados) mayores de veinticinco años; la norma mantiene un mínimo de diferencia de dieciocho años entre adoptado y adoptante; acepta la posibilidad de adopción por una o dos personas; otorga los mismos derechos sucesorios con respecto al adoptante que a los hijos legítimos; y da un plazo máximo de ocho días para resolver la adopción desde que se inicia el expediente hasta la resolución definitiva.

La disposición adicional primera del Decreto de 5 diciembre de 1936 establece que todos los ciudadanos, que tengan un ahijado o acogido y hayan estado más de dos años sin haber realizado los trámites de la adopción, pueden solicitar los trámites de adopción sin cumplir con los requisitos del segundo

³⁸ La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se componía de la actual Rusia y muchos de los Estados balcánicos.

³⁹ Manuel BAELO ÁLVAREZ, *La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor*, p. 183.

⁴⁰ DIARI OFICIAL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA número 340, p. 858.

párrafo del artículo dos (en el que se disponía que, si el adoptado era menor de edad, su padre o, en su caso, la autoridad tutelar, debía consentir la adopción aun cuando fuera capaz de discernir). El decreto se aprobó con los efectos de carácter retroactivo a partir del 19 de julio de 1936.

Aunque España estaba inmersa en una guerra civil, se necesitaban realizar los cambios que la ideología republicana exigía a través de normas jurídicas acordes a los anhelos del pueblo. Este anhelo lleva al dictado del Decreto de 13 de abril de 1937⁴¹ de modificación del Código Civil de 1889 con respecto a la adopción. La edad mínima exigida para adoptar se estipula ahora en los treinta años de edad, pero este requisito es dispensable por el tribunal de familia, siempre que el acogido haya convivido en la familia durante un mínimo de tres años. La diferencia de edad entre adoptado y adoptante se establece en quince años. La adopción debe ser entre ambos cónyuges y con el consentimiento de ambos.

Es evidente que entre el Decreto de 5 de diciembre de 1936 de la Generalitat de Catalunya y el de 13 de abril del 1937 del Gobierno Central existieron diferencias, aun legislando bajo un mismo estado republicano. La regulación estatal no delimitó la adopción de la misma manera que el fuero de Cataluña: el artículo sexto del texto estatal es clara prueba de ello.

Ese artículo indicaba que, en el caso de que el adoptante tuviera hijos mayores de catorce años, el tribunal competente debía oírlos por separado. En el caso de ser menores de edad, o de que estuviesen incapacitados, el tribunal oiría a los parientes que a su juicio pudieran defender sus intereses. Si el tribunal estimaba que la adopción podía perjudicar gravemente a la descendencia, la adopción era rechazada. En el caso de niños huérfanos o desamparados a causa de la guerra civil no se aplicaban los requisitos anteriormente citados del artículo sexto.

⁴¹ Publicado en el número 179 de la Gaceta de la República.

Una vez acabada la guerra civil española y ya en el periodo franquista, se promulga la Ley de 17 de octubre de 1941, por la que se dictan normas que facilitaban la adopción de los acogidos en casas de expósitos y otros establecimientos de beneficencia, con la intención de facilitar la adopción de los niños que abandonados en esos lugares.

En el Preámbulo de la Ley de 17 de octubre de 1941, por la que se dictaron normas que facilitaban la adopción de los acogidos en casas de expósitos y otros establecimientos de beneficencia, se da a entender que el prohijamiento crea un verdadero vínculo familiar entre el adoptante y el adoptado, pero también insinúa que el adoptado, en el momento que tenga que acreditar su filiación por razones de matrimonio o de estudios, cuando descubra su verdadera filiación, va a ver destrozadas las ilusiones nacidas de la convicción de quiénes eran sus padres, cuando descubra que era adoptado y que provenía de un «origen turbio y deshonoroso». Este preámbulo de la ley define con mucha claridad el pensamiento social del Alzamiento militar: la norma se basa en la necesidad de protección del débil que, en este caso, es el adoptado, al que se debe ocultar la filiación adoptiva para no quebrar y destrozarse violentamente las ilusiones del afecto con sus padres adoptivos.

Posterior a la publicación de la Ley de 17 de octubre de 1941, por la que se dictan normas que faciliten la adopción de los acogidos en Casas de Expósitos y otros establecimientos de beneficencia, se desarrolló un extenso corpus normativo⁴² que sirvió para reformar la protección e igualar a los hijos legítimos con los hijos adoptivos.

La Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil con respecto a la adopción, deroga a la Ley de 17 de octubre de 1941, por la que se dictan normas que faciliten la adopción de los acogidos en casas de Expósitos y otros establecimientos de beneficencia. En ella se distinguen dos tipos de adopciones: la plena y la menos plena. La adopción «plena» solo podía ser realizada para adoptar a los niños expósitos y

⁴² Manuel BAELO ÁLVAREZ, *La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor*, p. 268.

abandonados (por las escasas posibilidades de ser reclamados por sus padres naturales). Se amplía la edad mínima para optar a la adopción a treinta y cinco años. El legislador observa que la edad mínima legislada con anterioridad era excesiva. Se incrementa la diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado a dieciocho años.

La modificación afecta también a las prohibiciones referentes a los adoptantes. Se amplía no solamente a quienes tengan hijos legítimos o legitimados sino también a los que hayan reconocido a sus hijos naturales. La intención era que las personas que adoptaban no tuviesen descendencia.

Por otro lado, se exigía que los matrimonios que quisieran adoptar debían llevar casados un mínimo de cinco años. Uno de los cambios importantes sobre la adopción plena es que equiparó los derechos entre hijos naturales reconocidos y adoptados (los adoptados no adquirirían los mismos derechos sucesorios de los hijos legítimos o legitimados), tanto en la sucesión legítima como en la forzosa.

De nuevo en el Preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil, el legislador matiza: “Como quiera que la adopción plena pretende crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima...”. Asimismo, plantea la duda de por qué no se igualaron los derechos sucesorios con respecto a los hijos legítimos y legitimados en la adopción plena: el legislador compara de forma análoga la situación familiar de ambos supuestos, pero no los iguala en derechos a la hora de la sucesión legítima.

Otro cambio importante respecto de la modificación del Código Civil que hace la Ley de 24 de abril de 1958 es la disposición del artículo 175, que señala que “la adopción es irrevocable”, lo que garantiza la protección del niño en la familia adoptiva.

Su artículo 178 estipula que los niños expósitos y abandonados menores de trece años deberán llevar un mínimo de tres años en esa condición. Esto paralizaba la posibilidad de que fuesen adoptados desde el mismo momento de su abandono y exigía que permanecieran en los centros un mínimo tiempo estipulado.

También se adoptaron medidas con respecto a la inscripción en el Registro Civil: a partir de la adopción se prohíbe publicar los apellidos impuestos en su inscripción de nacimiento y cualquier dato que revele su origen. Estos datos solo podían ser desvelados a través de una decisión judicial o si el solicitante era el propio adoptado. Con ello, se intentaba ocultar la verdadera filiación por naturaleza.

Otro cambio importante de esta ley es la posibilidad que abre el artículo 180, según el cual, al adoptar al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte, la patria potestad la ostentan ambos progenitores, pero por el orden establecido, primero, la ejerce el padre y, en su defecto, la madre, tal como disponía el artículo 154, del Real Decreto de 24 de julio de 1889. Por tanto, la patria potestad era, entonces, ostentada en primer lugar por el padre.

La adopción denominada como «menos plena», dispuesta en la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifica el artículo 180 del Código Civil, está limitada para las adopciones en situaciones transitorias como los huérfanos e hijos del cónyuge. Las modificaciones con respecto a la adopción que se hacen son muy semejantes a la regulación anterior existente antes de la modificación del Código Civil de 1958. La más relevante es la dispuesta en el artículo 172 sobre los requisitos y efectos de la adopción plena o menos plena que se completa supliendo algunas omisiones y aclaraciones que la jurisprudencia había ido interpretando.

El 7 de julio de 1970 se vuelven a modificar los artículos del Código Civil relativos a la adopción. Se sustituye el término «adopción menos plena» por el de «adopción simple». El artículo 172 del Código Civil dispone la posibilidad de convertir la adopción simple en plena si concurren los requisitos exigidos. Esta posibilidad no quedaba clara en la redacción de la modificación del texto del Código Civil de 1958. También se recorta la edad mínima para adoptar a treinta años y la diferencia de dieciséis años entre adoptante y adoptado.

Uno de los cambios relevantes de la modificación realizada por el Código Civil de 1970 tiene que ver con el orden de prohibiciones, pues suprime la condición de que los adoptantes ya tengan descendientes, asimilándose al

artículo sexto de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Especial de Cataluña, donde no existía dicha prohibición.

A partir de la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, se posibilitó la adopción de los propios hijos naturales reconocidos (artículo 172). El legislador califica en el Preámbulo de la Ley esta opción de la adopción como permisiva, aunque fuera polémica en la doctrina⁴³.

La posibilidad de adoptar al hijo del cónyuge (en el caso de ser madre soltera) obliga a la madre biológica a constar como adoptante en la adopción su propio hijo natural, constando en el Registro Civil como madre adoptiva junto con el consorte. La adopción del propio hijo natural perduró en el tiempo hasta su derogación por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Según afirma LLEBARÍA SAMPER⁴⁴, sobre el análisis de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Barcelona de 15 de febrero de 1985, la adopción de los propios hijos por naturaleza no les beneficia. Apostilla que recobra la vigencia del viejo pensamiento “«*adoptio naturam imitatur*», con base en el cual resultaría absurdo imitar la condición que a uno mismo por ley ya le corresponde”⁴⁵. La sentencia reconoce el perjuicio grave del menor al perder sus derechos con respecto a la madre natural.

⁴³ Manuel ALBALADEJO GARCÍA, “Los sujetos en el reconocimiento de la filiación natural”, p. 551. Se señala que “Se ha dicho reiteradamente que no debía admitirse la adopción del hijo reconocido porque, siendo mayores sus derechos como reconocido, se perjudicaría al hijo adoptándolo (esta postura implica que no se supone que coexisten ambas filiaciones, porque si no el hijo no se perjudicaría teniendo un derecho como natural reconocido y otros como adoptivo) así que, en base a este mismo argumento, debe prosperar el reconocimiento del hijo adoptivo. Si no tiene sentido que coexistan ente uno o unos mismos padres y un mismo hijo ambas relaciones de filiación, debe desaparecer la que no se basa en la naturaleza y, además beneficia menos al hijo”.

⁴⁴ Sergio LLEBARÍA SAMPER, “Las adopciones de hijos ilegítimos no naturales antes de la reforma del derecho de familia. Su alcance y vigencia (a propósito de una sentencia)”, pp. 1001-1016.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 1005.

Dichas prácticas perjudiciales de adopción del propio hijo natural se siguieron realizando después de la proclamación de la Constitución que, aunque con su entrada en vigor consagró el principio de igualdad y no discriminación con independencia de la filiación (dispuesto en los artículos 14 y 39.2), no será hasta la publicación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, cuando se procederá al cambio real. Con esta ley queda erradicada la posible adopción del propio hijo natural reconocido; además, en la disposición transitoria primera se estableció su carácter retroactivo, con la consecuencia directa de que cualquier adopción de hijos naturales era considerada nula e inconstitucional.

A lo largo de un período extenso después de la entrada en vigor de los principios constitucionales, la jurisprudencia ha ido interpretando y creando la doctrina que actualmente rige en materia de filiación.

Con posterioridad a la proclamación de la Constitución de 1978 los legisladores estatales y autonómicos fueron modificando las distintas leyes para adaptarlas al nuevo marco constitucional. La intención de esas modificaciones fue la de igualar y no discriminar la filiación matrimonial o extramatrimonial de la filiación por adopción. Las tres filiaciones debían de ser reconocidas en un plano de igualdad de derechos frente a los padres.

Las reformas de la normativa se hicieron para adaptarla a los valores y principios constitucionales, a la nueva realidad social, así como ajustarla a las normas internacionales sobre la materia ratificadas por España.

1.2 La delimitación jurídica de la familia monoparental

La evolución histórica y jurídica ha ido materializando y actualizando la institución de la familia. Esta evolución y transformación ha ido de la mano con

las circunstancias ideológicas, sociales, culturales, religiosas y económicas de la sociedad⁴⁶.

La sociedad ha necesitado que las normas jurídicas se adaptasen a la realidad existente. En España, la implantación de los principios y valores constitucionales propició esta adaptación. Por ejemplo, el artículo 1.1 de la Constitución define a España como un estado social y democrático de derecho. En lo que respecta a la familia, la Constitución favoreció su protección. Varios artículos del texto se refieren a la ella: el artículo 39 obliga a los poderes públicos a asegurar su protección social, económica y jurídica.

Asimismo, se estableció en el artículo 32 el principio de igualdad entre los hombres y las mujeres a la hora de contraer matrimonio. También se regularon sus formas y la capacidad para celebrarlo, así como las causas de separación y de disolución y sus efectos. El artículo 27.3 regula el derecho de los padres sobre la educación religiosa y moral de los hijos; el artículo 35.1, el derecho al trabajo y la remuneración necesaria para satisfacer las necesidades de la familia.

Para que los principios y derechos constitucionales referentes al derecho de familia fueran garantizados de forma eficaz conforme a los principios constitucionales, se promulgó la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; concretamente, uno de los cambios importantes es la eliminación de la supremacía que ostentaba el padre en la patria potestad, quedando igualada la potestad parental en el padre y la madre.

La protección de los miembros más débiles de la familia exigía que quedasen garantizadas las obligaciones y deberes asistenciales en caso de abandono. Esta protección llegó a través de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal. Así, en el Preámbulo de la ley se define una nueva modalidad de abandono de familia:

⁴⁶ Juan Cruz ALLI ARANGUREN, "Notas sobre la consideración socio-jurídica de la familia navarra al inicio del siglo XXI", p. 587.

“Para la protección de los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos, se incorpora al Código penal una nueva modalidad de abandono de familia, consistente en el impago de prestaciones económicas establecidas por convenio o resolución judicial, en los casos de procesos matrimoniales, intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase”.

La incorporación de esta disposición queda dispuesta en el artículo 487 del Código penal.

Esta misma reforma del Código penal tipificó como delito, en el artículo 425, el efectuado en el ámbito del hogar al que habitualmente ejerza violencia física sobre el cónyuge o persona unida de forma análoga o ejerza violencia física sobre los hijos que estén sujetos a la patria potestad o cualquier menor o incapaz sometido a su tutela.

En el ámbito civil también se tuvo que realizar la modificación del Código Civil a través de la Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. La razón que motivó la modificación fue que el Código Civil todavía seguía acogiendo mandatos con contenido contrario a la plena efectividad del principio de igualdad (proclamado en los artículos 14 y 32 del texto constitucional), sobre la prevalencia del hombre sobre la mujer en relación con la atribución de la nacionalidad de los hijos. Con la proclamación de la Constitución se elimina la atribución de la vecindad civil de la mujer condicionada a la del marido. En esta reforma se determinó la vecindad para ambos progenitores individualmente, a la vez que se sustituyó el término «mujer» y «esposa» por el de «cónyuge». En el mismo texto legal se dispuso también la posibilidad de que el juez pudiese fijar una pensión alimenticia para los hijos mayores de edad que carecieran de ingresos propios.

También se introdujeron otras modificaciones a través de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. En realidad, se hizo un esfuerzo para aclarar los términos que debían regir cuando no se pudiera inscribir la filiación en el Registro Civil municipal competente. El término «filiación desconocida» se prestaba a confusiones si se comparaba con la «filiación no inscrita».

En la disposición adicional cuarta 1º de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se amplía el concepto de familia numerosa establecido en la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas, reduciendo el requisito de tener cuatro o más hijos a solamente tres o más. Esta modificación se desarrolló a través de reglamentario correspondiente, que concluyó con la Ley 8/1998, de 14 de abril, de ampliación del concepto de familia numerosa.

1.2.1 Los cambios legislativos en la protección de la mujer dentro del entorno familiar

La incorporación de la mujer al mundo laboral en los años ochenta motivó la necesidad de importantes cambios sociales. Esta situación precisaba un compromiso de cooperación familiar a la hora de realizar un reparto equilibrado de las responsabilidades en la vida profesional y en la privada. La posibilidad de poder conciliar trabajo y vida privada hizo necesaria una reforma legislativa acorde a la realidad social del momento. En la Unión Europea hay que destacar la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, y la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

Estas normas obligaron a la trasposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa comunitaria. Ello se realizó a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. En esta ley se facilitó la incorporación de hombres y mujeres al cuidado de sus hijos desde el nacimiento y se favoreció la obtención de permisos parentales y maternales en igualdad de condiciones, tal como se indicaba en el Preámbulo de la mencionada ley.

En otro orden de cosas, ante los grandes avances científicos en materia reproductiva, se promulga la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de

reproducción humana asistida. Como se habían advertido deficiencias en las regulaciones anteriores se optó por acomodar la ley a la realidad del momento. En su Exposición de Motivos se define claramente el objeto principal de aplicación: el embrión⁴⁷ y se prohíbe la clonación de seres humanos.

La existencia del grave problema actual del maltrato dirigido principalmente contra las mujeres, en especial en las relaciones de pareja, así como el aumento de agresiones sexuales hizo oportuno dictar la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El objetivo principal de esta ley era erradicar la violencia contra las mujeres, para poder conseguir los objetivos de igualdad, desarrollo y paz; en el Preámbulo de la ley se hace referencia al reconocimiento, por parte de la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995, de que la violencia sobre la mujer es un obstáculo que dificulta el objetivo de la igualdad y vulnera el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Afirma en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género:

“Existe una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en «las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral»”

Todas estas normas afectaron directamente al derecho de familia y tuvieron que adaptarse a los principios y valores constitucionales regulados por la Carta Magna.

La regulación normativa respecto a los aspectos de reconocimiento a la condición de familia monoparental no vio la luz hasta principios del siglo XXI, a partir de la actividad legislativa de las diferentes comunidades autónomas con competencia en la materia por mor de los artículos 148.20 y 149.1.18 de la Constitución.

⁴⁷ Se entiende por tal al embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde.

1.2.2 La regulación jurídica de la familia monoparental en las diferentes comunidades autónomas

Las comunidades autónomas con derecho foral o especial obtuvieron la competencia normativa para legislar en materia de familia. Así, Cataluña, Islas Baleares, la comunidad Valenciana y Galicia incorporaron en sus regulaciones normativas sobre la familia monoparental a través de leyes y decretos.

La Generalitat de Cataluña fue una de las primeras en hacerlo a través de la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias. En su artículo 2 c) determinó que las familias monoparentales eran destinatarias de las medidas de apoyo. En el mismo artículo definió el concepto de familia monoparental⁴⁸.

En Cataluña se dictó el Decreto 151/2009, de 29 de septiembre, de desarrollo parcial de la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, cuyo capítulo tercero, y en su artículo 4, está dedicado a las familias monoparentales. Allí se detallan los supuestos que definen las familias monoparentales, como aquellas formadas por uno o más hijos menores de veintiún años que convivan con una de las personas progenitoras y que dependan económicamente de ella.

La Xunta de Galicia, a través de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, en su Exposición de Motivos recordó la necesidad de adaptarse a la evolución de la sociedad y de constituir nuevos núcleos de convivencia para protegerlos y ofrecerles la asistencia necesaria. El concepto de familia monoparental se define en su artículo 13, que establece un requisito: para que sea reconocida como tal, debe estar compuesta del progenitor o la progenitora y los hijos menores a su cargo y no se debe percibir ninguna contribución económica por parte del otro progenitor.

La Generalitat Valenciana incorpora a la familia monoparental al sistema jurídico por medio del Decreto 179/2013, de 22 de noviembre, del Consell, por el que se regula el reconocimiento de la condición de familia monoparental en la

⁴⁸ Los miembros de una familia monoparental, es decir, de una familia con hijos menores de edad que conviven y dependen económicamente de una sola persona.

Comunitat Valenciana. En su Preámbulo justifica la necesidad de esta ley por causa de la transformación de la sociedad actual y de la falta de políticas e iniciativas sociales que apoyen la protección y el reconocimiento de las familias monoparentales. El legislador valenciano, en su artículo 2 a), se aleja de la línea marcada por la regulación catalana En él hace alusión e incluye, en el concepto de familia monoparental, a las familias con hijos que solo tengan el reconocimiento paterno de uno de los dos progenitores.

El Parlamento de las Islas Baleares no reguló a las familias monoparentales hasta la Ley 8/2018, de 31 de julio, de apoyo a las familias. Lleva el mismo título que la ley catalana, aunque fue promulgada quince años más tarde. En su Exposición de Motivos menciona diferentes leyes internacionales y nacionales que aluden a la necesidad de esta ley para la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad.

El Gobierno de Cantabria, aunque no se trate de una comunidad autónoma con derecho civil propio, también incluyó la familia monoparental en el Decreto 26/2019, de 14 de marzo, por el que se regula el reconocimiento de la condición de familia monoparental en la Comunidad de Cantabria. El reconocimiento de la familia monoparental que desarrolló esta ley se refiere a las familias con hijos sin reconocimiento paterno o materno filial. Además, según se dispone en el artículo 2.a), este concepto incorpora la posibilidad de que existan varios hijos conviviendo con uno de los progenitores, aunque unos hayan sido reconocidos legalmente por el otro progenitor y otros no.

En la actualidad no existe ninguna ley estatal que regule las familias monoparentales, si bien sí que ha habido trabajos preparatorios para desarrollar una ley estatal de diversidad familiar. El Anteproyecto de la ley de familias fue aprobado recientemente en su primera lectura en diciembre de 2022. La ministra de Derechos Sociales y Agenda 2030 ha impulsado la nueva ley de familias que ha sido aprobada en una segunda lectura por el Consejo de ministros a finales de marzo de 2023 y ha sido remitida al Congreso de los Diputados para su tramitación por vía de urgencia.

1.2.3 La evolución social y política de la familia monoparental de las madres solteras en España especial referencia al cambio social con respecto a la mujer durante la Segunda República

En la Jornada celebrada sobre familias monoparentales en España, organizada por el Instituto de las Mujeres en el año 2021, se presentó la monografía encargada por la Federación de Asociaciones de madres solteras con el título *Las familias monoparentales en España*⁴⁹.

El estigma de ser madre soltera es “una clase especial de relación entre atributo y estereotipo”⁵⁰ construido por el reconocimiento social que aún se arrastra hacia el hecho de que ser madre soltera era motivo de vergüenza. Esta idea preconcebida por la sociedad nos llama a hacer un análisis retrospectivo de lo que han tenido que soportar las mujeres que han criado solas a sus hijos, comprobando cuál ha sido la evolución en la sociedad actual y su reconocimiento institucional.

Tradicionalmente, la familia ha perseguido tres objetivos: la naturalidad de la procreación mediante la unión entre el hombre y la mujer, un hogar donde residir y el mantenimiento económico para el sustento de los componentes de la familia, además de la protección de sus integrantes en la convivencia, el cuidado y la educación de la prole de manera moral y espiritual⁵¹.

Los valores cristianos influyeron significativamente en la concepción de la familia canónica. Ello se tradujo en una organización familiar particular en la que la unidad de mando del *pater familias* predominaba sobre la de la mujer. El *pater familias* ostentaba un gran poder de tutela con respecto a los aspectos patrimoniales. De hecho, la patria potestad se convirtió en un poder superior que recaía solo en el padre de familia. Esta concepción se mantuvo a lo largo de la

⁴⁹ FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MADRES SOLTERAS, “Las familias monoparentales en España. Desigualdad de trato a las familias monoparentales en España”, p.143.

⁵⁰ Erving GOFFMAN, *La identidad deteriorada*, p. 12.

⁵¹ José Luis LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*, pp. 465-466.

historia, incluso con posterioridad a la compilación del Código Civil, hasta la declaración de la Segunda República, en 1931⁵².

La sumisión de la mujer frente al marido estaba presente en la redacción de diversos artículos del Código Civil de 1889, en los que el marido debía proteger a la mujer y ésta debía obedecerlo; la figura de la mujer quedaba sometida al marido en todos los aspectos del matrimonio. Ni siquiera tenía la capacidad de obrar para adquirir bienes sin el consentimiento del esposo. Esta sumisión la perjudicó en todos los aspectos de la vida cotidiana y, muy en especial, a la mujer que se veía abocada a ser madre soltera.

Las familias monoparentales son la formadas por aquellos núcleos en los que consta un solo progenitor con hijos a su cargo; así lo definió la Organización de las Naciones Unidas, aunque no determinó la edad límite de los hijos. En otros estudios de la Unión Europea, se define a la familia monoparental, como la formada por progenitores solos con hijos dependientes que residan, o no, en el hogar familiar junto a otras personas, siempre y cuando estas personas no fueran la pareja del progenitor a cargo. Estas definiciones se han ido depurando y han sido sustituidas con la delimitación de que se tratase de hijos dependientes de menos de dieciocho años de edad⁵³.

La monoparentalidad es definida por la ausencia de alguno de los progenitores, como resultado de la ruptura familiar, sea derivada del fallecimiento, del desconocimiento o del abandono de uno de ellos. Estas situaciones son habitualmente las producidas por embarazo no deseado, por el deseo unilateral de asumir la paternidad en solitario o por la decisión de uno de ellos de desentenderse de la filiación.

Los distintos gobiernos y ordenamientos jurídicos internacionales han creado un marco legislativo dirigido y pensado para el desarrollo normativo de la familia monoparental. La Unión Europea comenzó a evaluar esta cuestión, tal

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Almudena MORENO MÍNGUEZ, "Las familias monoparentales en España", p. 41.

como se señala en el Informe sobre la situación de las madres solas y las familias monoparentales de 9 de julio de 1998. Este Informe se plantea como consecuencia de la aplicación del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Resolución de 8 de julio de 1986 sobre las familias monoparentales, el Informe de la Comisión sobre “Las mujeres en la Comunidad Europea”, el Informe demográfico de la Comisión para 1997, el Estudio sobre “Familias monoparentales en los Estados miembros de la Unión Europea” y el Informe de la Comisión de Derechos de la Mujer (A4-0273/98). La propuesta señala que la estructura familiar dentro de la Unión Europea ha cambiado de forma importante por diferentes factores, entre ellos los demográficos, y que la familia monoparental representa una parte importante de la Unión Europea, por lo que las políticas sociales y de la seguridad social deben adaptarse a esos cambios.

El Informe determina que existe un porcentaje elevado de familias monoparentales formadas especialmente por mujeres que ejercen de cabeza de familia y en las que recae toda la responsabilidad, sustento y cuidado de sus hijos. Los ingresos en las familias monoparentales son inferiores que en las que conviven los dos progenitores, por lo que el riesgo de vulnerabilidad es más alto; por ello necesitan de ayudas específicas y precisan que se establezcan políticas más convenientes para dar solución al problema.

Se reconoce en el informe que la madre sola suele estar en una situación laboral precaria y muestra gran preocupación por la ejecución de políticas administrativas inadecuadas, que han permitido trasladar la errónea imagen de que las madres solas se encuentran en una situación precaria por propia voluntad, para así depender de los beneficios sociales. El Informe insiste en que las madres solas únicamente podrán acceder al mercado laboral si se llevan a cabo importantes esfuerzos de inversión económica en guarderías y centros de acogida y se garantizan precios asequibles de la enseñanza pública o concertada; sin estas ayudas es muy complicado compaginar vida laboral y familiar.

La mujer no era considerada como ciudadana en la toma de decisiones de la sociedad, ni tampoco por parte de las instituciones públicas. Este pensamiento

cambió con la instauración de la Segunda República española; la nueva perspectiva se proyectó sobre el matrimonio, las relaciones en el ámbito familiar —como la igualdad entre la mujer y el hombre—, la educación de los hijos y su cuidado, el divorcio o la planificación familiar. La etapa que surgía necesitaba la realización de modificaciones imprescindibles en el ámbito del derecho de familia. El concepto de familia tradicional española experimentó un cambio legislativo singular, lo que incluso supuso que le tomásemos la delantera a otras constituciones europeas.

La Constitución de la República Española, de 9 de diciembre de 1931, en su artículo 43 dispuso importantes cambios en el concepto de igualdad con respecto al anterior régimen; en concreto, uno de ellos era el de la igualdad y equiparación entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales.

La propia Constitución incorporó la figura del divorcio como una innovación social de la Segunda República española. Posteriormente, se desarrolló a través de la ley de divorcio de 2 de marzo de 1932, ley muy criticada por parte de la Iglesia Católica. Se estableció que no se podía acceder al divorcio hasta que no hubieran transcurrido un mínimo de dos años desde la celebración del matrimonio. También se reguló por vez primera la investigación de la paternidad.

El divorcio de mutuo acuerdo no requería de ninguna justificación, pero si era solo uno de los cónyuges quien lo solicitaba, debía ser por una de las causas que se enumeraban en su artículo 3; entre ellas, la bigamia, la tentativa de prostituir a la mujer, el desamparo de la familia, el abandono del cónyuge durante un año, el atentado contra la vida del cónyuge o de los hijos comunes, los malos tratos, la conducta inmoral o la deshonor de uno de los cónyuges, la enfermedad contagiosa de carácter venéreo contraída fuera del matrimonio, la privación de libertad del cónyuge por más de diez años, la separación de hecho consentida por más de tres años o la enajenación mental que impidiera la convivencia.

La Ley de Divorcio fue duramente criticada por diversos diputados con convicciones católicas. Sin embargo, algunos matrimonios fracturados no tenían

la posibilidad de optar por una separación legal, con las consecuencias sociales que ello provocaba, así que esta ley permitió dar respuesta a esos supuestos.

El poder que ejercía la Iglesia en la política anterior a la proclamación de la Segunda República no pudo frenar los grandes cambios que exigía la sociedad. Los políticos, mayoritariamente laicos en una sociedad católica, necesitaban dar un nuevo enfoque a los derechos civiles.

La reforma del matrimonio civil fue abordada en la Ley de matrimonio civil, de 28 de junio de 1932, disposiciones complementarias y formularios en materia matrimonial. Modificó el derecho de familia del momento, basado en un matrimonio único y exclusivamente canónico. Fue redactada de una forma muy rápida y dio origen a una gran equivocación: se reconoció el matrimonio entre hermanos, hecho que fue inmediatamente subsanado y obligó a presentar un nuevo proyecto rectificado.

La Constitución republicana significó un paso adelante en materia de derechos matrimoniales y filiación, aunque la Iglesia Católica en España mantenía una fuerte oposición en referencia a la legislación civil, modificada por la instauración del divorcio y por la derogación de la religión católica como religión oficial del Estado. Así se estableció, en el artículo tercero de la Constitución republicana, un Estado laico, proclamando la abstención de todos los poderes públicos en el orden religioso. Esta situación cambió con el advenimiento de la dictadura que impuso de nuevo un Estado confesional católico.

El paso que dio España hacia una sociedad más justa y democrática durante la Segunda República quedó suspendido con el inicio de la dictadura. Una vez finalizada la guerra civil, España quedó fracturada en dos bandos y perdió derechos que eran fundamentales para una sociedad más equitativa.

Terminada la dictadura, ninguno de los Gobiernos que han regido en España a partir de la desaparición de la dictadura ha querido afrontar el daño y el estigma social que fue ser madre soltera en España; ningún Gobierno ha reconocido legalmente ni ha protegido el modelo familiar que representan las

madres solteras⁵⁴. Las madres solteras han padecido un estigma que aún perdura en el imaginario social y en la ideología de algunos partidos políticos, porque que no la comprende dentro de la imagen ideal de familia⁵⁵.

No reconocer a las familias monoparentales como otra forma de familia podría ser considerado como una «discriminación por indiferenciación»⁵⁶. Esta discriminación se produce cuando, partiendo de una normativa establecida para un grupo social determinado y que es aparentemente neutral, la norma no es accesible a un grupo social más vulnerable. Dentro de este tipo de discriminación se encuadra la «discriminación por indiferenciación», que es la que sufren las familias monoparentales por su omisión sistemática en las medidas y políticas públicas dirigidas a las familias, olvidando el modelo de familia monoparental al adoptar normativas de igualdad y sobre los derechos de los niños⁵⁷.

Las normativas que se promulgan deberían hacerlo desde la igualdad y la no discriminación, con el propósito de hacer cumplir los principios y valores que se establecieron en la Constitución. De ella parte todo el ordenamiento jurídico. Después de cuarenta y tres años de su proclamación aún existen desigualdades que discriminan a distintos grupos sociales, entre ellos a los integrantes de las familias monoparentales con hijos sin reconocimiento paternofilial.

1.2.4 La determinación de la filiación monoparental

La filiación se determina por medio de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil y se practica si cumple los requisitos que exige la ley, dependiendo de si el nacimiento es matrimonial o no matrimonial en el momento del

⁵⁴ FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MADRES SOLTERAS, “Las familias monoparentales en España. Desigualdad de trato a las familias monoparentales en España”, p.145.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Edorta COBREROS MENDAZONA, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, p. 88.

⁵⁷ FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MADRES SOLTERAS, “Las familias monoparentales en España. Desigualdad de trato a las familias monoparentales en España”, p.143.

alumbramiento. En el caso de hijos no matrimoniales, la filiación dependerá de si la inscripción es realizada por uno o por ambos progenitores. La inscripción del nacimiento es una pieza básica para los individuos y para la administración⁵⁸, por ser, además, el principio de prueba de la identificación de que se ha producido el nacimiento.

Para entender la situación jurídica en la que se encuentra un hijo de familia monoparental, es fundamental que, además de comprender cómo se determina la filiación monoparental, hagamos un análisis de lo que representa el Registro Civil para los individuos y para la administración.

1.2.5 La nueva ley de familia sobre la familia monoparental

El día 11 de abril de 2023 se acordó y se votó el Proyecto de Ley de Familias en el Congreso de los Diputados con la aprobación de la competencia legislativa plena, conforme al que se tramitará por el procedimiento de urgencia previsto en los artículos 148 y 93 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982⁵⁹.

Este proyecto de ley busca extender el apoyo y la adaptación de la institución de la familia a los cambios que ha vivido la ciudadanía durante las últimas décadas, progresando en lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución y en el deber de protección de las familias establecido en numerosos tratados internacionales ratificados por España⁶⁰.

De igual forma, este proyecto cumple con lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea: garantizar la

⁵⁸ María LINACERO DE LA FUENTE, *Tratado del Registro Civil, adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, p.175.

⁵⁹ Así se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales en el número 151-1.

⁶⁰ En concreto, el artículo 16 del Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 y el Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. Otras de las causas de su impulso han sido las reiteradas recomendaciones por parte de la Comisión Europea y del Consejo de la Unión Europea a España en torno a la protección de la igualdad de los distintos tipos de familia en amparo de la diversidad familiar. Además, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han ido interpretando que el concepto de familia no queda limitado solo a los matrimonios, sino que procede darle un reconocimiento más amplio.

La definición del término «familia» se plasma en el artículo 2 del Proyecto de Ley de Familias, al considerar como tal a la unión de personas derivada del matrimonio, de la convivencia estable en pareja o de la filiación, además de las formadas por un solo progenitor que conviva con sus descendientes.

Con respecto a los cambios que puedan afectar a la filiación, nos tenemos que detener en ese punto del artículo 2 que considera familia a la «derivada de la filiación». Desde esa definición, se entiende que la filiación establecida entre padres e hijos se considera familia, aunque deba existir un núcleo estable de convivencia.

Se garantiza la no discriminación a la diversidad familiar en todas sus formas o composición de las relaciones de pareja y filiación sobre las que estuviese constituida cada unidad familiar.

Las personas que aún sean menores de edad y que hayan sufrido un cambio de apellidos producido por un reconocimiento tardío o como consecuencia de una adopción o por cualquier otro motivo podrán solicitar que se refleje en toda la documentación sanitaria que les afecte.

Con la entrada en vigor de esta nueva ley se dará un paso más hacia la igualdad en el ámbito familiar. Parece que el legislador ha tomado conciencia de que la sociedad está en constante cambio y, como consecuencia, debe adaptar las normas jurídicas a las nuevas realidades para no crear discriminaciones y desigualdades. La familia clásica ha ido desdibujándose, las nuevas generaciones no necesitan del matrimonio para establecer una familia, se forjan nuevas formas de convivencia en las relaciones sentimentales de las personas,

aunque la realidad es que continuamos queriendo vivir y compartir la vida estando en pareja con el objetivo de formar una familia, pese a que no siempre la vehiculicemos a través del matrimonio. Por estas razones entendemos que esta nueva ley que se aprobará en breve es necesaria para igualar los derechos y no discriminar a los diversos tipos de familias existentes en la sociedad.

1.3 La inscripción ordinaria del nacimiento conforme a la legislación registral

Los acontecimientos personales que son inscribibles se producen fuera del Registro Civil y, con posterioridad al haberse producido, son incorporados a él a los efectos declarativos de su publicidad. Las inscripciones registrales son realizadas *a posterius* de la producción de los hechos, ya sean físicos o por voluntad de la persona, como puede ser el nacimiento o la muerte⁶¹.

Con la derogación de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, quedó derogado el valor probatorio que proporcionan las anotaciones registrales. Las anotaciones únicamente tendrán un valor informativo, excepto en los casos que la propia ley les confiera un valor de presunción (así lo dispone el artículo 40 de la Ley 20/2011).

Cosa distinta será la eficacia probatoria de la inscripción en el Registro Civil, que constituye una prueba plena de los hechos que en él se hallen inscritos (como establece el artículo 17 de la Ley 20/2011).

La inscripción practicada por los progenitores que sigue al nacimiento del hijo ante el Registro Civil instituye la clave inmediata y legal para establecer la identidad y la determinación de la filiación de los hijos. El acto de reconocimiento filial se debe producir de forma voluntaria por parte de ambos progenitores. Esta comparecencia puede ser en forma conjunta o individual conforme a la normativa del Registro Civil.

⁶¹ Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios del derecho civil I*, p. 290.

La inscripción se regía por la Ley 8 de junio de 1957 hasta su derogación progresiva por la Ley 20/2011 (establecida en la disposición derogatoria). La inscripción también se encuentra desarrollada por el Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, actualmente vigente.

En la sección primera de la Ley 8 de junio de 1957 sobre Registro Civil se establecían los términos a tener en cuenta a la hora de inscribir el nacimiento. Su inscripción da fe del hecho, conforme al artículo 41, de la fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y establece la filiación de la persona que se inscribe debiendo de reunir los requisitos del artículo 170 del Decreto de 14 de noviembre de 1958.

El folio del nacimiento se inicia con la inscripción del hecho del nacimiento; posteriormente se irán inscribiendo otra serie de inscripciones marginales, anotaciones que puedan suceder en la vida de la persona inscrita como pueden ser: modificación de su capacidad de obrar; establecimiento de un guardador de hecho; medidas judiciales de control de un niño; matrimonio; divorcio; tutela o representación; o defunción del nacido, entre otras. La inscripción se convierte en “un cierto registro particular de la persona”, como se señala en el Preámbulo IV de la Ley 8 de junio de 1957 sobre Registro Civil.

En su momento se establecieron unos tiempos para practicar la inscripción del nacimiento: como mínimo veinticuatro horas y como máximo ocho días tras el nacimiento, si bien en la actualidad no es necesario esperar a las veinticuatro horas; esta regla fue derogada tras lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil que dice que la personalidad se adquiere desde el nacimiento con vida, razón por la cual no es necesaria la espera⁶².

El plazo de inscripción puede llegar a ampliarse con base en lo establecido en el artículo 166 del Reglamento de la Ley del Registro Civil con justa causa, que constará en la inscripción. En la actualidad, el plazo de inscripción se ha

⁶² Este artículo del Código Civil fue modificado por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

ampliado a treinta días⁶³. El principal objetivo de la demora de veinticuatro horas había sido garantizar que no se produjeran duplicidad de inscripciones de nacimiento, porque a veces se inscribía un mismo nacimiento en el lugar de nacimiento y posteriormente en el domicilio del nacido. El plazo de treinta días posibilita al Registro Civil un tiempo prudencial para comprobar que solo exista un nacimiento inscrito.

Las transformaciones habidas en España exigieron un cambio normativo en la institución registral adaptándola a la realidad política, social y tecnológica de la actualidad. La reforma se produjo por mor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que suprimió la división del Registro Civil en secciones y creó un único registro individual para cada persona, a la que se aplica un código personal en la primera inscripción.

El artículo 4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, señala los hechos y actos inscribibles referentes a la identidad, estado civil y las circunstancias de las personas. La inscripción de nacimiento se regula en los artículos 44 a 57 del mismo texto legal.

1.3.1 Los hechos inscribibles y las personas obligadas a impulsar la inscripción del nacimiento

El artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, establece que “son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme al artículo 30 del Código Civil”; esta nueva redacción tuvo su origen en la enmienda número sesenta⁶⁴ presentada por el grupo parlamentario catalán de *Convergència i Unió* en el Senado, que propuso esta modificación del texto para adaptarse a la actualidad jurídica y a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en la que se refiere en el Preámbulo de la Ley.

⁶³ Esta modificación fue realizada por el artículo 2º del Real Decreto 1063/1991, de 5 de julio, sobre reforma parcial del Reglamento del Registro Civil.

⁶⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, de 7 de junio de 201, número 74, p.100.

La reforma del artículo 30 del Código Civil optó por la tesis de que todo ser humano debe adquirir la personalidad en todos los efectos civiles desde el mismo momento de su nacimiento con vida. Quedaron así derogados los requisitos que exigía hasta entonces la redacción del anterior artículo 30, sobre tener figura humana y un tiempo de vida mínimo de veinticuatro horas de vida enteramente desprendido del seno materno⁶⁵.

La reforma dio como consecuencia no solo aspectos registrales, sino que relacionó “el nacimiento con el reconocimiento de la personalidad y con las categorías de la personalidad y la capacidad jurídica”⁶⁶. Esta reforma del artículo 30 del Código Civil suprimió también el “legajo de abortos”, para cuya inscripción las mismas personas que estaban obligadas a dar parte de nacimiento también estaban obligadas a comunicar los alumbramientos por aborto de más de ciento ochenta días de vida fetal. De ello el Registro Civil llevaba un legajo, que fue sustituido por lo señalado en la disposición adicional cuarta de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil. En esta disposición se dispuso la creación de un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, en donde constasen los fallecimientos producidos después de los seis meses de gestación que no reunieran lo previsto en el artículo 30 del Código Civil; incluso los progenitores pueden otorgar un nombre a estas criaturas abortivas.

Reconocer la personalidad desde el instante que un ser humano nace es una reivindicación que representa el corolario de la dignidad humana y que el derecho debe reconocer y establecer⁶⁷.

El artículo 45.3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil obliga a promover la inscripción a los progenitores. En el artículo no se dispone que sea únicamente la madre quien está obligada (por ser la persona que alumbra), sino que son ambos progenitores los obligados a promover la inscripción de

⁶⁵ María LINACERO DE LA FUENTE, *Tratado del Registro Civil*. Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro civil, p. 180.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 32.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 40.

nacimiento del hijo. Por ello, concluimos que existe una obligación legal de inscripción por parte del padre o, como mínimo, debería existir una renuncia por parte del progenitor con respeto del hijo si no promueve la inscripción. El artículo 45.3 del mismo texto legal solo hace alusión a la renuncia de la madre, aunque en él se interpreta que la obligación es de ambos progenitores.

1.3.2 El principio de publicidad del Registro Civil

Con la proclamación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil se estableció en el artículo 15 el principio de publicidad, según el cual los ciudadanos tienen libre acceso a los datos existentes en su registro individual. También se señaló que el Registro Civil es público y contempla el acceso a los datos existentes por parte de las administraciones y de los funcionarios públicos. Cuando se requiera información referente a otra persona distinta a la solicitante se atenderá a lo dispuesto en el artículo 80 del mismo texto legal, en el que establece la posibilidad de acceder de forma excepcional a la información con el único fin de la investigación familiar, histórica o científica. Podemos interpretar que la excepción sobre la investigación familiar se inspira en el artículo 39.2 de la Constitución sobre la investigación de la paternidad, de modo que existe la posibilidad de acceder a datos referentes a los progenitores o familiares biológicos.

Existen restricciones respecto a la publicidad de los datos del Registro Civil atendiendo a la protección especial de estos. A los especialmente protegidos solo tienen acceso las personas que consten como inscritas, sus representantes legales o las personas dispuestas en el artículo 84 de la Ley 20/2011. Son considerados datos restringidos los establecidos en el artículo 83 del mismo texto legal como son: la filiación adoptiva y la desconocida, la discapacidad y las medidas de apoyo, los cambios de apellido autorizados en los casos de ser víctima de violencia de género o ser su descendiente, la rectificación del sexo, las causas de privación o la suspensión de la potestad parental y el matrimonio secreto.

El derecho a la intimidad está reconocido en el artículo 11e) de la Ley 20/2011, en relación a los datos que consten como especialmente protegidos del

artículo 83 del mismo texto legal; por tanto, el reconocimiento de la intimidad podría ampliarse al derecho a la protección de datos personales.

La intimidad de las personas ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto al conflicto entre la libertad de información y la intromisión en la intimidad. Así lo dispuso:

“La sentencia de esta sala 476/2018, de 20 de julio, declara: "La información relativa a la salud física o psíquica de una persona está comprendida dentro del ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución, en la medida en que los datos que se refieren a la salud constituyen un elemento importante de su vida privada. No solo es una información íntima sino, además, especialmente sensible desde este punto de vista y, por tanto, es digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad. Así lo han declarado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos"⁶⁸.

1.4 El reconocimiento filial voluntario

La filiación no ha sido creada por el ordenamiento jurídico, sino que el derecho admite la filiación contemplándola, regulándola y basándola en un hecho natural inspirado en el interés social. Su propósito es garantizar la igualdad establecida en el artículo 14 de la Constitución y, especialmente, en el principio constitucional del artículo 39.2, que reconoce la igualdad ante la ley con independencia de la filiación⁶⁹.

Existen en el Código Civil diversas formas de determinar la filiación. Desde siempre se ha vinculado la verdad biológica con la legal, aunque no siempre ambas situaciones coinciden, como ocurre con la filiación adoptiva o la que ocasiona la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. Los inconvenientes surgidos en una sociedad con problemas de fertilidad y el hecho de querer establecer familias monoparentales por decisión unilateral que “surge de la intención de ser padres independientes del nexo biológico y es una

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 331/2021, de 17 de mayo. ECLI:ES:TS:2021:2130.

⁶⁹ Rosa ALBARRÁN GARCÍA, *La relación entre filiación biológica y filiación jurídica: supuestos relevantes de su quiebra*, p. 74.

consecuencia de reproducirse sin sexo”⁷⁰, ha dado como resultado la creación de otras formas de ser padres a través de la gestación por sustitución (actualmente vetada en España). Estas prácticas han sido reguladas a través de la Ley 14/2003, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana, garantizando los derechos de filiación del hijo y de los padres.

La determinación de la filiación materna es más fácil de establecer, al ser atribuida por el parto, pero no así la paterna, que no es tan sencilla de verificar. Por esa razón, el ordenamiento jurídico ha dispuesto mecanismos de enfrentamiento frente a las posibles anomalías de un reconocimiento irregular de la filiación. Los artículos 136 y 140 del Código Civil disponen la posibilidad de impugnación ante la inexistencia de relación biológica en caso de presunción de la paternidad matrimonial o por el hecho de haber existido vicios en la voluntad (como señala en artículo 141 del Código Civil)⁷¹.

Existirán situaciones en las que la filiación no coincidirá con el hecho biológico y el jurídico, pero también habrá personas que no tengan atribuida una filiación determinada por desconocer la identidad de su progenitor. El desconocimiento del propio origen biológico generará acciones de impugnación o de reclamación de la filiación.

Otra de las formas de determinación de la filiación la podemos encontrar en el reconocimiento por complacencia. La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷² ha declarado que esos reconocimientos no son nulos por el hecho de ser de complacencia, ya recogida con anterioridad⁷³. En el Código Civil no existe

⁷⁰ Graciela MEDINA, y Eduardo Guillermo ROVEDA, *Manual de Derecho de familia*, p. 514.

⁷¹ Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Reconocimiento de complacencia: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2016”, p. 354.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo 494/2016, de 15 de julio. Pleno. ECLI:ES:TS:2016:3192.

⁷³ *Ibidem*. “Conviene avanzar a este respecto que, dos días después de dictarse la sentencia de 12 de julio de 2004, la tesis de que el principio de veracidad biológica exigiría la nulidad de los reconocimientos de complacencia quedó ya implícitamente rechazada por la sentencia 793/2004, de 14 de julio (Rec. 2576/2000), y desde entonces nunca ha sido acogida por esta sala; que tampoco mantiene desde hace años la doctrina de la nulidad en general de los reconocimientos contrarios a la verdad biológica, declarada en las sentencias 265/1994, de 28 de marzo (Rec.

ninguna regulación establecida que valide dicho reconocimiento, pero tampoco obliga a que éste deba corresponder con la verdad biológica, por lo que el encargado del Registro Civil no podrá negarse a la inscripción por mucho que deduzca que el reconocimiento no se corresponde con la realidad biológica.

1.4.1 La definición conceptual del reconocimiento voluntario paternofilial

Para continuar con el desarrollo del tema de esta investigación resulta imprescindible definir el concepto del reconocimiento voluntario paternofilial a través de los mecanismos establecidos por la normativa aplicable. Esta delimitación conceptual ayudará a una mejor aplicación de la normativa legal civil, registral y judicial.

El reconocimiento voluntario de la filiación debe ser aplicado cuando el nacimiento de un hijo se ha producido fuera del matrimonio; ese nacimiento exige una acción específica por parte del padre, el reconocimiento voluntario de la filiación, al no quedar amparado en la presunción de paternidad que surgiría si hubiese visto la luz dentro de una relación matrimonial.

En las uniones de hecho, el nacimiento de hijos tampoco está amparado en la presunción de paternidad. La doctrina y la jurisprudencia han manifestado que el matrimonio y la unión de hecho “no son realidades equivalentes”⁷⁴, por lo que “no procede la aplicación a las parejas de hecho por analogía *legis* de normas propias del matrimonio”.⁷⁵ Estas uniones no están reguladas a nivel estatal en España, aunque en las diferentes comunidades autónomas se ha regulado la convivencia estable en pareja; en Cataluña, se han dispuesto en su Código Civil en los artículos 234-1 a 234-14, los requisitos, la extinción y sus efectos.

1574/1991), 947/1997, de 31 de octubre (Rec. 2916/1993), y 498/2004, de 4 de junio (Rec. 2338/1998)”.

⁷⁴ María LINACERO DE LA FUENTE, *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*, p. 383.

⁷⁵ *Ibidem*.

La determinación de la filiación matrimonial se realiza a través del mecanismo de inscripción mediante la comparecencia de la madre o del padre, en la que se debe adjuntar el documento legal que demuestre el matrimonio, junto al certificado del parto emitido por el centro médico. Este tipo de inscripción no es considerada un reconocimiento como tal, como sí lo es en los casos de hijos no matrimoniales.

En definitiva, el reconocimiento voluntario de la filiación es la figura jurídica por la que se debe determinar de forma voluntaria el establecimiento de la filiación no matrimonial; serán los progenitores de relaciones no matrimoniales quienes tengan que realizar el reconocimiento voluntario de la filiación de sus hijos cuando éstos nazcan como consecuencia de la convivencia estable de pareja y no de una relación matrimonial.

La determinación de la filiación puede ser considerada de tres formas: legal, voluntaria y judicial. La legal viene establecida por el parto con respecto a la identidad de la madre y cuando los hijos se presumen matrimoniales por nacer dentro de los requisitos legales establecidos. Es considerada voluntaria cuando la determinación de la filiación es consecuencia de la eficacia atribuida al reconocimiento por parte del progenitor de forma expresa o tácita; y la determinación es judicial cuando es el resultado de una sentencia judicial que declara que existe un lazo sanguíneo de paternidad o de maternidad no reconocida, con base en las pruebas acreditadas sobre el nexo biológico entre progenitor e hijo⁷⁶.

Entendemos que la definición del concepto de reconocimiento voluntario de la filiación exige de la seguridad jurídica en la que debe existir el hecho de una relación biológica⁷⁷. En todas las definiciones que hemos analizado se señala que, en el reconocimiento de los hijos no matrimoniales, el principal objetivo es establecer un vínculo filial paterno que, en ningún caso, comprende o admite el

⁷⁶ Eduardo A. ZANNONI y Gustavo A. BOSSERT, *Manual de derecho de familia*, p. 441.

⁷⁷ M^a del Carmen GETE-ALONSO CALERA, *Determinación de la filiación en el Código de familia de Catalunya*, p. 56.

procedimiento legal para reconocer como hijo biológico al que no lo es. Con el reconocimiento voluntario de la filiación por naturaleza se realiza la declaración por parte de la persona, que pone de manifiesto que es el progenitor biológico. De esa manifestación surgen inmediatamente los efectos jurídicos de una relación paternofilial, que producen una serie de derechos y deberes entre ambas partes⁷⁸.

De los requisitos exigibles para la determinación de la filiación por naturaleza, entre la filiación matrimonial y la no matrimonial, debemos tener en cuenta que la filiación por naturaleza matrimonial se determinará dentro de los plazos establecidos del artículo 166 y los requisitos de los artículos 168 y 169 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, con la acreditación del matrimonio y el parte de nacimiento emitido por la entidad sanitaria; y que la filiación por naturaleza no matrimonial se determinará y se acreditará mediante el reconocimiento voluntario realizado por el padre biológico ante notario o judicialmente, porque su inscripción requerirá de lo dispuesto en los artículos 185 a 190 del Reglamento del Registro Civil.

De lo expuesto deducimos que el reconocimiento voluntario de la filiación es un procedimiento normativo exclusivo para la filiación por naturaleza de hijos no matrimoniales, en el que debe existir un nexo biológico de padre e hijo entre la persona que reconoce y la persona que es reconocida.

Este nexo biológico entre padres e hijo puede no existir en la filiación que deriva como resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Esta situación dependerá del aporte genético que haga uno o ambos padres para el desarrollo del uso de estas técnicas. La determinación de la filiación, en estos casos, se hará según lo establecido en el artículo 8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

De diferente forma sucede en la filiación por adopción; en estos casos, no existirá una relación biológica entre padres e hijo. La filiación adoptiva precisa de

⁷⁸ *Ibidem*.

una declaración judicial en la que deben consentir los adoptantes y, si el niño adoptable es mayor de 14 años, se requerirá, además, su consentimiento. En ambos casos existe un procedimiento que garantiza el establecimiento de la filiación con respeto a los derechos de ambas partes.

Concluyendo, el reconocimiento voluntario de la filiación es un acto jurídico cuya finalidad es determinar la filiación paterna ante el nacimiento de un hijo nacido de una relación extramatrimonial. Como consecuencia de ello, la normativa legal no le atribuye la filiación paterna inmediata por el simple hecho de nacer. El reconocimiento de la filiación es un acto personalísimo, libre, consciente y fidedigno, por el que los progenitores -de forma conjunta o separada- manifiestan ante el encargado del Registro Civil (o mediante los procedimientos legales establecidos para ello) su conformidad con la veracidad de la relación biológica existente entre padres e hijo y aceptan los efectos normativos que las leyes disponen sobre la relación jurídica creada entre ambos.

El reconocimiento voluntario de la filiación exige el análisis de su naturaleza y de sus caracteres, connotaciones y elementos esenciales.

1.4.2 La naturaleza jurídica del reconocimiento voluntario paternofilial

El reconocimiento filial es calificado como un acto jurídico y no como un negocio jurídico. La distinción entre estas dos figuras jurídicas es bien conocida en la teoría del derecho civil. No obstante, existen posturas sobre si el reconocimiento filial es un negocio jurídico en el derecho de familia: algunos autores lo califican como un «acto del estado civil»⁷⁹, otros lo relacionan afirmando que «el *actus* es el *genus* y el *negotium* la *specie*»⁸⁰ y otras no

⁷⁹ Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio Luis GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil I. La persona y el negocio jurídico*, p. 85

⁸⁰ *Ibidem*.

diferencian los negocios jurídicos familiares de los patrimoniales, englobándolos en la teoría general del negocio jurídico⁸¹.

En la actualidad, en diversos países de la Unión Europea, como son Alemania, Italia y España, nos encontramos con una amplia discrepancia sobre la procedencia o improcedencia de sostener la teoría general del negocio jurídico para este caso; según el Código Civil Español, esta teoría general es simplemente una mera referencia sistemática con la que se describe el conjunto de actos jurídicos que sustentan su base en la autonomía privada. Por su parte, para el Código Civil Alemán es un referente normativo de imprescindible apreciación⁸².

Los actos de las personas que tienen plena capacidad de obrar pueden producir una relación jurídica como consecuencia de acontecimientos o de simples hechos. No todos los hechos que son consecuencia de actos personales tienen trascendencia para las relaciones entre los sujetos de derecho. Existen muchos hechos que, sin depender de la voluntad de la persona que los genera, producen consecuencias jurídicas y hacen nacer derechos y obligaciones, y cuyos efectos no forman parte de la autonomía de la voluntad⁸³.

En el derecho de familia existen hechos o sucesos jurídicos que determinan relaciones familiares. Entre ellos podemos destacar: el nacimiento, que es considerado como un hecho involuntario y un hecho jurídico natural no externo al ser partícipe el ser humano⁸⁴; o la filiación, como un hecho natural que se da en todos los seres humanos, puesto que siempre un hijo tiene un padre y una

⁸¹ Emilio BETTI, José Luis MONEREO PÉREZ y Antonio MARTÍN PÉREZ, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 212.

⁸² Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil I*, p. 385.

⁸³ *Ibidem*, p. 382.

⁸⁴ José LEÓN BARANDARIÁN, *Tratado de derecho civil: comentarios actualizados del Código Civil de 1936 al Código Civil de 1984*, pp. 153-154.

madre, en origen y en un sentido lato aunque no siempre esta condición real esté de acuerdo con la jurídica⁸⁵.

El reconocimiento de la naturaleza de la filiación “es un acto jurídico humano, voluntario, libre y consciente que pone de manifiesto la realidad de la paternidad, pero cuyos efectos se producen ex lege y no *ex voluntate*, como sucede en el negocio jurídico. Es decir, la única voluntad que cuenta es la de proclamarse solemnemente padre, quedando al margen la autonomía de la voluntad para regular la relación jurídica de filiación (para limitar aplazar o condicionar sus efectos), pues todo su contenido está determinado por ley. Sin embargo, sí se aplican ciertos aspectos del negocio jurídico, como los vicios de la voluntad como causas de anulabilidad del reconocimiento”⁸⁶.

Los denominados «actos jurídicos» son los hechos que realiza una persona de forma consciente, con la voluntad y el propósito de adquirir un resultado dispuesto en el ordenamiento jurídico. La persona no puede escoger los efectos derivados de dicho acto jurídico, por venir establecidos por ley. No ocurre igual que con las declaraciones de voluntad, por medio de las que las personas establecen relaciones jurídicas en el orden privado en uso y goce de sus derechos subjetivos y en las que se establecen efectos jurídicos que pretenden configurar los negocios jurídicos⁸⁷.

En el Código Civil y mercantil de Argentina se dispone que, para la constitución de un acto jurídico, es preciso que se reúnan cuatro elementos esenciales:

- 1) Que sea una acción producida por un hecho de una persona, independientemente de los hechos naturales externos que prescinden de esa acción.
- 2) Que el acto sea potestativo, con la plena lucidez, propósito y voluntad.
- 3) Que sea un acto lícito, conforme al derecho objetivo.

⁸⁵ Antonio CICU, *La filiación*, p. 16.

⁸⁶ Maricela GONZALES PÉREZ DE CASTRO, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, p. 148.

⁸⁷ Ángel ACEDO PENCO, *Introducción al derecho privado y derecho de la persona*, p. 207.

- 4) Que el acto tenga un fin propio jurídico, de crear una relación jurídica entre personas o de variar, transferir, conservar o extinguir derechos subjetivos.

Junto a esos cuatro elementos faltaría un quinto, relativo a la ejecución del fin jurídico que despliega sus efectos jurídicos.⁸⁸

El reconocimiento de la paternidad es una afirmación de la relación biológica existente entre padre e hijo a la que la ley le aplica unos efectos jurídicos, con independencia de las intenciones de quien la reconoce y, por tanto, el reconocimiento de la paternidad no es un negocio jurídico⁸⁹.

De lo analizado con respecto a la naturaleza jurídica del reconocimiento de la filiación voluntaria consideramos que el reconocimiento es un acto jurídico personalísimo, potestativo y lícito, por medio del que un progenitor no unido por una relación matrimonial reconoce jurídicamente la existencia de un vínculo biológico entre padre e hijo, ejerciendo los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico para que surjan los derechos y obligaciones de la filiación.

Los efectos que comporta esta declaración de voluntad paterna se encuentran establecidos en el Código Civil y en la normativa registral, no existiendo la posibilidad de acuerdo privado sobre ellos. El imposible ejercicio de la autonomía privada invalida completamente la teoría que considera el reconocimiento como un negocio jurídico, porque en éstos sí es posible un espacio para que las partes establezcan acuerdos o modificaciones, como ocurre con los testamentos o los contratos.

Los efectos derivados del reconocimiento voluntario de la filiación se encuentran determinados como normas imperativas de orden público por lo que las partes no pueden disponer sobre su ejecución. Uno de esos importantes efectos es el derecho a la identidad personal, al que toda persona tiene derecho,

⁸⁸ Augusto CÉSAR BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, Tomo 1, p. 101.

⁸⁹ Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de derecho civil. Tomo IV. Derecho de familia*, p. 230.

según se encuentra recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 7 y 8).

1.4.3 Los caracteres del reconocimiento voluntario paternofilial

Concretar ahora los caracteres del reconocimiento voluntario paternofilial tiene como finalidad constituir los elementos que configuran el acto jurídico del reconocimiento, tales como: la voluntariedad, la irrevocabilidad, la solemnidad, el carácter personalísimo y el acto expreso e incondicional.

- a) La característica de la voluntariedad se produce como consecuencia de ser un acto realizado de forma voluntaria y espontánea por parte del progenitor que efectúa el reconocimiento.
- b) El carácter irrevocable de la manifestación en las distintas formas establecidas en la normativa jurídica supone que la declaración de reconocimiento voluntario de filiación sea irrevocable. En el mismo instante de la declaración, el que reconoce deja de tener la posibilidad de tomar decisiones con respecto a los efectos de su manifestación.
- c) El elemento de solemnidad en el reconocimiento propio de la determinación voluntaria de la filiación extramatrimonial comporta que su instrumentación deba ser realizada de cualquiera de las formas solemnes reconocidas en el artículo 120 del Código Civil o en el artículo 235-9 del Código Civil de Cataluña.
- d) El reconocimiento voluntario de la filiación es un acto jurídico personalísimo, llevado a efecto únicamente por el progenitor que así lo pretenda, de forma directa y personal; el reconocimiento no podrá ser realizado por otra persona que pueda apropiarse de la representación de tal extremo. En el caso de que exista, de forma eventual, un representante o alguna persona con un poder especial para reconocer al hijo en nombre del progenitor estaremos ante la

figura jurídica del *nuntius*⁹⁰ o un simple transmisor de la voluntad del reconocedor.

- e) La normativa jurídica que establezca la filiación y sus formas de determinación jurídica dependerá de la clasificación del hecho a reconocer. Entre las clases de filiación encontramos la filiación por naturaleza y la adoptiva: Dentro de la filiación por naturaleza existe la matrimonial y la no matrimonial (y en ambas existirá un lazo de consanguinidad); en la filiación por adopción no existirá un vínculo biológico; y en la generada por medio de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida puede existir, o no, un vínculo genético, si bien la normativa jurídica iguala en derechos a la filiación por naturaleza.

1.4.4 Los requisitos jurídicos para la determinación de la filiación

Entre los requisitos que pueden limitar a quien realiza un reconocimiento voluntario de la filiación debemos destacar el que dispone el artículo 121 del Código Civil:

“El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

Este precepto no hace mención a la persona que quiere reconocer a su hijo y que esté dentro de los parámetros establecidos en dicho artículo.

El texto del anterior artículo nos lleva a interpretar que el reconocimiento voluntario de la filiación solo puede ser realizado por las personas que tengan plena capacidad de obrar, debido a la relevancia de este acto jurídico. Y no sirve de impedimento el requisito del artículo 121 del Código Civil, que requiere la autorización judicial a quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad, unido a lo dispuesto en el artículo 46 del Código Civil y en el artículo 211-12 del Código Civil de Cataluña, que habilita la posibilidad de contraer matrimonio a los menores emancipados (aunque estén limitados en sus actos, tal como dispone

⁹⁰ Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil I*, p. 271.

el artículo 323 del Código Civil y el 236-27.1 del Código Civil de Cataluña). Las personas emancipadas tienen la suficiente capacidad de obrar para realizar el reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial⁹¹.

La modificación del artículo 121 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, amplió la posibilidad a quienes tengan establecidas medidas de apoyo. En el caso de que no se haya dispuesto o no hubiese medidas voluntarias de apoyo para el reconocimiento voluntario de la filiación, se instruirá la correspondiente revisión de las medidas para tal fin.

Con respecto a los requisitos que deben reunir los hijos para ser reconocidos, desde la Constitución de 1978 no existe diferencia entre hijos naturales legítimos e ilegítimos, pese a que este precepto no desplegó todos sus efectos jurídicos hasta la publicación 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. Con esta ley desapareció la desigualdad de trato entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. El reconocimiento de la filiación tiene un plazo estipulado, aunque un progenitor puede realizar el reconocimiento durante toda su vida, siempre que se cumplan las reglas especiales y atendiendo a las condiciones del hijo a ser reconocido.

Con la modificación del artículo 124 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 21 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se dispuso que no era necesario el consentimiento ni aprobación cuando el reconocimiento voluntario de la filiación por parte del padre se hubiese hecho a través de testamento o en el plazo establecido de treinta días desde el nacimiento. Aun así, la madre podrá suspender el reconocimiento de la inscripción practicada en un plazo de un año desde el nacimiento. Si después de la suspensión de la inscripción por la madre el padre solicitara la confirmación

⁹¹ *Ibidem*.

de la inscripción necesitará la aprobación judicial con la audiencia del Ministerio Fiscal.

El procedimiento de reconocimiento voluntario de la filiación de los hijos menores de edad o “incapacitados” necesita, además, el consentimiento del progenitor que ostenta la potestad parental o, el caso de no existir progenitor, el de su representante legal o la aprobación judicial.

Estos requisitos no son válidos cuando el progenitor ha realizado el reconocimiento voluntario de la filiación admitiendo su vínculo genético en testamento o en el plazo establecido en el artículo 166 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil para inscripción posterior al nacimiento⁹².

En el caso de que el reconocimiento voluntario de la filiación sea de un hijo que ha alcanzado la mayoría de edad, el artículo 123 del Código Civil establece que los efectos del reconocimiento no surtirán efectos sin el consentimiento expreso o tácito del hijo. Este precepto está dispuesto para el hijo mayor de edad salvo que, por discapacidad estuviese sometido a lo dispuesto en el artículo 124 del Código Civil. Del mismo modo, los menores de edad emancipados se regirán por lo dispuesto en el artículo 323 del Código Civil y el 236-27.1 del Código Civil de Cataluña.

Es coherente que quien tiene plena capacidad jurídica para ejercitar sus derechos tenga el derecho a tomar sus propias decisiones respecto a si quiere ser reconocido de forma tardía y extemporánea por quien se atribuye el hecho de ser su progenitor, aunque realmente lo sea. Que el padre no reconociera voluntariamente la filiación en el momento posterior al nacimiento no lo legitima para tomar la decisión de hacerlo de forma unilateral sin el consentimiento del

⁹² LASARTE señala que “El fundamento de tales excepciones probablemente se encuentre en que el legislador ha considerado, de una parte, que cuando el reconocedor ha actuado testamentariamente está ya curado de vanidades y pretensiones torticeras y se ha pronunciado de forma tal que su declaración sólo tendrá efectos post mortem”. *Ibidem*, p. 272.

hijo mayor de edad, máxime cuando ignoró la responsabilidad de ser el padre mientras aquél era menor de edad.

El artículo 125 del Código Civil dispone que en el caso que los progenitores del hijo o “incapaz” fuesen hermanos o consanguíneos en línea recta legalmente establecida (incesto) únicamente podrá ser determinada la filiación de uno de los progenitores con la previa autorización judicial, que será otorgada con la audiencia del Ministerio Fiscal siempre que no sea contraria al interés superior del menor o “incapaz”. Cuando el hijo reconocido por uno de los progenitores alcance la mayoría de edad, podrá ejercer la invalidación de la última determinación de la filiación si no dio su consentimiento.

El reconocimiento voluntario de la filiación por parte del progenitor podrá realizarse de forma extemporánea y tardía durante toda su vida, de forma personalísima, potestativa y con total libertad. Este reconocimiento podrá hacerlo, incluso, si el hijo a reconocer ya ha fallecido, aunque los efectos del reconocimiento solo surtirán efectos si sus descendientes o sus representantes legales lo consienten⁹³.

Con anterioridad a la proclamación 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, era posible determinar, para los concebidos no nacidos (*nasciturus*), los efectos que les fueran favorables; entre ellos, el reconocimiento voluntario de la filiación antes de nacer, atendiendo a lo establecido en el artículo 29 del Código Civil.

La redacción del artículo 29 del Código Civil no ha sufrido modificación, pero lo dispuesto en el artículo 122 del mismo texto legal impide que el reconocimiento por parte de uno solo de los progenitores implique la manifestación de la identidad del otro progenitor (a no ser que la identidad del otro progenitor ya esté determinada legalmente). La inclusión de este requisito excluye la posibilidad de que el padre realice de forma unilateral y separada el

⁹³ Así está dispuesto en el artículo 126 del Código Civil.

reconocimiento voluntario de la filiación del *nasciturus*. En cambio, si ambos progenitores reconocen la filiación del *nasciturus*, no existe ningún inconveniente para que surja los efectos ni que se le prive de eficacia.

1.5 Los mecanismos para establecer el reconocimiento voluntario

El reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial se puede realizar de diversas formas, conforme se establece en los artículos 120 del Código Civil y 235-9 del Código Civil de Cataluña; en ellos se dispone que el reconocimiento debe otorgarse conforme a una de las formas previstas en el Código Civil y concordantes de la legislación registral.

Por tanto, el reconocimiento puede llevarse a cabo a través de una comparecencia ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en documento público y debemos añadir la declaración realizada por el progenitor a través del pertinente formulario oficial al que se refiere el artículo 44.3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Hay que tener en cuenta que cualquiera de las formas señaladas para el reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial es apta para la determinación de la filiación; todas ellas están dotadas de la solemnidad que requiere el acto jurídico del reconocimiento a la vez que son actos jurídicos irrevocables.

Los requisitos exigibles para el reconocimiento no pretenden dificultar el acto jurídico sino impedir que se provoque un desacuerdo posterior como consecuencia de un proceso que pueda poner en tela de juicio si se ha realizado o no el reconocimiento. La eficacia del reconocimiento ante el encargado del Registro Civil será la misma, aunque se haga fuera del plazo establecido posterior al nacimiento.

1.5.1 El reconocimiento de la filiación ante el encargado del Registro Civil

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en su artículo 45, obliga a promover la inscripción del nacimiento a:

- a) todos los centros sanitarios, hospitales y clínicas, al personal médico y sanitario que atienda a un parto dentro o fuera de un establecimiento sanitario.
- b) a los progenitores: solo cuando la madre realice la renuncia al hijo no tendrá la obligación de promover la inscripción, que será asumida por la entidad pública que corresponda.
- c) los parientes cercanos o cualquier persona que tenga plena capacidad de obrar y haya estado presente en el momento del alumbramiento.

Los requisitos para realizar la inscripción del nacimiento en el Registro Civil están dispuestos en el artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Los documentos a aportar son:

- a) una declaración formulada en el documento oficial debidamente firmado por uno o ambos declarantes.
- b) el parte facultativo expedido por la clínica donde se produjo el parto, en el que el profesional sanitario que lo intervino constatará la verdadera identidad de la madre del recién nacido a los efectos de incluir en el parte la fecha de nacimiento, hora y lugar, identidad, sexo y la filiación del inscrito. Cuando no se disponga del parte facultativo, los reconocedores deberán aportar la documentación que reglamentariamente se determine.

El artículo 46 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, dispone que los hospitales, clínicas y los centros sanitarios deben comunicar en un plazo de setenta y dos horas a la oficina del Registro Civil de los nacimientos que hayan ocurrido en los centros sanitarios. Los profesionales sanitarios que asistan al

nacimiento deben adoptar la cautela necesaria para garantizar la correcta identificación del recién nacido, efectuando las necesarias comprobaciones en las que no quede ninguna duda sobre la filiación materna. En dichas comprobaciones deben guardarse las máximas garantías por parte de los profesionales del centro sanitario, identificando a ambos a través de la toma de las huellas de las plantas de los dos pies del recién nacido, junto a las huellas dactilares de la madre, ambas deben figurar en el mismo documento.

La identificación de la filiación utilizada por el sistema registral entre la madre y el recién nacido en su inscripción es totalmente externa al niño⁹⁴. El medio utilizado de identificación a través de la huella plantar solo es útil en sus primeros meses de vida para diferenciarlo del resto de los neonatos que comparten centro sanitario en el momento del nacimiento. La huella dactilar se forma a los ciento veinte días de vida intrauterina, y es única e irrepetible. Se puede decir que las huellas dactilares son nuestro documento natural de identidad. La huella dactilar nos da identidad, aunque no confirmaría el vínculo que les une a ambos, hasta que se compruebe con el verdadero vínculo de la sangre a través de la prueba del Ácido Desoxirribonucleico⁹⁵. Se aseguraría la identidad de la filiación recogiendo la huella dactilar del neonato, al igual que se hace actualmente con la madre o a través del análisis de una muestra de sangre del recién nacido inmediatamente posterior al momento del parto de la que quedará constancia en el documento que insta el centro sanitario.

En la inscripción del reconocimiento constará la información de las pruebas de identidad realizadas al recién nacido, a la madre y del centro sanitario que las ha realizado; este centro deberá conservar las pruebas hasta su archivo definitivo por la administración competente.

⁹⁴ Susana SALVADOR GUTIÉRREZ, "Derecho a la identidad", p. 1459.

⁹⁵ Antonio GARRIDO LESTACHE, *La identidad del ser humano*, p.147.

Estos requisitos legales que garantizan la inscripción a través de los centros sanitarios aseguran el principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales⁹⁶.

La comunicación será remitida electrónicamente a través del formulario oficial de declaración cumplimentado por el centro sanitario y firmado por la persona o personas obligadas a comunicar el nacimiento, además de constar la identificación y nacionalidad de los declarantes, el nombre elegido para el recién nacido, el orden de apellidos y su filiación paterna. En el caso de que no constase la filiación paterna tendrá que constatarse posteriormente conforme al artículo 120 del Código Civil. Junto a este formulario se adjuntará el parte facultativo del nacimiento debidamente firmado por el profesional que asistió al parto; la entrega la hará el centro sanitario mediante firma electrónica.

Una vez aportados los documentos solicitados como requisito especial de reconocimiento para la determinación de la filiación, el encargado del Registro Civil los examinará y verificará e inmediatamente inscribirá el nacimiento. La inscripción se regirá por lo establecido en el artículo 6 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, por la que se abrirá un registro individual con el primer asiento que se practique asignándole un código personal único y que comprenderá una sucesión alfanumérica originada por el Registro Civil que no variará con el tiempo.

1.5.2 El reconocimiento paternofilial a través de testamento o documento público

Otra de las formas legales establecidas para el reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial es realizarlo a través de testamento o de documento público; así se establece en el artículo 120.1º del Código Civil y 235-9 a) del Código Civil de Cataluña. El reconocimiento testamentario no pierde fuerza legal pese a que se revoque el testamento en que se realizó. Esta apreciación del artículo 741 del Código Civil se amplió con la proclamación de la Ley 11/1981,

⁹⁶ María LINACERO DE LA FUENTE, *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*, p. 479.

de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Se añadió que el testamento por el que se reconoce a un hijo no pierde fuerza legal, aunque se revoque si no contiene un mandato contrario o son nulas las disposiciones que contiene.

El reconocimiento voluntario de la filiación de hijos no matrimoniales también puede realizarse a través de escritura pública: así lo establece el artículo 235-9 a) del Código Civil de Cataluña, aunque en el artículo 120.1º del Código Civil no se especifica en qué documento público puede hacerse, por lo que cualquier documento público puede valer como documento indubitado, siempre que sea eficaz y conste claramente la expresa voluntad del reconocimiento del hijo y no de un reconocimiento-confesión⁹⁷. El documento público debe contener la voluntad del sujeto de reconocer la filiación del hijo y surtiría los efectos de la teoría del reconocimiento-admisión⁹⁸. Esta teoría pone en relación la naturaleza y los efectos del acto jurídico y según ella se afirma que cuando el reconocedor asevera de forma solemne la paternidad biológica del hijo, el acto le atribuye al hijo el reconocimiento de un *status filii* que lo vincula a la persona que lo reconoció.

Cuando exista un escrito indubitado del padre o de la madre que exprese la voluntad explícita de reconocer la filiación voluntaria del hijo, está podrá ser inscrita mediante expediente⁹⁹.

1.5.3 El reconocimiento paternofilial mediante expediente administrativo en el Registro Civil

Otra forma que disponen los artículos 120.2 del Código Civil y 235-9 b) del Código Civil de Cataluña, es el reconocimiento por expediente instado en el Registro Civil. Éste consiste en el reconocimiento de la filiación no matrimonial

⁹⁷ Jesús Díez DEL CORRAL RIVAS, *Sentencias comentadas: El reconocimiento de filiación natural*, “en otro documento público” según el artículo 131 del Código civil. (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1966), p. 600-610.

⁹⁸ Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *El reconocimiento de la filiación natural*, pp. 21 y ss.

⁹⁹ Así lo dispone el artículo 44.6. 1ª de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil.

hecha con posterioridad al plazo previsto para la inscripción. El reconocimiento no tiene un tiempo máximo estipulado para hacerse, siempre que se realice con arreglo a las formas establecidas en la normativa aplicable. El artículo 44.6. 1ª de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil establece la posibilidad de instar un procedimiento de inscripción cuando exista algún documento de indubitada veracidad del padre o de la madre en el que se reconozca de forma expresa la voluntad de reconocer la filiación extramatrimonial del hijo. En este caso, además, debe ser aprobado por el encargado del Registro Civil, con la anuencia del Ministerio Fiscal y de la parte interesada, que tiene que ser notificada obligatoriamente de forma personal.

Este reconocimiento mediante expediente instado en el Registro Civil puede realizarse cuando el hijo esté en la posesión continuada de estado con respecto al padre o la madre y debe justificarse por los actos directos del padre o de su familia, establecido en el artículo 44.6. 2ª de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

1.5.4 La determinación de la filiación no matrimonial mediante sentencia firme

La determinación de la filiación puede establecerse a través de sentencia firme, según se dispone en los artículos 120.3º del Código Civil y 235-9 c) del Código Civil de Cataluña. Este último precepto, a diferencia de lo dispuesto en el Código Civil estatal, dispone que se puede establecer la filiación por “sentencia firme en un procedimiento civil o penal”. Aunque el Código Civil no incorpora el término «penal», entendemos que incluye cualquier sentencia firme dictada por un juez o magistrado de cualquier jurisdicción.

El artículo 114 del Código Civil establece que los asientos de filiación pueden ser rectificadas cuando sean contrarias a los hechos probados en una sentencia penal y que será inscrita la filiación por mor de lo establecido en el artículo del 190 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil

El ejercicio de una reclamación de paternidad por parte del hijo permitirá la acción de impugnación de la paternidad, tal como prevé el artículo 134 del Código Civil. Ésta deberá instarse con anterioridad o acumuladamente. El hijo dispone del plazo dispuesto en el artículo 137.1 del Código Civil para realizar la impugnación contradictoria de la paternidad.

El artículo 235-21 del Código Civil de Cataluña establece que el hijo de una relación extramatrimonial puede ejercer la acción de reclamación de filiación no matrimonial durante toda su vida.

Para establecer la filiación paterna del hijo, éste debe carecer de ella. Nos referimos a que no debe constar en el Registro Civil una filiación paterna, aunque sea contradictoria a su verdad biológica. En el caso de que exista una filiación legal paterna, debe impugnarse antes de iniciar la reclamación de paternidad o acumular las acciones según lo dispuesto en el artículo 235-22 del Código Civil de Cataluña. Si existe una filiación determinada a través de una adopción no podrá realizarse la impugnación de la paternidad, porque la adopción tiene carácter irrevocable; solo podrá ser extinguida según lo establecido en el artículo 235-51 del Código Civil de Cataluña y 180 del Código Civil.

La sentencia que dicta la determinación de la filiación paterna es remitida de oficio por el juzgado que la dictó al Registro Civil para su inscripción, para que surjan inmediatamente los efectos previstos en el artículo 112 del Código Civil. La determinación de la filiación tiene efectos retroactivos siempre que sean compatibles con su naturaleza y que la ley no disponga lo contrario. Por su parte, la disposición transitoria quinta del Código Civil de Cataluña establece que, de forma general, la determinación de la filiación tiene efectos retroactivos. Por tanto, la sentencia que se inscriba en el Registro sobre esa determinación también los debe tener.

En los procesos judiciales de impugnación o de reclamación de la paternidad tiene gran importancia la prueba pericial biológica; el principal objetivo de esta prueba es acreditar la filiación del hijo con respecto al progenitor. El resultado que demuestre positivamente el vínculo genético provocará una sentencia favorable que determinará la filiación de paternidad o de maternidad.

La adopción requiere de sentencia judicial para que sea determinada la filiación; sus efectos específicos producen los mismos que la filiación por naturaleza así lo establece el artículo 235-47 del Código Civil de Cataluña, por lo que, en el caso que exista una filiación determinada a través de la adopción, no podrá realizarse la impugnación de la paternidad por ser la adopción de carácter de irrevocable (exceptuando en algunos motivos dispuestos en los artículos 235-51 del Código Civil de Cataluña y 180 del Código Civil).

La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y su familia biológica excepto cuando el adoptante sea el cónyuge o persona con quien el adoptante conviva en pareja estable (como dispone el artículo 235-32.1. a del Código Civil de Cataluña).

1.5.5 La determinación de maternidad no matrimonial

El reconocimiento de la filiación no matrimonial establecido en el artículo 120.4º del Código Civil alude en exclusiva a la relación entre el hijo no matrimonial y su progenitora. Con la derogación de la Ley 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil se elimina toda referencia a la filiación no matrimonial, que queda igualada a la matrimonial en lo que se refiere a la determinación de la maternidad; resultaría extraño pensar que un hijo ha nacido sin madre. Los centros sanitarios están obligados a comunicar al Registro Civil los nacimientos sucedidos en ellos, por lo que siempre existe constancia de quién es la madre cuando el parto se produce en esos centros.

La equiparación de la igualdad en la filiación sin que exista discriminación por razón de nacimiento, establecida en la Constitución, ha tenido una evolución normativa lenta. El legislador ha ido realizando cambios legislativos importantes, como con la entrada en vigor 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, que adaptó los principios constitucionales a la normativa legal; también la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha jugado un papel esencial, con la sentencia 776/1999, que estableció en su fundamento de derecho quinto que el artículo 47.1 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil y sus concordantes eran derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, en particular

sobre la interpretación de la normativa que podía utilizar la voluntad de la madre en el parto para determinar la identidad registral de la maternidad¹⁰⁰.

Como consecuencia de la derogación del artículo 47.1 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil fueron considerados inaplicables por derogación los artículos 167 y 187 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Pero no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que en su Preámbulo dispone que, en todo lo concerniente a la filiación, se elimina cualquier referencia a la no matrimonial, que queda equiparada a la matrimonial.

El artículo 44.4 b) de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, dispone que no constará la filiación paterna en los supuestos en los que se constate que la madre está casada con una persona distinta a la descrita en la declaración (conforme a la aplicación prevista en el artículo 116 del Código Civil). En este caso, no se aplicará la presunción de paternidad, se inscribirá solo la filiación materna y se procederá a iniciar un procedimiento de expediente registral de la filiación paterna.

Cuando el reconocimiento de la maternidad sea posterior a la inscripción de nacimiento, se dispondrá de cualquier tiempo para realizarlo, siempre que se realice conforme a la normativa aplicable¹⁰¹. De igual forma, ese mismo artículo establece que la madre no gestante podrá hacer la declaración ante el encargado del Registro Civil, con el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante y del representante legal, si el hijo a reconocer fuese menor de edad; en el caso de que fuese mayor de edad, la persona a la que se reconoce filiación deberá prestar su consentimiento. Si el reconocimiento de la filiación fuese realizado a personas con discapacidad a las que se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo dispuesto en la resolución judicial establecida o en el documento notarial dispuesto o acordado, siempre teniendo en cuenta

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999 de 21 de septiembre. Sala de lo Civil 1ª. ECLI:ES:TS:1999:5672.

¹⁰¹ Así lo dispone el artículo 44.6 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil.

que para que concurra la inscripción del reconocimiento deben cumplirse los requisitos de validez y eficacia.

1.5.6 La determinación legal de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida

Los avances científicos en el último tercio del siglo XX sobre la procreación han hecho que se extienda la utilización de diferentes técnicas de reproducción humana asistida. El avance de la ciencia y el derecho no suelen ir al mismo ritmo; el derecho siempre va por detrás, aunque el desarrollo de la Ley 135/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, fue una de las primeras regulaciones jurídicas en esta materia entre las normativas de los países más cercanos cultural y geográficamente¹⁰². Como consecuencia de no estar reguladas este tipo de técnicas en el Código Civil se hizo necesario afrontarlas.

Con posterioridad fue modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 32/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, derogada por la disposición derogatoria única de la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La determinación de la filiación en este tipo de técnicas está regulada en el artículo 8.1 del mismo texto legal; dispone que, en ningún caso, la mujer progenitora ni el marido podrán impugnar la filiación cuando hayan prestado su consentimiento a la fecundación por el marido o por donante anónimo. El consentimiento debe realizarse con anterioridad a la fecundación y de forma expresa.

El artículo 8.2 del mismo texto legal se relaciona con el artículo 44 de la Ley 20/2022, de 21 de julio, del Registro Civil, al establecer que se considerará indubitado el documento del centro autorizado que presente el varón no casado

¹⁰² María LINACERO DE LA FUENTE, *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*, p. 481.

en el que se refleje su consentimiento para la fecundación (habiendo aportado su contribución de donante); con él se le inscribirá como progenitor.

El artículo 8.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone que la determinación de la filiación no se aplicará cuando la donación haya sido anónima, puesto que debe garantizarse su confidencialidad¹⁰³.

El artículo 9.1 del mismo texto legal dispone los requisitos para la determinación de la filiación en caso de premoriencia del marido; es decir, cuando el donante haya prestado material reproductor con anterioridad a su fallecimiento, pero aún no se haya producido la inserción en el útero de la mujer en el momento de su muerte, no podrá determinarse legalmente la filiación.

No obstante, el artículo 9.2 del mismo texto legal dispone que el marido puede prestar su consentimiento con arreglo al artículo 6.3 del mismo texto legal, esto es, en escritura pública, testamento o a través de un documento indubitado que refleje de forma clara y concisa las instrucciones para que su material genético reproductor pueda ser utilizado para la fecundación de su mujer en los doce meses siguientes a su fallecimiento. En este caso, el hijo resultante de la fecundación obtendrá todos los efectos legales de la filiación matrimonial.

El artículo 9.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, iguala la posibilidad en el caso que no exista vínculo matrimonial; el padre podrá prestar su consentimiento para la utilización de su material reproductivo con la especificación de sus instrucciones previas en el documento conforme el 6.3 del mismo texto legal. La diferencia es que, para la determinación de la filiación, se deberá instar un expediente conforme al artículo 44.8 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

En la determinación de la filiación por gestación por sustitución hay cierta crítica doctrinal con referencia al efecto que ejerce el artículo 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en

¹⁰³ Así lo establece el artículo 5.5 del mismo texto legal.

cuanto a que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución se atribuya a la madre gestante¹⁰⁴. En España, la determinación de la filiación materna queda establecida por el parto. Cuando el legislador reguló el artículo 10.2 de ese texto legal buscaba disuadir del empleo de estas técnicas. Por eso obligó a los comitentes a que el hijo así nacido mantuviese una relación jurídica con la madre gestante (junto con unas obligaciones inherentes que, como consecuencia de la maternidad, la madre gestante nunca tuvo intención de asumir).

La técnica sobre la reproducción humana asistida realizada a través de la gestación por sustitución crea consecuencias de índole moral, jurídica, social y psicológica sobre el niño. La voluntad de ser padres no puede anteponerse al interés superior del niño sin que los comitentes y las madres gestantes reflexionen sobre las posibles consecuencias que a este niño se le plantearán respecto de su identidad. La imposibilidad de acceder a la identidad del donante anónimo del material genético aportado le impedirá conocer sus orígenes biológicos, y ello irá sumado al hecho de haber sido concebido por una madre gestante que, jurídicamente, constará como su madre biológica.

La institución jurídica de la filiación ha sufrido cambio en cuanto a los presupuestos tradicionales necesarios para establecerla. La distinción entre el engendramiento (como circunstancia natural) y la filiación (como institución jurídica) implica que el componente imprescindible para establecer la filiación va a ser alterado por el hecho de reconocer la filiación a partir de la autonomía de la voluntad; ya no hay necesidad de que exista una relación sexual para concebir a un hijo¹⁰⁵ y esto cambia mucho las cosas. La procreación a través de relaciones sexuales constataba la maternidad por él y demostraba el lazo genético entre la madre y el hijo. Se podía cumplir el principio de *mater semper certa est*.

¹⁰⁴ Carmen Leonor GARCÍA PÉREZ “Gestación por sustitución”, p. 391.

¹⁰⁵ Silvia TAMAYO HAYA, *Reproducción asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación. La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, pp. 59-107.

Pero la llegada de las técnicas de reproducción humana asistida ha supuesto una crisis en el reconocimiento de la filiación existente, tanto por naturaleza y como por adopción, porque es algo distinto a ambas instituciones. De ahí que diferentes autores señalen la necesidad de crear una nueva forma de establecer la filiación basada en el fundamento de la voluntad procreacional¹⁰⁶. Esa voluntad es imprescindible para la ejecución de la técnica de la procreación medicamente asistida y especialmente “se percibe como la piedra angular que establece la paternidad y la maternidad”¹⁰⁷. “La idea tradicional de la filiación derivada de manera exclusiva del factor biológico, hoy es insuficiente (...) [para] la nueva realidad social y jurídica derivada de las TRHA, y es precisamente en este contexto que surge un nuevo concepto denominado voluntad procreacional (...) que dará respuesta a estas nuevas realidades bio-socio-jurídicas”¹⁰⁸.

Hasta la extensión de las técnicas de reproducción humana asistida, la filiación y los lazos de sangre han ido ligados a lo que conocemos como «familia tradicional». La igualdad, instaurada como principio inspirador de nuestro sistema democrático, ha ido equiparando en todos sus aspectos y efectos las diferentes formas de filiación a la adquirida por naturaleza. Esa equiparación normativa paulatina ha ido reflejando la evolución de la realidad política y social sobre lo que representa para una sociedad moderna la filiación y la familia.

La filiación adoptiva cumple con la necesidad de protección de los niños, niñas y adolescentes abandonados por sus progenitores; el Estado está obligado a darles protección a través de la institución de la adopción, con el objetivo de que sean cuidados, educados y se desarrollen dentro de un núcleo familiar,

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Aníbal GUZMÁN ÁVALOS y María del Carmen VALDÉS MARTÍNEZ, “Voluntad procreacional”, p. 78.

¹⁰⁸ Héctor Augusto MENDOZA CÁRDENAS, “La voluntad procreacional: un caso de inseminación artificial casera atípico”, p. 350.

además de garantizar que no exista ningún tipo de discriminación por razón de nacimiento o filiación.

Cuestión distinta es la gestación por sustitución; la ilicitud es evidente en España, y así lo dispone el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: será nulo de pleno derecho el contrato de la gestación por sustitución. No todo debe estar permitido para concebir a un ser humano.

1.6 Los efectos jurídicos del reconocimiento voluntario de la filiación

Los actos jurídicos de la filiación producen sus efectos, tal como se dispone en el artículo 112 del Código Civil, desde que tienen lugar. Para la filiación, el vínculo jurídico está en la sangre que comparten los generantes y los generados. Si la filiación biológica se desconoce, sus efectos solo se desplegarán cuando pueda quedar determinada. No se gozará de la plenitud de la filiación legal hasta que el vínculo de la sangre se manifieste¹⁰⁹.

En España solo se reconoce la filiación biológica y la procedente de la adopción, y así lo establece el artículo 108 del Código Civil, que dispone de igual forma los efectos en la filiación matrimonial, no matrimonial y en la adoptiva.

El legislador se centra en constituir los derechos y deberes que entrañan los actos jurídicos, estableciendo entre sus efectos los que derivan de la relación de parentesco, de filiación, de la potestad parental de los progenitores y que comporten las responsabilidades parentales que la normativa les ordena¹¹⁰. Los efectos que se establecen como consecuencia del reconocimiento de la filiación están dispuestos en los artículos 109 a 111 del Código Civil.

¹⁰⁹ Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de derecho civil. Tomo IV. Derecho de familia*, pp. 201-202.

¹¹⁰ M^a del Carmen GETE-ALONSO CALERA y Judith SOLÉ RESINA, "La filiación", pp. 309, 363 y 364.

Entre los derechos y deberes constitucionales de todo progenitor hay que tener presente la obligación de cuidar y educar a los hijos “para posteriormente destacar el ‘reconocimiento’ como un deber de los progenitores y no un mero acto de poder familiar”¹¹¹. El reconocimiento de la filiación es un acto voluntario, personalísimo, que reafirma el derecho a la identidad de los hijos, vinculando a padres e hijos en el conjunto de deberes y obligaciones de la institución de la filiación, que la convierte “en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el derecho contempla”¹¹².

La filiación forma parte de la esencia de toda persona, no únicamente porque los seres humanos descendemos de un padre y una madre, sino porque la filiación determina la identidad de las personas¹¹³, que no solo está compuesta por el nombre sino por la genética adquirida de nuestros antecedentes familiares.

Entre los efectos que produce el reconocimiento podemos destacar los derechos hereditarios, la representación legal, las pensiones o los apellidos. Si se establecen los apellidos como consecuencia de un reconocimiento de filiación tardío de reclamación de paternidad se podría entender que se compromete el derecho fundamental a la propia imagen del hijo reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución; así lo interpretó el Tribunal Constitucional¹¹⁴. En este procedimiento, se reconoció la filiación paterna y, con ello, se impuso el apellido del padre como primero y el de la madre como segundo. La demanda de paternidad fue realizada con posterioridad a la condena penal dictada contra el padre por violencia de género. El tribunal señaló que:

“El legislador tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2004 del artículo 58 de la Ley del Registro Civil en la disposición adicional vigésima, donde se contempla la posibilidad de cambio de apellidos en caso de violencia de género por Orden del Ministerio de Justicia,

¹¹¹ Graciela MEDINA, “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y comercial unificado de Argentina”, p. 34.

¹¹² José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de derecho civil*. Tomo IV: Familia, p. 299.

¹¹³ M^a del Carmen GETE-ALONSO CALERA y Judith SOLÉ RESINA, “La filiación”, p. 308.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2013, de 7 de octubre. Sala segunda.

lo que pone de manifiesto es la relevancia de esta circunstancia a la hora de decidir sobre esta cuestión”¹¹⁵.

La obtención de los apellidos del progenitor como efecto del reconocimiento es signo de identidad y de desarrollo de la personalidad, pero en algunas ocasiones, la imposición de los apellidos contra la voluntad puede ocasionar graves perjuicios para quien los recibe.

El derecho a los apellidos derivados de la filiación va unido a las obligaciones de cuidado, afectivas y materiales, que surgen como consecuencia del reconocimiento y que tienen su base en las responsabilidades parentales de la filiación. Abandonar a un hijo incumple “las obligaciones derivadas de la relación de paternidad, relativas a velar por su hijo, tenerlo en su compañía, alimentarlo, procurarle una formación integral y representarlo”¹¹⁶; este incumplimiento vulnera el artículo 154 del Código Civil y las funciones esenciales que necesita un hijo para su desarrollo integral (referido en el artículo 39.2 de la Constitución).

Otro de los efectos que comporta la determinación de la filiación es la obligación de prestar alimentos. Incluso si no se ostenta la potestad parental esta obligación “obedece a la naturaleza de las cosas: el común alborozo por la nueva criatura se complementa con cargas para los autores, cuya vertiente jurídica mínima garantiza el derecho, así la provisión de los alimentos necesarios para subsistir”¹¹⁷. Esto queda recogido en los artículos 110 del Código Civil y 235-2.2 del Código Civil de Cataluña.

De forma general, la obligación de prestar alimentos a los hijos se mantendrá hasta que los hijos sean económicamente independientes. No obstante, en un procedimiento de reclamación de paternidad pueden solicitarse alimentos provisionales para el niño como medida cautelar, al amparo de los

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 795/2022, de 21 de noviembre. ECLI:ES:TS:2022:4284.

¹¹⁷ Ramón DURÁN RIVACOBÁ, “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, p. 5.

artículos 235-17 del Código Civil de Cataluña y 768.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. Esta medida se mantendrá hasta que se dicte sentencia definitiva.

Los derechos sucesorios son otro de los efectos que surgen como consecuencia de la determinación de la filiación. El artículo 111 del Código Civil establece que será excluido de ser heredero del hijo el progenitor que haya presentado oposición contra la demanda de reclamación de paternidad iniciada por el hijo o su representante legal. La privación de los derechos sucesorios por oposición a la paternidad por el padre no será extensible al hijo. Esta prohibición hacia el padre puede ser eliminada por la voluntad de propio hijo cuando alcance la plena capacidad de obrar o por su representante legal con aprobación judicial¹¹⁸.

El artículo 807 del Código Civil determina como herederos forzosos a los hijos y a los descendientes de sus progenitores y a los ascendientes. En caso de sucesión *ab intestato*, los hijos serán los primeros en ser llamados como herederos descendientes en línea recta (como establece el artículo 930 del Código Civil), sin distinción de sexo, edad o filiación.¹¹⁹

Al igual que la filiación determinada a través de técnicas de reproducción humana asistida, en el reconocimiento voluntario por complacencia no existe un vínculo biológico entre el reconocedor y el hijo reconocido aun a sabiendas de que no existen lazos sanguíneos.

1.7 El reconocimiento paternofilial voluntario en el Registro Civil realizado por complacencia

La filiación no siempre es consecuencia de un hecho biológico que origina la procreación puesto que el sistema regula instituciones como la adopción o los

¹¹⁸ Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil: Derecho de familia y derecho de sucesiones*, p. 310.

¹¹⁹ Así lo dispone el artículo 931 del Código Civil.

niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida, en los que no existe un nexo biológico entre padres e hijos. En ambos supuestos se prescinde del lazo sanguíneo para la construcción del vínculo jurídico paternofilial: el derecho y la verdad no van de la mano.

En el derecho de familia, hasta hace poco tiempo, primaba la certeza como principio básico de la regulación normativa y, en concreto, de la filiación; esta máxima se ha flexibilizado a pesar del principio constitucional de verdad biológica¹²⁰. Ha habido que rendirse a que, en ocasiones, “el derecho es irremediabilmente sin verdad”¹²¹ y hay que entender que “asociar el derecho a la verdad (...) hace de él un fin, o un principio, e induce a desatender su instrumentalidad”¹²².

Otra situación jurídica en la que no coinciden la verdad con el derecho la encontramos en la llamada «posesión de estado»¹²³. Esta figura constituye una causa para otorgar la filiación jurídica cuando, aun no existiendo una verdad biológica sí que se da una verdad sociológica, cultural y social en la que conviven la persona y su entorno familiar. Todos ellos comparten, según MIZRAHI, “las afecciones, los intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hecho, la responsabilidad asistencial, en fin, lo que se ha denominado la «faz existencial y dinámica»”¹²⁴. En el derecho de

¹²⁰ Ramón DURÁN RIVACOBBA, “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, p. 5.

¹²¹ Maricela GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, p. 374.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ José Antonio DORAL GARCÍA DE PAZOS, “La posesión de estado en materia de filiación”, pp. 455-474.

¹²⁴ Mauricio Luis MIZRAHI, “La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica”, p.148.

familia se debe atender al *favor filii*¹²⁵ como principio inspirador, que debe regir por encima de cualquier otro que afecte a los niños.

Para otros autores, en cambio, la verdad biológica debe regir como base principal de la filiación, aunque sin excluir otras matizaciones contenidas en la doctrina jurisprudencial¹²⁶. Y otros señalan que ser padre no es solo el vínculo que une genéticamente a dos personas, sino que existen diferentes factores afectivos, volitivos y sociales que conforman el verdadero vínculo que convierte a alguien en padre por su comportamiento como tal hacia el hijo¹²⁷.

El reconocimiento por complacencia es un acto jurídico declarativo en el que el padre se reconoce como padre; en ella no se declara el hecho mismo de la generación, sino que se configura una filiación que no existe, desde el conocimiento cierto de falta de relación biológica entre ambos¹²⁸. Este reconocimiento de la filiación, en el que el supuesto padre prescinde de la veracidad biológica, es una praxis social que no está regulada por la normativa, al tener la apariencia de un reconocimiento legal. Esos reconocimientos conscientes son denominados doctrinalmente como «reconocimiento mendaz»¹²⁹. En ellos que se crea una filiación irreal. En España esta figura se

¹²⁵ “La Constitución de 1978 recoge otros principios a los que otorga un papel fundamental en la determinación del vínculo filial: el *favor filii* o beneficio del hijo”. Maricela GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Resumen.

¹²⁶ María Encarnación ROCA I TRIAS, *Libertad y familia. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública académica de número por la Excmo. Sra. D^a Encarnación Rocas Trias y contestación del Excmo. Sr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, p.17.

¹²⁷ María Mercedes ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, “Reconocimiento de la filiación por complacencia”, p .2.

¹²⁸ Ana Silvia GALLO VÉLEZ, *Los reconocimientos de complacencia en el derecho común español*, pp. 89-90; y Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, “Verdad biológica, verdad legal y verdad volitiva en relación a los reconocimientos de complacencia”, p. 318.

¹²⁹ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)”, p. 1055; y Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, “La determinación de la filiación por reconocimiento. Su eventual impugnación”, p. 2244.

conoce comúnmente como «reconocimientos blancos»¹³⁰ o «reconocimientos de complacencia»¹³¹, que es el término que venimos usando en este trabajo.

Con independencia de las denominaciones que le dan los diferentes autores, todos coinciden en la falsedad biológica y en que los efectos jurídicos que producen son iguales a los que se producirían si existiese un lazo genético. En el aspecto afectivo se unirán de la misma forma, estrechando vínculos familiares entre padre e hijo.

En estos casos, se produce un aprovechamiento indebido del reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial para lograr, a través de una ficción, el reconocimiento como propio de un hijo que no lo es biológicamente y hacer que se desplieguen los derechos y obligaciones que surgen de tal situación. La ausencia de normativa en nuestro país sobre el reconocimiento voluntario de complacencia hace que sea posible utilizar los mecanismos existentes para establecer la filiación como si fuera por naturaleza, establecidos en los artículos 108 del Código Civil y 235-10 del Código Civil de Cataluña.

Para la determinación de la filiación por complacencia se seguirá lo establecido en los artículos 120 del Código Civil y 235-3 del Código Civil de Cataluña; sus efectos serán iguales a los que se producen en un reconocimiento voluntario por naturaleza, sin ningún tipo de distinción.

En conclusión, habría que cuestionarse si se deben establecer, o no, otras formas para determinar la filiación sin necesidad de que exista un vínculo biológico, es decir, si conviene establecer otra fuente filiatoria meramente basada en la voluntad procreacional.

¹³⁰ Ana Silvia GALLO VÉLEZ, *Los reconocimientos de complacencia en el derecho común español*, p. 62.

¹³¹ Silvia TAMAYO HAYA, "Hacia un modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas", p. 264; Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI, "Determinación de la filiación en la procreación asistida", p. 130; Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, "Verdad biológica, verdad legal y verdad volitiva en relación a los reconocimientos de complacencia", p. 323.

La institución de la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida instrumentan la filiación adaptándola a la normativa jurídica y equiparándola a la filiación por naturaleza sin serlo. Pero la utilización de una falsa realidad biológica en la filiación desvirtúa la institución de la filiación por naturaleza. No se puede modificar ni suprimir, sin más, la unión que existe entre familia y filiación y aceptar que la verdad biológica no importa, porque la realidad es que muchas de las personas que carecen de su propio origen biológico pasan gran parte de su vida buscando su filiación real.

A nuestro entender, creemos que las nuevas técnicas de reproducción humana asistida y las falsedades en la filiación por complacencia deforman la realidad para la que se instituyó la filiación por naturaleza. Adaptar el principio de igualdad constitucional al derecho de familia sobre la filiación no tiene por qué implicar la modificación de lo que desde siempre se ha necesitado para ser padres, que es la procreación y la existencia de un vínculo genético.

Entendemos que la filiación por naturaleza no tiene por qué adaptarse a las nuevas formas de reconocimiento, sino que lo que se debería establecer jurídicamente es otro tipo de fuentes filiatorias diferentes, pero que hagan surgir los mismos derechos y obligaciones que la filiación por naturaleza.

1.8 La ausencia de reconocimiento paternofilial

Ser padre o madre biológicos nace del vínculo que produce la procreación entre un hombre y una mujer; este vínculo, establecido entre padres e hijos por la unión de la sangre es un nexo que se constituye de forma natural. Sin embargo, la unión natural entre padres e hijos no produce los efectos jurídicos por el simple hecho del nacimiento en los hijos extramatrimoniales, sino que éstos no surgen hasta que los padres realizan el reconocimiento de la filiación.

La presunción de paternidad de los hijos no matrimoniales no establece vínculos jurídicos hasta que el hijo es reconocido por su padre de forma voluntaria (aunque el artículo 235-10 del Código Civil de Cataluña dispone que se presume que es padre del hijo no matrimonial el hombre que ha convivido en el periodo legal de la concepción, esto debe acreditarse judicialmente para

establecer la paternidad). De diferente modo ocurre con los hijos matrimoniales, en los que la presunción de paternidad es reconocida como forma de imputación de la paternidad si se reúnen los requisitos de los artículos 115 a 119 del Código Civil o 235-5 y 235-8 del Código Civil de Cataluña.

El reconocimiento es el cauce para determinar la filiación de los hijos nacidos de las relaciones no matrimoniales. La forma de realizarlo debe reunir unos requisitos de solemnidad que revestirán de eficacia el acto jurídico por el que se establece la paternidad.

No reconocer de forma voluntaria la filiación del hijo, inmediatamente después al nacimiento, produce consecuencias negativas para el vástago, a la vez que una carga superior para la madre, tanto económica como de responsabilidad parental. El principio constitucional contenido en el artículo 39.3 de la Constitución supone la obligación de todos los padres de asunción de las responsabilidades de la potestad parental¹³². El incumplimiento del deber de cuidado implica una responsabilidad jurídica para el progenitor que omite el reconocimiento, debiendo responder por los daños que cause a quien se le priva de su derecho a la filiación¹³³. De este modo, se incumple con el interés superior del niño, de acuerdo con lo establecido en la Observación General número catorce del Comité de los Derechos del Niño, que dispuso el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos de Niño.

El cumplimiento constitucional y de las normas internacionales relacionadas con el derecho a la filiación, únicamente se puede garantizar si se favorece y fomenta la facultad de reconocer (pues todos los niños tienen derecho a dos filiaciones) y se reprocha jurídicamente cuando no se produce de forma

¹³² Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario a los artículos 154 a 161 del Código Civil", pp. 1043- 1047; y María Susana QUICIOS MOLINA,. (1996). *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, p. XXIV.

¹³³ Aníbal GUZMÁN ÁVALOS, "Paternidad responsable: mandato constitucional", p.134.

espontánea. Se trata de un deber jurídico, ético y moral, aunque el reconocimiento esté reconocido como un acto jurídico voluntario¹³⁴.

Si el reconocimiento voluntario por parte del padre no se lleva a cabo inmediatamente después del parto, la ley ampara el derecho de los hijos nacidos de relaciones no matrimoniales a obtener el reconocimiento de la filiación a través del procedimiento de reclamación de la paternidad. Para llevar adelante dicha acción, el artículo 767.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, dispone que no se admitirá demanda de determinación o impugnación de la filiación si no se adjunta un principio de prueba sobre la posible paternidad o maternidad¹³⁵.

Para este principio de prueba, hay que tener en cuenta la existencia en la actualidad de la prueba genética del ácido desoxirribonucleico¹³⁶, que se solicita mayoritariamente en todos los procedimientos de impugnación o de reclamación de la paternidad y que acredita, sin ningún género de dudas, la información genética y la vinculación sanguínea, o no, entre padres e hijos. Por ello, en la actualidad se considera que, si está solicitada la prueba genética de paternidad en el momento de presentación de la demanda, ésta se debe admitir de forma automática. De ahí que se debiera suprimir el principio de prueba dispuesto en el artículo 767.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil¹³⁷. Esta disposición no es aplicable en Cataluña por tener una ley sustantiva propia fijada

¹³⁴ *Ibidem*, p.133.

¹³⁵ José Ignacio ATIENZA LÓPEZ, "Procedimiento de filiación. Principio de prueba", p.12; y Carmen GARCÍA POVEDA, "El principio de prueba en los juicios sobre filiación", pp. 279-294.

¹³⁶ QUESADA describe así la importancia de la prueba de paternidad en la filiación: "Por la innegable importancia del análisis de ADN para probar la paternidad o la maternidad sería deseable que en la legislación sobre el uso de los análisis de ADN no solo se regulara su empleo en el ámbito de la investigación criminal, sino también en los procesos de filiación, con el fin de superar y solucionar los problemas que en la actualidad suscita en este ámbito la necesidad de practicar prueba tan fundamental". María Corona QUESADA GONZÁLEZ, "La prueba de ADN en los procesos de filiación", p. 496.

¹³⁷ Laura FERNÁNDEZ ECHEGARAY, "El control de viabilidad de las demandas de filiación: necesaria modificación del artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil", p. 193.

el artículo 235-15.1 del Código Civil de Cataluña, que dispone que en las acciones de filiación no es preciso un principio de prueba¹³⁸.

La prueba genética de la paternidad abre la posibilidad de averiguar la verdad biológica entre padres e hijos y, con ello garantiza la eficacia de lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Constitución, es decir, la investigación de la paternidad. El derecho a conocer el propio origen a través de la investigación de los orígenes biológicos es reconocido por nuestra Constitución y por las leyes internacionales ratificadas por España e implica derechos asociados a él, como el derecho a la identidad reconocido en el artículo 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2 EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN

El principal objetivo de esta investigación exige una primera aclaración fundamental sobre el significado que se atribuye a la expresión «conocer el propio origen biológico», para poder entender por qué está considerado un derecho inherente al ser humano a la vez que va ligado al derecho a la identidad personal¹³⁹.

El «derecho a conocer el propio origen» no es reconocido en España hasta la proclamación del artículo 39.2 de la Constitución. En él se estableció la posibilidad de investigar la paternidad; se estableció el término «investigar la paternidad» porque se quería regular el derecho inherente a la identidad de los hijos de madres solteras, además de su protección integral frente a la obligación de ambos padres (pero, en especial, respecto del progenitor padre de prestar asistencia a los hijos dentro o fuera de matrimonio mientras fueran menores de edad). El artículo señala textualmente:

¹³⁸ María Corona QUESADA GONZÁLEZ, "Principio de prueba y cosa juzgada en los procesos de filiación (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de octubre de 2003)", pp. 1963-1994.

¹³⁹ Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, *Nociones básicas de Derecho para la ciudadanía*, p.217.

“y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”.

“La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

La palabra «posibilitar» se define por la Real Academia Española como: “facilitar y hacer posible algo”. Por tanto, los poderes públicos tendrán la obligación de «facilitar y hacer posible» la investigación de la paternidad, siempre y cuando se puedan obtener los datos suficientes de los progenitores a través de los mecanismos que la administración tiene a su alcance.

En este artículo, el legislador constituyente no diferenció qué grupos de personas tienen el derecho a investigar la paternidad; no distinguió entre hijos adoptados, hijos de familia monoparental sin reconocimiento paternofilial, hijos reconocidos por complacencia u otros grupos de personas que desconocen sus orígenes biológicos paterno o materno; simplemente, reconoce que el derecho a la búsqueda de los orígenes es un derecho de la persona desde el momento de su nacimiento.

Parece que los legisladores estatales y autonómicos, a la hora de regular el derecho a la búsqueda de los orígenes biológicos y de establecer los protocolos a seguir, solo piensan en las personas que tienen determinada la filiación por adopción o que han sido tuteladas por la administración. En Cataluña, se legisló a través del Decreto 169/2015, de 21 de julio, por el que se establece el procedimiento para facilitar el conocimiento de los orígenes biológicos, artículo 1.1. En este decreto, el objeto de aplicación son solo las personas adoptadas, tuteladas y extuteladas. En la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, la sección 3ª, se dedican los artículos 235-49 sobre el derecho del adoptado a la información sobre el propio origen. La Xunta de Galicia ha elaborado recientemente un protocolo para facilitar el acceso de niños adoptados o extutelados que deseen averiguar sus orígenes biológicos. En este protocolo se excluye a cualquier persona que no sea adoptada o extutelada.

En estos protocolos y leyes se excluye al resto de grupos de sujetos que, aunque tienen constitucionalmente reconocido el mismo derecho a la búsqueda de los orígenes biológicos, no son parte de la finalidad del legislador y, por tanto,

no se los incorpora como sujetos de derecho ni se les concede el amparo legislativo necesario para poder ejercerlo de forma garantista.

La figura jurídica de los hijos legítimos e ilegítimos desapareció con la proclamación de la Constitución de 1978. Todo rastro sobre estas figuras jurídicas fue eliminado del ordenamiento jurídico. Era lógico que el legislador hiciese desaparecer por completo cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento. El legislador debía reglar con base en los principios y valores constitucionales que se plasmaron en la Norma Suprema. Pero habría que preguntarse si era necesario eliminar por completo del ordenamiento jurídico la figura jurídica del hijo de familia monoparental sin reconocimiento paternofilial como objeto de derecho, o haber regulado mediante leyes complementarias el derecho a la búsqueda del propio origen de forma universal, sin determinar un objeto concreto de derecho.

El legislador catalán reguló el derecho a la identidad, al nombre, a la nacionalidad y a conocer los orígenes en el artículo 30.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia; no delimitó el objeto en su título II dedicado al derecho de los niños, niñas y adolescentes que, como condición para su ejercicio, debían tener la condición de adoptados. Resulta extraño que el mismo legislador catalán, que dos meses antes había promulgado la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, sin hacer distinciones por razón de filiación, sorprendiese con la redacción de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia en sus artículos 235-49 y 235-50, incluyendo solamente a las personas adoptadas a la hora de averiguar la identidad de sus progenitores biológicos (dentro de la subsección 5ª, dedicada a los efectos específicos de la filiación adoptiva).

Si realizamos una interpretación integradora del artículo 235-47 del Código Civil de Cataluña, este literalmente establece lo siguiente:

“La adopción origina relaciones de parentesco entre el adoptante y su familia y el adoptado y sus descendientes, y produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza”

Si produce los mismos efectos la adopción que la filiación por naturaleza, se entiende que esos efectos son bidireccionales, que las consecuencias que sean beneficiosas para las personas adoptadas también lo serán para las personas que tengan la filiación por naturaleza y viceversa.

El Código Civil de Cataluña define claramente que el titular del derecho a conocer el propio origen es la persona adoptada, no menciona ningún otro titular del derecho, excluyendo a los supuestos de reproducción humana asistida, la consagración de este derecho sin distinción por nacimiento o filiación está ubicada en la legislación sobre la infancia, (excluyendo y discriminando a las personas adultas, personas que tienen reconocido el derecho a conocer su propio origen aun siendo adultas), una interpretación integradora nos lleva a la conclusión de que debe ser admitida su aplicación como titulares del derecho; a los hijos nacidos de la reproducción humana asistida e independientemente de su edad, de lo contrario estamos ante una clara discriminación entre clases de filiación, cuyas diversas personas conocerán sus orígenes y las que en igual situación y condiciones lo desconozcan habiéndoles sido ocultado.¹⁴⁰

Si se realiza la misma interpretación integradora nos conduce a permitir su aplicación, también, a los hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial.

Las personas que conocen su paternidad o su maternidad no necesitan investigar sobre su propio origen biológico; simplemente, tienen que preguntar a sus progenitores biológicos sobre sus raíces antropológicas. Esa misma cuestión que resulta tan sencilla, que es preguntar sobre las propias raíces a los progenitores, no es tan fácil de averiguar en los diferentes grupos de personas que desconocen su verdadera identidad biológica; y esta falta de información no solo se da en las personas adoptadas, sino que el grupo de personas que desconocen sus orígenes es mucho más amplio.

¹⁴⁰ Mariana DE LORENZI, *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, p, 599.

El derecho a conocer los orígenes biológicos se ha ido concretando de forma progresiva emergiendo como un derecho humano, asociado a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad física y moral. Distintas investigaciones en la rama de la antropología o la psicología hacen hincapié en la trascendencia que necesitan las personas a sus conocer sus orígenes es adecuada para su identidad psíquica y emocional¹⁴¹. “La búsqueda del propio origen es un derecho innato e inherente de la propia persona”¹⁴².

La gran mayoría de veces, quienes inician la búsqueda de sus orígenes biológicos, persiguen una única intención: la de poder llenar los vacíos de su propia historia personal para poder construir su propia identidad. Completar la historia de la estirpe propia de cada persona es una necesidad que en la historia se repite, incluso en los mitos de Edipo¹⁴³.

Si nos remontamos en la historia al siglo XIX, nos encontramos con el Proyecto de Código Civil de 1851, en el que la investigación de paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio estaba prohibida. Sorprende que el objetivo principal de la prohibición, incluso en esta época, fuera la investigación de la paternidad de hijos nacidos fuera del matrimonio, aunque interpretamos que la prohibición de la investigación del propio origen repercutía también en todos los hijos abandonados, muchos de los cuales, posiblemente, fueran adoptados con posterioridad.

El debate y el discurso sobre la investigación de la paternidad van siempre enfocados a los hijos nacidos fuera del matrimonio; en los comentarios de

¹⁴¹ Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, *¿No hay derecho! Nociones básicas y prácticas para entender la ley y defender tus derechos*, p. 319.

¹⁴² *Ibidem*, p. 320.

¹⁴³ “Que estalle lo que quiera ella. Yo sigo queriendo conocer mi origen, aunque sea humilde. Esa, tal vez, se avergüence de mi linaje oscuro, pues tiene orgullosos pensamientos como mujer que es. Pero yo, que me tengo a mí mismo por hijo de la Fortuna, la que da con generosidad, no seré deshonrado, pues de una madre tal he nacido. Y los meses, mis hermanos, me hicieron insignificante y poderoso. Y si tengo este origen, no podría volverme luego otro, como para no llegar a conocer mi estirpe”. TEBANOS, C. D. A., DE LAYO, S. E. R. V. I. D. O. R., & MENSAJERO, O. EDIPO REY. <https://shre.ink/QhjF>

GARCÍA GOYENA¹⁴⁴ sobre el artículo 127 del Proyecto del Código Civil se refleja claramente la figura jurídica objeto de la prohibición. En ellos se comenta sobre las diferentes legislaciones en distintos códigos civiles como el francés, el holandés o el napolitano, que afianzan de igual forma la postura sobre la prohibición de la investigación de la paternidad, aunque afirma que existen algunos códigos que sí admiten la investigación de la paternidad (como en Vaud, Suiza y Luisiana) que dependerá del diverso color de la piel de las personas¹⁴⁵.

El Proyecto de Código Civil hace referencia a que, con la Ley 11 de Toro, sí estaba permitida la investigación de la paternidad; debido a su interpretación del artículo 124 se podía realizar con normalidad: se reconocían como hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio¹⁴⁶. El Derecho canónico consideraba hijo natural al nacido fuera del matrimonio, por concubinato o estupro habido “*ex soluto et soluto*”¹⁴⁷, aunque este reconocimiento fue contrario a la sociedad y en la práctica jurídica de los tribunales considerado como injusto e inmoral¹⁴⁸. Sorprende el comentario que justifica la prohibición de la investigación de la paternidad, afirmando que las mujeres desvergonzadas aprovechan sus

¹⁴⁴ Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, p. 141.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 142.

¹⁴⁶ “E porque no se pueda dudar quales son fijos naturales, ordenamos e mandamos que entonces se digan serlos hijos naturales, quando al tiempo que nascieren o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres iustamenten sin sispensación, con tanto quel padre lo creconosca por su fijo, puesto que no aya tenido la mujer de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola. Ca concurriendo en el fijo las calidades suso dichas mandamos que sea fijo natural”. Transcripción de las Leyes de Toro, según el original que se conserva en el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid. Accedido el 17/02/2023. <https://n9.cl/tndvh>

¹⁴⁷ Arias Gonzalo DE MENDOZA Y FRANCIA, *Conferencias Eclesiásticas de la Diócesis de Angers, celebradas de Orden de los Señores Obispos de aquella Diócesis*. Accedido el 17/02/2023. <https://n9.cl/lb1x>

¹⁴⁸ Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, p. 495.

encantos de seducción¹⁴⁹ y lo justifica diciendo que todo hijo no nacido dentro del matrimonio fuerza a la naturaleza a descubrir la paternidad¹⁵⁰.

La eliminación de la discriminación por razón de nacimiento en España, a través de la proclamación de la Constitución de 1978, fue determinante para igualar los derechos de hijos matrimoniales y no matrimoniales. El derecho a la igualdad garantizó que cualquier niño tiene el derecho a conocer o a investigar su propio origen (libre investigación de la paternidad), independientemente de si su nacimiento fue dentro o fuera del matrimonio. La consideración de hijos ilegítimos naturales y no naturales fue suprimida de todo el ordenamiento jurídico español.

Los diferentes ordenamientos internacionales fueron configurando y asociando un grupo de derechos afines al derecho de búsqueda de la paternidad, como el derecho a la identidad, al honor o a la dignidad humana, derechos todos que conforman un solo objetivo: la consecución del conocimiento del propio origen.

2.1 El propio origen biológico y el derecho a la identidad personal

En el epígrafe anterior se analizó una aproximación al significado de la búsqueda de propio origen biológico y el vínculo que lo une con el derecho a la identidad. En esta parte se analizará en qué aspectos están asociadas ambas ideas.

¹⁴⁹ “Mugeres impudentes, que especulas sobre las gracias de sus sexo y las pasiones del nuestro, sobre el ardor é inesperienza de la juventud, como sobre la debilidad de la vejez, y á veces, como yo he visto, sobre la imbecilidad ó mengua intelectual de algun desdichado, escandaliza todos los días al público y á los tribunales clamoreando un honor que jamás conocieron, y pidiendo reparaciones pecuniarias, la sola causa y único objeto de su pretendida seducción; porque es muy notable que jamás se dejan seducir por un pobre” Artículo 127. *Ibidem*.

¹⁵⁰ “La paternidad en el orden de la naturaleza es un misterio; en la imposibilidad de obtener este signo ó sello natural se ha recurrido al sello social y legal del matrimonio; y precisamente fuera de esta se pretendería forzar la naturaleza y penetrar sus misterios para descubrir la paternidad” *Ibidem*.

Para poder estudiar qué une el derecho a la búsqueda del propio origen biológico y al derecho a la identidad, se van a identificar algunas sentencias que asocian ambos derechos. La primera de ellas es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003 (conocida como el caso Odièvre contra Francia).

En esta sentencia, la parte actora solicitó información de los aspectos puramente personales sobre la historia de su infancia, alegando que entraban dentro del ámbito de aplicación del Derecho europeo y que el Derecho francés vulneró el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos al negarle la información que ella requería. El Tribunal estimó:

“que el artículo 8 de la Convención protege en concreto un derecho a la plenitud personal con motivo del cual figuran el establecimiento de los detalles de su identidad como ser humano y el interés vital a obtener las informaciones necesarias para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal, por ejemplo, la identidad de sus progenitores. El nacimiento y, en especialmente sus circunstancias atañen a la vida privada del niño, y con posterioridad del adulto”.¹⁵¹

En Francia, se conserva el parto anónimo, y esa circunstancia nos hace reflexionar sobre las consecuencias restrictivas que a un hijo o hija de familia extramatrimonial le puede ocasionar. Hay varios puntos a tener en cuenta sobre dichas consecuencias y lo que implica el parto anónimo.¹⁵²

En definitiva, el parto anónimo establece una limitación que vulnera el derecho a conocer el propio origen biológico; como es de suponer, sin datos

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero 2003. Nº42326/98 Pascale Odièvre contra Francia.

¹⁵² Siguiendo a Aida KEMELMAJER podrían concretarse cuatro: el primero sería: rechazar un hecho jurídico ocurrido (el nacimiento de un hijo de una mujer concreta), pero el Derecho oculta la identidad. El segundo sería: la dificultad material de tener el niño el reconocimiento por su familia natural por la decisión unilateral de la madre. El tercero sería: Ir en contra del significado establecido de *mater semper certa est*; la madre es cierta porque el alumbramiento ha existido para las personas que asistieron a él (profesionales de la salud) pero ellos están obligados a mantener el secreto profesional, por lo que, para el hijo, su madre no es cierta y el cuarto y último sería: la supresión de construir vínculos afiliativos sino el derecho inherente a conocer el propio origen biológico. Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales. El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso «Odièvre C/France»*, p. 520.

relativos a la madre es prácticamente imposible poder determinar y establecer una conexión con la filiación biológica.

En España, el parto anónimo estuvo vigente como norma legal hasta la sentencia del Tribunal Supremo 776/1999, de 21 de septiembre, que estimó inconstitucional sobrevenidamente la ocultación de la madre en el parto. Esta resolución judicial dio como resultado la supresión de los artículos 47 de la Ley del Registro Civil y 167 del Reglamento de la Ley del Registro Civil. El Tribunal Supremo, la sentencia, optó por sostener que prevalece la verdad biológica de cualquier ser humano, anteponiendo el derecho de los hijos a conocer su propio origen frente al derecho de la madre a ocultar su identidad en momento del parto.

La sentencia del Tribunal Supremo 776/1999, de 21 de septiembre, afirmó que el sistema de la anterior normativa registral vulneraba:

“Con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de la madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta prescriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos. En líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar con la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”¹⁵³.

Las pretensiones que dieron como resultado el fallo de esta sentencia se inició en un procedimiento judicial de reclamación de paternidad y la entrega del

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999 de 21 de septiembre. Sala de lo Civil 1ª. ECLI:ES:TS:1999:5672.

hijo a la madre biológica. La madre del niño realizó una renuncia anticipada en el octavo mes de embarazo¹⁵⁴ ante la Delegación Provincial de Jaén de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, dentro de un expediente de desamparo de un niño; en él alegó la imposibilidad de poder cuidar de su futuro hijo por causa de las condiciones actuales en que se encontraba y al hecho de haber quedado viuda. Estos hechos la condicionaron a renunciar a la potestad parental de su hijo e incluso adelantaron la constitución de la adopción. La madre, además, manifestó su voluntad de que se ocultase la certificación del parto, tal como estaba legalmente permitido¹⁵⁵.

Estas circunstancias dieron como resultado que la administración realizase la adopción como si de un niño abandonado se tratase, sin documentación que acreditase la identidad sus progenitores. La administración de la Comunidad Autónoma pasó a tener la tutela del niño inmediatamente después del nacimiento¹⁵⁶.

La madre, el día 24 de noviembre de 1992, un año después de su nacimiento, presentó una demanda de reclamación de paternidad en contra de la Junta de Andalucía, contra la Consejería de Asuntos Sociales de Jaén y contra el Ministerio Fiscal.

La resolución de esta sentencia de 1999¹⁵⁷ dio lugar a la prohibición del parto anónimo en España; en ella se reconoció, indirectamente, el derecho a conocer el propio origen, no recogido en ninguna normativa constitucional o civil. Con motivo de la modificación posterior de la Ley de Enjuiciamiento Civil de

¹⁵⁴ El artículo 177.2.2ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, estipulaba que “El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”, por lo que el asentimiento anticipado en el octavo mes de embarazo prestado por la madre no reunía los requisitos legales de la época en que lo hizo.

¹⁵⁵ María Ballesteros de los Ríos, (1999). “Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)”, p. 40.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999 de 21 de septiembre. Sala de lo Civil 1ª. ECLI:ES:TS:1999:5672.

2000, se perdió la oportunidad de haber incluido en el artículo 767.2 una pequeña apostilla sobre que la ley posibilitará, además, el derecho a conocer el propio origen biológico¹⁵⁸; esta inclusión hubiese abierto la oportunidad legal de que los hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofamiliar pudiesen iniciar procedimientos con el único fin de conocer su propio origen biológico, sin tener que reclamar la paternidad.

El derecho catalán sigue, con buen criterio, los principios constitucionales; con la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, se reguló el derecho de las personas adoptadas a poder acceder a la información sobre sus orígenes biológicos a partir de la mayoría de edad o la emancipación. Esta acción no perjudica a la adopción por ser irrevocable. La iniciativa en Cataluña “debería servir de este precepto de *lege ferenda* para futuras legislaciones que afronten estos problemas”¹⁵⁹.

De todos modos, hay que matizar ese supuesto buen criterio del derecho catalán sobre el seguimiento de los principios constitucionales con respecto al derecho a la búsqueda del propio origen, porque solo lo regula pensando en las personas adoptadas. Los principios constitucionales con respecto al derecho a conocer el propio origen son universales e indivisibles; por lo tanto, legislar solo pensando en los adoptados va en contra de los mismos principios que pretende seguir.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con anterioridad a la sentencia 42326/98, de 13 de febrero de 2003, había tratado del derecho fundamental de toda persona a acceder a dossieres confidenciales con la intención de obtener su historia personal y familiar durante la infancia; la sentencia de 7 de julio de 1989, caso Gaskin¹⁶⁰, llegó a la conclusión (por seis votos contra seis, con el voto decisivo del Presidente en funciones), que se había vulnerado el artículo 8 del

¹⁵⁸ Antonia NIETO ALONSO, *El derecho constitucional a conocer el propio origen biológico*, p. 151.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.154.

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos de 7 de julio de 1989. Núm. 10454/83.

Convenio en los procedimientos y funciones que llevaron a negar al demandante el acceso a su expediente.

La sentencia del caso Gaskin establece en su apartado 49 que:

“Para el Tribunal, las personas que estén en la situación del demandante tienen un interés primordial, protegido por el Convenio, en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación. Sin embargo, hay que tener también en cuenta que el carácter reservado de los expedientes administrativos es muy importante si se quiere disponer de informaciones objetivas y merecedoras de crédito; y que, además, puede ser necesario para proteger a terceras personas. Desde este punto de vista, un sistema como el británico que subordina el acceso a los expedientes al consentimiento de los informantes puede considerarse en principio compatible con el artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con el informante o niega abusivamente su conformidad, el sistema debe proteger los intereses de cualquiera que pretenda consultar los datos sobre su vida privada y familiar; y sólo estará de acuerdo con el principio de proporcionalidad si dispone de un órgano independiente que, en el supuesto de que un informante no conteste o no dé su consentimiento, pueda tomar la resolución definitiva sobre la cuestión. Ahora bien, no sucedió así en el caso de autos”¹⁶¹.

En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 42326/98 de 13 de febrero 2003 del caso Odièvre contra Francia, el tribunal admitió que la única intención de la actora era tener acceso a sus orígenes biológicos y poder conocer su historia personal sobre su verdad biológica. Según analiza Aida KEMELMAJER el tribunal consideró que:

“En el caso no está en juego el derecho a la vida familiar, no porque la Sra. Odièvre tenga ya una familia (la adoptante), sino porque ella no pretende generar vínculos jurídicos con la familia de origen, ni destruir los que ya tiene con su familia adoptiva. Sólo quiere conocer las circunstancias de su nacimiento y del posterior abandono, e identificar a sus padres y hermanos biológicos”¹⁶².

Este análisis, hace reflexionar sobre la aplicación del artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos; en él se pone de relieve que, cualquier persona que no pretenda vínculos jurídicos con sus progenitores biológicos, está amparada por él, al no querer destruir lo que ya tiene con su familia actual. El solo hecho de que una persona que desconoce su propio origen y que quiera buscar las circunstancias del nacimiento y su posterior abandono,

¹⁶¹ *Ibidem*. Apartado 49.

¹⁶² Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso «Odièvre C/France»”, p. 515.

e identificar a sus progenitores además de sus familiares biológicos sin ninguna otra intención de romper las circunstancias que afecten a su familia actual, no lesiona el derecho a la vida familiar.

Según el análisis que desarrolla Aida KEMELMAJER sobre la sentencia, el hijo de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial que inicie una búsqueda para conocer las circunstancias sobre su propio origen, con única intención de conocer e identificar a su progenitor padre, sin ningún otro deseo, estaría amparado en el artículo 8 de la Convención Europeo de los Derechos Humanos porque, al no querer establecer vínculos jurídicos con su progenitor, no vulnera el derecho a la vida familiar.

Se cuestiona¹⁶³ si hubiera variado la decisión del tribunal si la Sra. Odièvre “no hubiese sido adoptada en su niñez y si ella no solo buscarse su identidad sino también su familia, o si quien reclamase fuese el presunto padre biológico, o los hermanos biológicos, que querían tener con ella vínculos familiares afectivos

En las resoluciones judiciales que se han analizado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho a la búsqueda del propio origen, los actores de las demandas presentadas al tribunal han sido personas adoptadas, familiares, descendientes de ellas o casos de reclamación de paternidad. En todas ellas, el principal objeto es el derecho a la búsqueda de la verdad biológica como un bien jurídico protegido. No se encuentra ninguna resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que el actor de la demanda sea un hijo no reconocido por su padre biológico, cuya única pretensión sea encontrar sus raíces a través de la búsqueda del propio origen biológico sin querer ejercer el derecho de reconocimiento paternofilial.

Se puede interpretar que la figura jurídica del hijo de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial está dentro del ámbito de aplicación, a través de la analogía, de todas las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos al amparo del artículo 8 de la Convención Europea

¹⁶³ *Ibidem*, p. 518.

de los Derechos Humanos, respecto de los que buscan su propio origen biológico y su identidad ya que “que el derecho a la identidad personal está comprendido en la expresión «derecho a la vida íntima»”¹⁶⁴.

Las resoluciones de los tribunales que se han analizado vinculan el derecho de la búsqueda del propio origen biológico con el derecho a la identidad: ambos comprenden el derecho a la vida íntima implícito en el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos. La búsqueda del propio origen biológico implica completar esos vacíos en su historia personal y poder completar su identidad basada en la realidad de su propia historia.

En el recurso de apelación número 83/2007, presentado por el demandante ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, jurisdicción civil, el actor solicitó la autorización judicial para obtener los datos contenidos en el Archivo Histórico de la Diputación de Barcelona sobre la identidad de la madre biológica de su padre y el acceso al historial del parto. El Auto¹⁶⁵, que dio lugar a ese recurso de apelación, relata una breve historia del derecho catalán sobre la investigación de la paternidad desde la Edad Media¹⁶⁶.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Auto 122/2007 de 13 de abril de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12. ECLI:ES:APB:2007:1714A

¹⁶⁶ *Ibidem*. “En el Preámbulo del Código de Familia, y que tiene su plasmación en el mismo (arts. 87 y ss). En este sentido en una sentencia del Tribunal de Cassació de Catalunya se decía que en Catalunya regían y rigen los preceptos relativamente liberales del Derecho Canónico y Romano, favorables a la búsqueda de la paternidad, exponiendo que “*malgrat la seva vetustesa, aquells textos, procedents del Dret Canònic, per bé que concebut aquest com un Cos legal desconnectat de la seva font legislativa originària per haver estat subsumit o assimilat al sistema de Dret Positiu català per un acte de pròpia sobirania (como ho proclamà la Mancomunitat en l'assemblea de 28 de maig del 1918), han servit per bastir entre ells una doctrina d' indiscutible modernitat*”. El autor Tristany (en la Decisión 88, autor que recogió la jurisprudencia civil del antiguo Senado de Catalunya o Real Audiencia) expone en esta materia, y en el mismo sentido, dos sentencias del Senado o antigua Audiencia de Catalunya de 8 de marzo de 1674 y de 3 de agosto de 1580, en ésta última se refiere a la práctica de prueba frente a las afirmaciones sobre filiación. Y, sin ánimo exhaustivo, sobre la tradición catalana, cabe señalar que correspondió a Sant Ramon de Penyafort (nacido según la tradición en el castillo de Penyafort en l'Alt Penedès), la compilación de las Decretales de Gregorio IX, y según algunos autores no se redujo su labor a la de archivo, sino también a la de innovación, interprete y creador de la legislación eclesiástica, y, en dichas Decretales se parte de la necesidad de la investigación de la paternidad, incluso en el libro 2 título 23 se colocan entre las presunciones violentas la que se refiere al sabido juicio de Salomón sobre paternidad, y en el título 19 sobre pruebas judiciales se dan reglas para otro juicio de investigación de la paternidad. Finalmente, en cuanto al derecho romano, en su aplicación

La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso alegando que “claramente en nuestra tradición jurídica, recogida por constante jurisprudencia, y, lo que se manifiesta en el conocimiento de verdadera filiación”¹⁶⁷. El ponente trata de la verdadera filiación como una tradición histórica, que ha sido siempre establecida como norma de protección de un bien jurídico, como es la verdad biológica.

Se tiene que hacer una distinción entre el derecho a conocer el propio origen biológico y el derecho a la filiación. Ambos derechos están relacionados entre sí, aunque el resultado que pretende cada uno sea diferente. El derecho a conocer el origen biológico implica la búsqueda de los datos biológicos que a alguien le pertenecen para completar los vacíos de su historia sin ninguna intención de establecer una filiación jurídica. En cambio, el derecho a la filiación implica que se reconozca un vínculo de parentesco directo por el que todos los hijos deben ser cuidados por sus progenitores, con las obligaciones jurídicas que esa responsabilidad conlleva (alimentos, cuidados, apellidos, herencia), y que se determina a través de la potestad parental.

Un hijo de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial que inicia la búsqueda de orígenes biológicos, para poder iniciar un procedimiento de búsqueda de sus orígenes biológicos, no debería soportar la obligación implícita de realizar una reclamación de la paternidad (derecho de filiación). En España, no existe ningún procedimiento, judicial o extrajudicial¹⁶⁸, que garantice solo la búsqueda de los orígenes biológicos a un hijo de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial. Para que sea efectivo el derecho amparado

supletoria, en una Ley dictada por los emperadores Antonino y Vero, se establece que en los juicios sobre la paternidad de los hijos deben considerarse toda clase de pruebas”.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ DE LORENZI afirma que “Cabe agregar la ausencia en el Derecho Español de regulación de una acción específica para encauzar estas demandas destinadas al conocimiento por el interesado de sus orígenes biológicos y sin efectos filiatorios. De allí que los autores que han reparado de su existencia y necesidad de desarrollo la caractericen como una acción *atípica*; puesto que, como vimos, la L.E.C. solo regula la participación de los menores de edad en ciertos procesos especiales y, por lo general, se agota con su audiencia”. Mariana DE LORENZI, *El derecho a conocer los orígenes. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, p. 586.

por el artículo 39.2 de la Constitución Española y demás normas, europeas e internacionales, debe canalizarse a través de una reclamación de paternidad, siempre que sepa o intuya realmente quién es su progenitor.

Desde la mirada fijada en la interpretación del derecho a la búsqueda de la paternidad, el legislador ha olvidado el enfoque inicial del que parte este derecho. No estamos ante un derecho relacionado con una obligación contractual o extracontractual, sino de uno que nace por el simple hecho de existir como persona (inherente al ser humano).

El hecho de que no quede determinada la filiación paterna en el momento del nacimiento no debería estar condicionado a la facultad del progenitor de reconocer al hijo jurídicamente, porque cuando el progenitor no quiere asumir las obligaciones a las que está obligado de forma voluntaria vulnera el derecho del ser humano a tener una filiación.

La jurisprudencia ha ido consolidando el principio de prevalencia de la verdad biológica como interés primordial para establecer la filiación. El primer cambio significativo sobre filiación no es hasta la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que estableció una adaptación importante al mandato constitucional con respecto a la filiación; en ella prima el *favor filii* como interés preferente del niño

2.1.1 El principio de prevalencia de la verdad biológica vs la relación formal

Como ya se ha analizado con anterioridad, en España, el principio de prevalencia de la verdad biológica en la filiación es reconocido a partir de la sentencia del Tribunal Supremo 776/1999, de 21 de septiembre, por inconstitucionalidad sobrevenida. La regulación sobre el parto anónimo de la madre queda declarado inconstitucional, prevaleciendo la verdad biológica.

El principio de prevalencia de la verdad biológica está consagrado y reconocido con el derecho a la identidad¹⁶⁹; éste fue reconocido por la

¹⁶⁹ Mariana DE LORENZI, Aránzazu GALLEGU MOLINERO y Paulina Eugenia FERNÁNDEZ MORENO, "Adopción y derechos. El acceso a los orígenes en Argentina, Chile y España", p. 8. "No solo es

Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Cuando una persona desconoce su verdad biológica y se le priva de la posibilidad de acceder a ella, se le está negando la posibilidad de completar su identidad y forzando a vivir formando dicha identidad desde un engaño socialmente impuesto.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, no solo reconoció el derecho a la identidad, sino que lo garantizó mediante un mecanismo de protección con una triple carga para los Estados miembros¹⁷⁰. El articulado de la Convención denota el gran valor y protección que se da a los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia, pero a la vez la obligación de garantizarles su derecho a la identidad, preservando el derecho «a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos», como exigencia de la obligación de los Estados a preservar las relaciones familiares.

Cabe que, cuando se habla del derecho de los niños, niñas y adolescentes a conocer a sus padres biológicos y a ser cuidado por ellos, nunca se puede añadir la expresión «en la medida de lo posible» como una condición para obstruir la posibilidad de no hacerlo posible¹⁷¹. Cuando el redactado del artículo se refiere a la «imposibilidad», se hace referencia a cuestiones fácticas, que puedan dificultar el ejercicio efectivo de tal derecho, como el hecho de que no existan datos sobre los progenitores, que no se puedan identificar o que la madre desconozca la identidad del progenitor padre.

el primero que explícitamente lo consagra y desarrolla, coadyuvando a reafirmar el carácter universal de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), sino que además evidencia una comunión entre los países---excepto Estados Unidos---sobre la necesidad de su resguardo”.

¹⁷⁰ “1) Velar por su aplicación (Art.7.2); 2) asumir el compromiso de respetarlo (art. 8.1); y 3) restableceré de inmediato la identidad en caso de privación ilegal (art.8.2)”. Mariana DE LORENZI. *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, pp. 318-319.

¹⁷¹ Mariana DE LORENZI, Aránzazu GALLEGU MOLINERO y Paulina Eugenia FERNÁNDEZ MORENO, “Adopción y derechos. El acceso a los orígenes en Argentina, Chile y España”, p. 9.

Que coincida la verdad biológica con la verdad jurídica es algo que no siempre se cumple. En las personas adoptadas este hecho no coincide casi nunca, sino solo en los casos en los que el hijo es adoptado por la pareja o cónyuge de su progenitor; y en estos supuestos, solo coincide la verdad biológica y jurídica en el progenitor biológico. Cuando se trata de hijos de familia monoparental sin reconocimiento paterno filial solo concurre una parte de su verdad biológica y jurídica, que es la de la madre biológica.

2.1.2 La verdad biológica y la verdad jurídica en la filiación

Podemos definir la verdad biológica partiendo de que “es ley de la biología que cada hijo tiene un padre y una madre. Para el Derecho, sin embargo, puede carecer de uno de ellos o de los dos, porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos efectos no está siempre (sino cuando concurren ciertas circunstancias) la atribución de un estado de filiación”¹⁷².

La verdad biológica y la verdad jurídica no siempre coinciden, pero el legislador constituyente español entendió que era necesario que ambas realidades confluyesen en una sola para garantizar el derecho a la identidad de las personas. Se puede conceptualizar el derecho a la identidad como:

“A partir de la base de que todos los hombre y mujeres tenemos reconocido ese citado derecho de igualdad en dignidad y derechos. En ese camino hacia la búsqueda de la igualdad, nos surge la inevitable necesidad de gozar de elementos diferenciadores que nos permitan distinguirnos de los demás y conseguir nuestra propia personalidad individualizada”¹⁷³.

Cada ser humano es único en el mundo, lo que diferencia a unos de otros es su esencia:

“La dignidad de la persona constituye la esencia del ser humano y comprende: 1º por una parte aquello que es atributo propio de su existencia antropológica y le distingue de otros

¹⁷² Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *El reconocimiento de filiación natural*, p. 7.

¹⁷³ Laura FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *El derecho a la identidad: tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*, p. 28.

seres vivos; y 2º, por otra parte, lo que diferencia a cada hombre de los demás, incidiendo, pues, en lo que cada persona es, su individualidad”¹⁷⁴.

La esencia del ser humano hace diferente a cada individuo; esa esencia hace que un ser se diferencie de cualquier otro. Independientemente de los cambios superficiales que atraviere una persona, su esencia se mantendrá intacta. Lo que verdaderamente constituye un ser humano no es su aspecto físico o su apariencia, sino que la esencia está formada por los sentimientos que construye de forma individual a través de su propia identidad. Se distingue, en la identidad, entre aspectos estáticos y dinámicos:

“La identidad comprende el aspecto estático; signos distintivos biológicos, así como las condiciones legales o registrales del sujeto: nombre, sexo, filiación etc... (...) y un aspecto dinámico, que es el conjunto de características y rasgos de índole cultural, político y moral de la persona”¹⁷⁵.

Con la entrada en vigor 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, se construye “como pilar fundamental otra gran certeza: la social o sociológica, otorgándose una igual e, incluso, mayor importancia que la primera, pues, en interés del hijo, puede ser más conveniente que la verdad social prevalezca”¹⁷⁶. Esta última, por tanto, sobre la base del *favor filii* y la posesión de estado, constituye una limitación real al principio de verdad biológica”¹⁷⁷.

Existe doctrina jurisprudencial, con pronunciamientos sobre el *favor filii*¹⁷⁸ como un concepto muy amplio a tener en cuenta en la búsqueda de orígenes biológicos.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en el siguiente sentido:

¹⁷⁴ M^a Corona QUESADA GONZÁLEZ, *El Derecho (¿Constitucional?) a conocer el propio origen biológico. Anuario de derecho civil*, p. 247.

¹⁷⁵ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, p. 113.

¹⁷⁶ Maricela GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, p. 219.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 220.

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 1119/2004, de 26 de noviembre. ECLI:ES:TS:2004:7695.

“La libre investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) permite fundamentar el principio de veracidad biológica y la admisión en los procesos de filiación de toda clase de pruebas (art. 767.2 LEC). La libre investigación de la paternidad, dirigida a determinar quién es el padre biológico, permite la exigencia del deber prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3 CE) y permite igualmente garantizar la defensa del interés de los hijos tanto en el orden material como moral en que se declare su filiación biológica (SSTC 138/2005, de 26 de mayo, y 273/2005, de 27 de octubre”¹⁷⁹

Diferentes pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Navarra¹⁸⁰ han resuelto sobre la aplicación de la restricción de acceso a la información en los registros públicos establecida en el artículo 37.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En este sentido, los tribunales han hecho referencia al caso en el que confluyen dos intereses dignos de protección como sigue:

“El de los progenitores amparados por el art. 18 de la Constitución que garantiza el derecho a la intimidad personal y el de la actora amparado por el art. 39.2 de la Constitución que establece que la ley posibilitará la investigación de la paternidad”¹⁸¹.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra estimó que la jurisprudencia ha ido declarando que el principio de investigación de la paternidad prima sobre el derecho de la intimidad de los progenitores. La simple investigación del propio origen no causa perjuicio a los progenitores ni a la familia si no se pretende reclamar la filiación, y así lo afirman algunas sentencias¹⁸². Interpretamos que el tribunal entendió que, al tratarse de personas adoptadas sin la posibilidad de revocación de la adopción, no había ninguna pretensión por parte de la actora de reclamar la filiación, pues ya tenía su propia filiación adoptiva; y tampoco

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 361/2022, de 4 de mayo. ECLI:ES:TS:2022:1760.

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, 269/2006, de 12 de abril. Sala de lo Contencioso. ECLI:ES:TSJNA:2006:379. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, 370/2011, de 6 de septiembre. Sala de lo Contencioso. ECLI:ES:TSJNA:2011:1160.

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, 269/2006, de 12 de abril. Sala de lo Contencioso. ECLI:ES:TSJNA:2006:379.

¹⁸² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, 269/2006, de 12 de abril. Sala de lo Contencioso. ECLI:ES:TSJNA:2006:379. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, 370/2011, de 6 de septiembre. Sala de lo Contencioso. ECLI:ES:TSJNA:2011:1160.

consideraba tener pretensiones de tipo hereditario, al estar muy limitadas en Navarra por existir la libertad de testar¹⁸³.

En el caso de que la investigación de los orígenes biológicos la realizase un hijo mayor de edad, de familia monoparental y sin reconocimiento paternofilial, cuya única pretensión fuera conocer sus orígenes sin optar por reclamar la filiación, no nos quedaría claro qué decisión hubiera tomado el tribunal. Entendemos que, en este caso, debería ser entendido por el tribunal de igual forma, al solo pretender la investigación de su propio origen sin ninguna otra pretensión.

El tribunal pone de relieve la conveniencia de conocer el origen biológico por cuestión de salud; fundamenta su argumentación en la existencia de determinadas enfermedades hereditarias que podrían llegar a tener la necesidad de, incluso trasplantes de órganos¹⁸⁴. No deja de lado la posibilidad de que, conociendo su propio origen, pudiese evitar tener relaciones de pareja con sus propios hermanos o familiares biológicos cercanos¹⁸⁵.

El tribunal consideró nulo el consentimiento realizado por la madre, atendiendo a la obligación legal dispuesta en el artículo 177.2 del Código Civil. Las razones que motivaron esta cautela legal fueron la garantía de que la decisión alcanzada por una madre que tuviese la intención de ceder a su hijo en adopción fuera realizada desde la libertad, calibrando y ponderando de forma detenida y serena esta opción. El tiempo que se estipuló fue de treinta días desde el parto, pensando en que la madre tuviese un tiempo para recuperarse tanto física como psíquicamente, como así lo razonó el Tribunal Supremo en la sentencia¹⁸⁶.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ "Aun cuando la probabilidad de tales relaciones es pequeña no sería el primero ni el segundo caso de hermanos y no digamos ya de primos carnales que desconociendo su origen han tenido relaciones". *Ibidem*.

¹⁸⁶ "La concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su

La situación de la madre biológica de tener que ocultar el embarazo por su situación personal, junto al hecho de haber quedado viuda, eran elementos que afectaban, en su entorno social, a su intimidad y honor, determinando directamente los escasos márgenes de libertad que tuvo en el momento de suscribir la renuncia de su hija. Quedó acreditado que, treinta días después de parto, la madre biológica manifestó que no se había leído el documento manifestando que “le hubiese dado igual quedarse con la niña”¹⁸⁷. En esa línea, el tribunal hace referencia a que la decisión que tomó la madre biológica fue atendiendo a la censura social propia del siglo anterior que hizo que su consentimiento naciese viciado, de forma ilegal.

Esta sentencia fue la causante de la decisión legislativa de acabar con el parto anónimo en España. El Tribunal estimó que el artículo 47 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, junto con sus concordantes, quedaron derogados por ser contrarios a la Constitución, de igual forma que los artículos 167 y 187 del Reglamento de la Ley del Registro Civil.

Aunque la sentencia estableció la obligación legal de que ninguna madre pudiese ocultar su identidad en el parto, esto fue aplicado a partir de 21 septiembre de 1999. La sentencia no tuvo carácter retroactivo, por lo que los hijos nacidos anteriormente a la sentencia no tienen la opción de que conste la identidad de la madre en el Registro Civil. Este dato hace que las personas que quieran averiguar la identidad de sus madres biológicas tengan muy difícil el acceso a la documentación clínica sobre su nacimiento, tanto si son de centros públicos como privados. Aun teniendo reconocido el derecho a conocer el propio origen y solicitando esa información mediante demanda judicial, en la actualidad

maternidad con la cesión en adopción del niño. Y si en el texto legal se habla del período post-parto de treinta días, para que la recuperación de la madre sea plena física y psíquicamente, debe reconocerse que la situación personal, familiar, social y económica de la actora, cuando suscribió anticipadamente el documento de cesión, no era la más idónea para la ponderación de su asentimiento, que si pudo servir inicialmente para el acceso de la niña al acogimiento familiar, resultaba insuficiente y contrario a la ley en cuanto a la adopción, dada la configuración y trascendencia legal de la institución. El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho (artículo 6-3 del Código Civil). Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999, de 21 de septiembre. ECLI:ES:TS:1999:5672.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

siguen dictándose sentencias que deniegan el acceso a esa información, por entender que no prevalece el derecho de la identidad y filiación.

No siempre las inscripciones registrales sobre la filiación han sido realizadas de forma legal; en algunas épocas de nuestra historia tanto en España como a nivel internacional han salido a la luz inscripciones de filiación realizadas de forma ilícita, que no coincidían con la verdad biológica ni habían seguido el cauce legal que la adopción requería para ello.

2.1.3 Las falsas inscripciones y el derecho a la identidad

En España han existido inscripciones ilícitas realizadas por el “robo de niños”. Estos hechos se cometieron desde los años cuarenta hasta los años noventa del siglo pasado. Los “robos de niños” fueron realizados por personas pertenecientes y relacionadas con la maternidad de mujeres solteras¹⁸⁸.

El “robo de niños” ha tenido una repercusión mundial, principalmente en Argentina, por la desaparición de miles de personas durante la dictadura militar¹⁸⁹.

¹⁸⁸ “Entre todos los crímenes, cuentan el de las madres a las que les robaron sus bebés a través del testimonio de M^a de las Mercedes Buenos, presidenta de ALUMBRA (Asociación de Lucha de las Madres de Bebés Robados en Andalucía), cuyo delito fue ser madre soltera en 1977, y cayó un 24 de diciembre en manos de un ginecólogo que le dijo que era mejor dormirla para el parto, y posteriormente que él bebe había muerto. Veintiocho años después, por la avalancha de denuncias en medios de comunicación, supo que la habían engañado”. El primer juicio y más mediático fue contra el médico Eduardo Vela Vela y Sor María Valbuena implicados ambos en el robo de bebés “Es a comienzos de la década de 1980 cuando la periodista Margarita Antonia Iglesias recibe en la redacción de *Interviú* la llamada de unas enfermeras desde la clínica San Ramón de Madrid, diciendo que ahí había un bebé congelado que enseñaban a las madres, pero sus recién nacidos ya se habían marchado con unos nuevos padres, adjudicados por el doctor Eduardo Vela Vela, el «hacedor de niños». La foto que realizó Germán Gallego, de un bebé congelado y amoratado, no puede dejar a nadie indiferente. No trabajaba solo, sino con la ayuda de sor María Valbuena, trabajadora social de la clínica Santa Cristina de Madrid, y de Mercedes Herrán de Gras, amiga de Francisco Franco y dueña de «pisos patera» en Bilbao, donde mantenía ocultas a madres solteras hasta que daban a luz”. Dácil VERA GONZÁLEZ, *Bebés robados: de la cruda realidad a la ficción*, pp. 229 y 230.

¹⁸⁹ La asociación civil Abuelas de la Plaza de Mayo, de Argentina participó como impulsora de los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Esta asociación fue fundada en 1977 ante la desaparición masiva de personas.

Durante la última dictadura militar argentina, el gobierno instó una gran represión contra la ciudadanía del país, haciendo desaparecer a personas e instando centros clandestinos de detención¹⁹⁰. En este sentido:

“En febrero de 1975 a través de un decreto del poder ejecutivo se dio la orden de aniquilar a la guerrilla, a través del Operativo Independencia se inició en Tucumán una política institucional de desaparición de personas, con el silencio y el consentimiento del gobierno peronista, de la oposición radical y de amplios sectores de la sociedad...”¹⁹¹.

No hay una cifra oficial exacta de personas desaparecidas,¹⁹². En esas desapariciones hubo mujeres embarazadas que dieron a luz durante en el cautiverio y niños secuestrados con sus padres. Todos ellos fueron integrados en el circuito de las instituciones de niños y, finalmente, entregados en adopción¹⁹³. La apropiación se realizaba mediante dos formas: la inscripción falsa como hijo biológico en el Registro Civil¹⁹⁴ y la utilización de la adopción pseudo-legal¹⁹⁵.

En Argentina, la adopción se legalizó con la Ley número 13252 de 15 de septiembre de 1948 “durante el gobierno del General Juan Domingo Perón, pero no es hasta 1976 que se legisla la adopción plena que diferentes instituciones

¹⁹⁰ Pilar CALVEIRO, *Poder y desaparición: los campos de concentración en Argentina*, p. 25.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 26.

¹⁹² Aunque la asociación de las Madres de la Plaza de Mayo, se refiere a una cifra total de treinta mil desaparecidos. *Ibidem*. p. 29.

¹⁹³ Carla VILLALTA, *De secuestros y adopciones: el circuito institucional de la apropiación criminal de niños en Argentina*, p. 148.

¹⁹⁴ La asociación de Abuelas de Plaza de Mayo estimó que fueron apropiados de forma ilícita durante la dictadura militar unos 500 niños. Tras una búsqueda incansable, como signo de exigencia de la verdad y justicia, se ha podido localizar -hasta el momento- a 97 niños. A partir de las 97 restituciones realizadas se puede establecer que la inscripción falsa fue utilizada en más o menos 46 casos, mientras que las otras apropiaciones se realizarán mediante adopción o bajo alguna forma de guarda judicial. La inscripción falsa-procedimiento que consistía en anotar en el Registro Civil como hijo propio a un niño que no lo era y que, debido a la falta de controles existentes y a la alta tolerancia social, era visto como otra forma de adopción, a pesar de estar tipificado como un delito. *Ibidem*, p.149.

¹⁹⁵ Fue utilizado además en casos de bebés nacidos durante el cautiverio de sus madres en centros clandestinos de detención. La adopción fue usada principalmente en casos de niños más mayores secuestrados junto con sus padres. Sin embargo, últimamente se ha podido establecer que también fue utilizado en casos de niños nacidos en cautiverio. Carla VILLALTA, *Entregas y secuestros: la apropiación de 'menores' por parte del Estado*, p. 346.

relacionadas con la protección de los niños afirmaban que era necesaria ya que respondía al deseo de los adoptantes que buscan niños libres de todo vínculo con su familia de sangre”¹⁹⁶.

Se produjo una importante acción-reacción en Argentina con la desaparición masiva de personas¹⁹⁷..

Se compara lo sucedido en Argentina con lo que sucedió en “Alemania respecto al derecho a la personalidad humana como rechazo a la política de las S.S. (‘Schutzstaffel’) de sustracción y otorgamiento de una nueva identidad a un gran número de niños, niñas y adolescentes de la Europa del Este con el fin de convertirlos en alemanes”¹⁹⁸.

En la búsqueda que inicia la persona que desconoce su propio origen biológico puede colisionar con los derechos de otras personas¹⁹⁹, como el derecho a la intimidad, el derecho a la vida familiar o el anonimato en la donación de gametos. En España la Ley 14/2003, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el artículo 5.5 restringe el acceso a la información sobre la identidad del donante por los bancos de gametos. Además, el Tribunal

¹⁹⁶ Elvio ZANOTTI, *Derecho a la identidad. Una perspectiva jurídica*, en *Psicoanálisis, Restitución, apropiación, filiación*. pp. 161-173.

¹⁹⁷ Algunas de ellas han sido objeto de portadas de periódicos latinoamericanos, como el de Macarena Gelman, nieta de un conocido poeta argentino. Asociaciones comprometidas por lo sucedido emprendieron una tenaz defensa sobre el derecho a la identidad. Macarena GELMAN, “Fui un regalo robado”. Entrevista del 10 de agosto de 2008. <https://n9.cl/zyyps>, consultado el 23/06/2022. Macarena GELMAN señala que “siempre pensé que la verdad era mejor que cualquier otra cosa”.

¹⁹⁸ Mariana DE LORENZI, *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, p. 332.

¹⁹⁹ “Con todo, el principio de la libre investigación de la paternidad no juega de manera absoluta y debe atemperarse por otros principios igualmente de rango constitucional como el beneficio del hijo, la protección de la familia y la seguridad jurídica. De ahí la legitimidad de las restricciones legales referidas a la legitimación activa o al establecimiento por el legislador de plazos de caducidad para el ejercicio de las acciones de filiación. De esta forma, se equilibra el interés de los afectados y de la propia sociedad en la prevalencia de la verdad biológica con las necesarias exigencias de seguridad en las relaciones familiares (STC 138/2005, de 26 de mayo)”. Sentencia Tribunal Supremo 361/2022, de 4 de mayo. Sala de lo civil. Sección 1. ECLI:ES:TS:2022:1760.

Constitucional resolvió un conflicto recurrente, del parto anónimo, declarando inconstitucional parte de su normativa en 1999.

2.1.4 La pérdida de la filiación e identidad a consecuencia de las guerras

Las guerras no traen nada más que desolación y muerte, pero la peor parte se la llevan los niños, como consecuencia de los conflictos armados. La vulnerabilidad de los niños ante estos hechos es enorme; la Segunda Guerra Mundial tuvo grandes consecuencias negativas en la identidad de miles de niños en toda Europa²⁰⁰. Muchos de ellos fueron encontrados en los campos de concentración o, como consecuencia de haber quedado huérfanos, no tenían a ningún familiar conocido, por lo que fueron entregados en adopción.

Diferentes países fueron reclamando a los niños por su origen, pero no se priorizaba su interés superior. De este modo, muchos de ellos podían verse obligados a dejar a sus padres adoptivos para volver a su país, a una institución de niños o con sus propios progenitores biológicos a los que ni recordaban, por el mero hecho de haber sido arrancados de ellos cuando aún eran muy pequeños²⁰¹.

La reconstrucción de los efectos de la guerra fue devastadora; los niños nacidos de la guerra, fruto de violaciones de militares del bando enemigo o de relaciones consentidas, fueron calificados de “bastardos” y sus madres públicamente humilladas²⁰². En cambio, los hijos nacidos de relaciones entre soldados aliados dieron lugar a un cambio legislativo sobre hijos considerados

²⁰⁰ María Lourdes CORTÈS BRAÑA, *Ayuda humanitaria a los niños europeos víctimas de la Primera y Segunda Guerra Mundial*, p. 138.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Ibidem*, pp. 50-51.

ilegítimos, bien aceptados por la sociedad de la época²⁰³. Francia reclamó todos los huérfanos nacidos de soldados franceses y mujeres que no lo eran.

La guerra civil española también dejó como víctimas a miles de huérfanos, separados de sus familiares. La ayuda del Comité Suizo de Ayuda a los Niños de España fue fundamental para sacarlos del horror de la guerra civil. Ruth Von Wild, maestra en la escuela suiza de Barcelona durante los años 1933 a 1936, colaboró con la acción Ayuda Suiza dando apoyo a estos niños. Von Wild veló por la identificación de todos los niños que llegaban a la organización (la mayoría con menos de doce años de edad), y se dedicó a fotografiarlos a todos, con la esperanza de poder informar a sus familiares y de facilitar su repatriación cuando más adelante los reclamasen²⁰⁴.

No podemos imaginar las consecuencias psicológicas sobre estos niños; el hecho de que se quedaran huérfanos sin conocer su propio origen, las preguntas que pudieron hacerse a sí mismos respecto a su identidad, tanto estática como dinámica. Estos niños han sufrido las consecuencias de la guerra con un doble sentido: la pérdida de sus padres y familiares y, en algunos casos, la de sus propios orígenes.

Reconocer el valor que existe entre diversos derechos reconocidos como fundamentales nos hace poner en una balanza ambos derechos en conflicto, atendiendo a la importancia de cómo repercute en las personas. Cuando se trata de niños siempre prevalece su interés superior; no cabe duda al respecto. Pero cuando no se aplica el interés superior por la inexistencia de niños en el conflicto, tenemos que aplicar la razón, que prima sobre el principio de la dignidad humana.

²⁰³ Charli CARPENTER, *Born of War: Protecting Children of Sexual Violence survivors in conflict zones: existing practice and Knowledge gaps*, p. 110-127.

²⁰⁴ *Hegemonía cultural para un nuevo imaginario colectivo*. Accedido el 14/02/2023. <https://n9.cl/80784>

2.1.5 El conflicto entre el derecho a conocer el propio origen y otros derechos fundamentales afines

En este epígrafe se van a analizar los diferentes tipos de conflictos que pueden colisionar entre sí cuando alguien ejerce el derecho a conocer sus orígenes biológicos.

Uno de ellos es el conflicto que surge entre el derecho a la identidad del hijo y el derecho a la intimidad de los progenitores. Los derechos no son absolutos; pueden limitarse si invaden los derechos de otras personas. Cuando entran en conflicto dos derechos hay que ponderar a ambos y delimitar cuál resulta máspreciado para que predomine uno sobre el otro. Como ya se ha explicado, existen leyes y protocolos, estatales y autonómicos, que garantizan la prevalencia del derecho del adoptado a conocer sus orígenes frente a otros derechos; pero no sucede igual para los hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial que inician la búsqueda de orígenes: ellos se encuentran con obstáculos administrativos y jurídicos que prevalecen frente al derecho de búsqueda de sus orígenes.

Aunque la jurisprudencia en general se ha pronunciado sobre el derecho de la filiación biológica como un derecho primario, el Tribunal Supremo afirma que:

“La admisión en nuestro ordenamiento jurídico del principio de la paternidad (art.39.2 de la Constitución y 127 del Código Civil), ha supuesto un giro copernicano al destacar como primario el derecho del hijo a que se le declare filiación biológica. Por el contra, se ha tratado de oponer a este derecho primigenio un bloque de derechos individuales representados por los derechos a la intimidad y a la integridad...”²⁰⁵ .

Aunque la sentencia se refiere al derecho de la filiación, y no al derecho a la búsqueda de los orígenes biológicos, sí pone de relieve que los dos derechos

²⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 237/1989, de 15 de marzo. Sala de lo Civil, Sección 1 Recurso de Casación. ECLIES:TS:1989:1934.

van ligados entre sí y, además, admite que el derecho a la búsqueda de los orígenes biológicos es un derecho fundamental²⁰⁶.

El Tribunal reconoció en esta sentencia que la filiación biológica es considerada como un derecho primario frente a otros derechos que suponen un conflicto al ejercerlo; en esta misma sentencia se hace alusión a la sentencia de 14 de julio de 1988, en la que se pone de relieve que:

La prueba pericial es “hasta tal punto que el cuerpo humano pasaba a ser el Rn de la prueba pericial sobre la que habían de operar las pruebas biológicas y antropológicas y cuya negativa por parte del sujeto que había de someterse a ellas, conculcaría la declaración programática el artículo 39.2 de la Constitución y cuantos preceptos lo desarrollan en el Código Civil por más de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo”²⁰⁷.

El pronunciamiento que hace el Tribunal Supremo en esta sentencia consiste en calificarlo como un derecho primario frente a otros derechos, pero que no es atribuido a todas las personas por igual (aun teniendo un igual reconocimiento constitucional), puesto que las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida no lo tienen garantizado como tal. DE LORENZI va incluso más allá y afirma que:

“Una interpretación del art. 5.5 L.T.R.H.A. que no defienda esta prioridad lo torna inconstitucional por contradecir el art. 18 C.E. en franca ignorancia de los principios de igualdad, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. De la ponderación de dos derechos de igual rango normativo, resulta que el valor más digno de protección, por su mayor grado de afectación, es el derecho a la identidad.”²⁰⁸

Centrándose en lo interpretado por la jurisprudencia antes señalada sobre el derecho a la identidad, los legisladores estatales y autonómicos no han captado el sentido doctrinal que han ido configurando el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Los legisladores estatales y autonómicos están convencidos de que solo están obligados a garantizar a las personas adoptadas,

²⁰⁶ Mariana DE LORENZI, *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, p. 612.

²⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 237/1989, de 15 de marzo. Sala de lo civil. Sección 1. Casación. ECLIES:TS:1989:9076.

²⁰⁸ Mariana DE LORENZI, *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, p. 608.

tuteladas y extuteladas, el derecho fundamental de la identidad, y así lo desarrollan a través de los protocolos de actuación y las leyes complementarias proclamadas.

Incluir solo en la normativa a estos grupos de personas como los únicos garantes de esos protocolos y leyes complementarias resulta inconstitucional, al vulnerar el artículo 18 de Constitución, sobre el derecho de igualdad, a la no discriminación por razón de nacimiento, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Otro de los conflictos que ya fue resuelto por el Tribunal Supremo²⁰⁹ fue el parto anónimo. El tribunal optó por la preferencia de la verdad material (la biológica) frente a la formal (la jurídica), anteponiendo el derecho de los hijos a conocer su propio origen al derecho de la madre de ocultar su identidad en el parto. Esta sentencia declaró inconstitucional las normas registrales que permitían la ocultación de la identidad de la madre en el parto, por lo que no da lugar a que no sea reconocido por su madre. El tribunal afirma:

“En la actualidad, y tras la vigencia de la Constitución de 1978 entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los Jueces y Tribunales (artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), siendo nulos, por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto, el sistema diseñado en los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39-2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24-1 en cuanto resulta prescriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación”.²¹⁰

La sentencia afirma que el anonimato de la madre en el parto “supone una contradicción con el principio de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre que puede

²⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999, de 21 de septiembre de 1999. ECLI:ES:TS:1999:5672.

²¹⁰ *Ibidem*.

determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones”²¹¹.

La sentencia señala que la situación de la madre no puede ser más relevante que la del padre, pero el padre siempre permanecerá bajo el anonimato²¹², si no existe una obligación jurídica que fuerce a la madre a revelar la identidad del padre en el momento del parto. Concluye que en el parto anónimo “el hijo pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes”²¹³.

Es revelador que el tribunal no reflexionara sobre la posición de anonimato en la que deja al padre si la madre no revela su identidad. Sin tener el conocimiento de la identidad del padre estamos ante una situación igual a lo que sucedía con la ocultación del parto anónimo: el hijo perderá por completo el nexo que le permita, en el momento que quiera, ejercer su derecho a conocer su verdadera filiación paterna. En este caso, hay discriminación tal como ha afirmado el tribunal sobre el anonimato de la madre: “la coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales”²¹⁴.

La sentencia del Tribunal Supremo señala que “estando permitido el parto anónimo únicamente en los supuestos de filiación extramatrimonial se produciría también una discriminación en perjuicio de la filiación matrimonial”²¹⁵. Esta situación generaba que, fuera del matrimonio, la madre que daba a luz de forma

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² El parto anónimo heredado de la codificación napoleónica. Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, p.588-589.

²¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999, de 21 de septiembre de 1999. ECLI:ES:TS:1999:5672.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Mariana DE LORENZI, *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, p. 597.

anónima podría escapar de sus obligaciones de madre y el padre dentro del matrimonio no podría evadir una paternidad que le viene impuesta jurídicamente.

Esta misma situación no se daba en el caso de las madres solteras; ellas sufrían la carga del cuidado de sus hijos, mientras los padres biológicos escapaban de la responsabilidad de cuidar a sus hijos si no los reconocían voluntariamente. El legislador constituyente era consciente de dicha situación; la Comisión de Asuntos Constitucionales debatió legalizar la búsqueda de la paternidad pensando en la situación en la que se encontraban las madres solteras al tener que sostener ellas solas el cuidado de sus hijos.

2.1.6 La razón de ser del artículo 39.2 de la Constitución y su interpretación auténtica

El artículo 39 de la Constitución comenzó a ser debatido por la Comisión de Asuntos Constitucionales, relativo al Anteproyecto de Constitución, en enero de 1978. En un principio contaba con un solo epígrafe²¹⁶. En esta primera redacción del Anteproyecto no fue incluida ninguna mención a lo relacionado con la posibilidad de la investigación de la paternidad. En la publicación del Dictamen, de 1 de julio²¹⁷, ya contaba con 3 epígrafes, reconociéndose el derecho a la protección de la salud y la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la sanidad; también obligaba a los poderes públicos a fomentar la educación sanitaria.

Los tres epígrafes estaban relacionados con la salud pública, pero no es hasta el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado, relativo al Proyecto de Constitución de 6 de octubre²¹⁸, cuando se establece por primera

²¹⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales (1978). Congreso de los diputados. Legislatura Constituyente, 5 enero, nº 44, pp. 675. “Los poderes públicos salvaguardan la conservación y promueven el enriquecimiento, del legado histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran sitios en su territorio, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

²¹⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales (1978). Congreso de los diputados. Legislatura Constituyente, de 1 de julio, nº 121, pp. 2597-2598.

²¹⁸ Boletín Oficial De las Cortes Generales, (1978), p. 3422.

vez la protección integral y la igualdad ante la ley entre los hijos, con independencia de su filiación, obligando a los poderes públicos a asegurar esta protección. Incluso, alude a no distinguir en función de la situación en que se encuentren las madres (según su estado civil), obligando a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio mientras sean menores de edad.

Luis María XIRINACS DAMIANS, portavoz del grupo parlamentario *L'Entesa dels Catalans*, presentó el voto particular número 200 de la enmienda número 471. En él él formuló su voto proponiendo, por primera vez, que se hiciese referencia a la no prohibición de la investigación de la paternidad²¹⁹.

Durante el transcurso de las sesiones del Senado, cuando se debatió sobre el artículo 39, el portavoz del Grupo Parlamentario de Progresistas y Socialistas Independientes, VILLAR ARREGUI defendió en su voto particular 201 los apartados 2 y 3 del artículo 39, alegando que “vano sería todo el contenido del artículo 39 y en especial ese mandato dirigido a los poderes públicos que aseguran la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación”²²⁰. También se refiere al apartado 3 del mismo artículo, proponiendo que “los padres deben de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio durante su minoría de edad y a los subnormales en todo caso”.

El Senador hace igualmente una alusión acerca de la abolición de la tipificación de los delitos de estupro, adulterio y amancebamiento, y alega:

“Es necesario que, desaparecido de la órbita del Derecho Penal el delito de adulterio, la investigación de la paternidad se abra respecto de hijos habidos por mujer casada, contra quien ya su marido no puede ejercitar la acción de adulterio. Pero me importa más

²¹⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales (1978). Congreso de los Diputados. Legislatura Constituyente, de 6 de octubre, nº 157, p. 3474. Luis María XIRINACS DAMIANS propone lo siguiente: “Los poderes públicos asegurarán la protección de las madres, sea cual fuere su estado civil. Igualmente asegurarán, subsidiariamente respecto de los padres, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación. No podrá haber prohibición de la investigación de la paternidad. La adopción se producirá con la intervención y vigilancia del Estado”.

²²⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales (1978). Congreso de los Diputados. Legislatura Constituyente, de 6 de octubre de 1978, número 157, p. 3475.

subrayar que, social y estadísticamente, el número de casos es muy superior en los supuestos de las madres solteras. ¿En qué medida podría cumplirse el precepto constitucional que impone a los padres iguales deberes respecto de todos los hijos, y dice de éstos que serán iguales, con independencia de su filiación, si el padre sigue siendo un eterno ignorado, si se carga sobre las madres la exclusiva responsabilidad de lo engendrado en sus entrañas en virtud de un acto en que un varón desconocido tubo también participación?”.²²¹

Asimismo, dejó claro en su debate con su voto particular 201 sobre el artículo 39 en su apartado 2 y 3, que la denominación de «padre» nace desde el mismo momento en que engendra a un hijo, obligándose a las responsabilidades que le son atribuidas como progenitor. El hijo no puede quedar sin la posibilidad de poder investigar la paternidad, por mero el hecho de que el padre no quiera reconocerlo jurídicamente, aun estando obligado constitucionalmente a asistirlo por ser el padre.

También se refiere a que en el momento de la redacción del artículo ya se conocía la posibilidad de realizar pruebas de paternidad mediante la técnica del ácido desoxirribonucleico (ADN), con un alto porcentaje de posibilidades de acierto. Este voto particular fue aprobado por 164 votos a favor y ninguno en contra, con cinco abstenciones²²².

Las manifestaciones debatidas durante la sesión del Senado para la aprobación del artículo 39 del texto constitucional abre, la posibilidad de investigación de la paternidad. VILLAR ARREGUI puso de manifiesto que era un hecho social la existencia de madres solteras que cargaban con toda la responsabilidad del hijo engendrado, mientras el padre no tenía ningún papel respecto de ese hijo si no ejercía su reconocimiento jurídico paternofilial de una forma voluntaria. Su exposición dejó entrever que la responsabilidad del padre existe desde el momento que engendra a un hijo.

La Constitución impone a los progenitores igualar los deberes de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Cuando un hijo nace dentro del matrimonio, nace la obligación de cuidarlo en ese mismo momento. Y, si se

²²¹ *Ibidem*.

²²² Diario de sesiones del Senado, número 61 del jueves 28 de septiembre de 1978, sesión plenaria número 35, p. 3019.

imponen a todos los progenitores iguales deberes respecto de todos los hijos, y éstos serán iguales, con independencia de su filiación, se puede entender que debe existir la misma obligación de cuidar del hijo nacido fuera del matrimonio por parte del padre biológico desde el momento del nacimiento, aunque no lo haya reconocido jurídicamente.

La actual Constitución equiparó a los hijos matrimoniales y a los no matrimoniales en el mismo plano constitucional; los igualó en derechos y no los discriminó por razón de nacimiento. Los legisladores estatales, y especial los autonómicos, al tener la competencia atribuida sobre el derecho de familia, no están aplicando el principio de igualdad efectiva cuando regulan protocolos y leyes complementarias para garantizar la búsqueda de los orígenes biológicos. La totalidad de los protocolos y de las leyes complementarias amparan como único objeto del derecho a la búsqueda de los orígenes biológicos, a las personas adoptadas o que hayan sido tuteladas por la administración.

El principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento debe ser aplicado a todas las personas por igual. Existen grupos de personas que, aun teniendo el derecho reconocido a buscar sus orígenes biológicos, no tienen la condición de filiación adoptiva o no han sido tutelados por la administración, por lo que no podrán hacer uso del derecho a la búsqueda de su propio origen a través de dichos protocolos o leyes.

2.2 El principio de igualdad en la búsqueda del propio origen

El principio de igualdad se constituye a través de un ideal esencial en los Estados democráticos de Derecho²²³, este concepto debe garantizar unas condiciones elementales a los ciudadanos en todas las interacciones sociales que, todos los Estados tienen que respetar y proteger. El concepto de la

²²³ Santiago N. PRONO, "Rawls y Habermas sobre el principio de igualdad", p. 112.

concepción rawlsiana sobre la igualdad está basado en este reconocimiento sobre el principio de igualdad de los Estados democráticos de Derecho²²⁴.

Las sociedades democráticas deben garantizar la igualdad de toda la ciudadanía por igual, la conceptualización del principio de igualdad es inherente a una sociedad democrática, donde los ciudadanos son libres e iguales en todos los derechos y obligaciones²²⁵. España está constituido en un Estado social y democrático de derecho como dispone en el artículo 1.1 de la Constitución en la que se plasmó el principio de igualdad.

La igualdad como principio inspirador de todo Estado democrático es promulgado en España a partir de la Constitución de 1978, en ella se estableció en el artículo 14 que todos los ciudadanos españoles son iguales ante la ley, la interpretación del concepto de igualdad ha ido estableciéndose a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En este punto es menester abordar dos cuestiones igualmente fundamentales, como son la consideración del principio de igualdad en la búsqueda del propio origen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y los cambios que precisó el derecho civil tras la entrada en escena del nuevo sistema instaurado por la Constitución de 1978.

2.2.1 El principio de igualdad y no discriminación por razón de filiación en la búsqueda del propio origen en la jurisdicción del Tribunal Constitucional español

La jurisprudencia española ha ido interpretando y conectando el principio de igualdad con el resto de la jurisprudencia internacional. Así lo hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia 48/1981, citando una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el apartado c de su fundamento jurídico tercero observa los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*.

Humanos en diversas ocasiones, como en las sentencias de 23 de julio de 1966 y 27 de octubre de 1975, cuando señala que:

“Se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; afirmando que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”²²⁶.

Por ello sorprende que el legislador catalán solo incluyera en el objeto del Decreto 169/2015, de 21 de julio, por el que se establece el procedimiento para facilitar el conocimiento de los orígenes biológicos, a las personas adoptadas, tuteladas y extuteladas, Esta ausencia expresa de no incluir a los distintos grupos de personas que tienen reconocido constitucionalmente el derecho a la búsqueda de su propio origen puede interpretarse como un signo de discriminación por razón de filiación. Dicho decreto solo ampara la búsqueda de los orígenes biológicos para las personas adoptadas, tuteladas y extuteladas y excluye a los hijos e hijas de familias monoparentales sin reconocimiento paternofilial, a los reconocidos por complacencia y, en definitiva, al resto de personas que aun teniendo reconocido este derecho no pueden ampararse en el decreto para realizar la búsqueda ayudados por los organismos públicos.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias sobre distintas materias en las que se vulneró el principio de igualdad. En una de ellas, la 63/1984²²⁷, se hace alusión a la prohibición del trato arbitrario y no justificado:

“El principio de igualdad en la aplicación de la Ley lo que impone es la prohibición de diferencias de tratamiento arbitrarias por no justificadas en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal reduciendo la intervención de este TC mediante amparo a constatar la existencia del mismo”.

El Tribunal se ha pronunciado en varias sentencias sobre el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento; en otra de ellas, igual que se declaró en la sentencia Tribunal Constitucional 74/1997, sostiene lo siguiente:

²²⁶ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 48/1981, de 10 de noviembre, sala primera. BOE-T-1981-26831. Fundamentos Jurídicos, apartado 3.C.

²²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 63/1984 de 21 de mayo, sala primera. BOE número 146 de 19 de junio de 1984. Recurso de amparo 397/1983.

El “legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente entre proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esa elección, no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribiera el art.14 de la Constitución”²²⁸.

En la sentencia, el tribunal hace mención a que no se puede desconocer que el artículo 39 de la Constitución no admite categorías intermedias y que, por lo tanto, los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido interpretando y creando doctrina sobre la no discriminación por razón de nacimiento, como las sentencias del Tribunal Constitucional 84/1998, de 20 de abril, de la sala segunda; sentencia 154/2006, de 22 de mayo, sala primera; Sentencia 9/2010, de 27 de abril, sala primera; y, la más reciente, Sentencia 105/2017, 18 de septiembre, sala segunda. En esta última se plantea la posible discriminación por razón de nacimiento. Se desestima el recurso de amparo²²⁹.

Una de las resoluciones que tuvo un especial interés en materia de filiación fue la sentencia 80/1982, de 20 de diciembre²³⁰. En este contexto, se reconoce la inconstitucionalidad del artículo 137 del Código Civil. El tribunal se pronunció sobre el efecto derogatorio del artículo 14 con respecto al artículo 137 del Código Civil, en virtud de la disposición derogatoria tercera de la Constitución²³¹. Se otorgó el amparo al entender que no se aplicó el carácter retroactivo de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, debido a que toda

²²⁸ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 67/1998 de 18 de marzo. BOE número 96 de 22 de abril de 1998. Recurso de amparo 109-1995.

²²⁹ Se formula un voto particular por el Magistrado don Fernando VALDÉS DAL-RÉ, que no coincide con la doctrina de la sentencia 155/1987 de 14 de octubre, adoptada por el Tribunal para desestimar el amparo. “No puede ser juzgada contraria a la Constitución, ni en lo que se refiere a las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de ésta, ni *a fortiori*, en lo que toca a aquellas en las que la muerte del causante se produjo antes de ese momento”.

²³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1982, de 20 de diciembre, sala segunda. BOE número 13 de 15 de enero de 1983. Recurso de amparo 160-1982.

²³¹ “Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”.

persona española tiene derecho a no ser tratada de forma discriminatoria desde el momento de la entrada en vigor de la Constitución, de 6 de diciembre²³².

En la sentencia del Tribunal Supremo con respecto a la sucesión de los títulos nobiliarios, se dictó una resolución que declaraba, como doctrina jurisprudencial, lo siguiente:

“Cuando la carta de concesión ordene la sucesión en el título nobiliario exclusivamente a favor de hijos y descendientes de legítimo matrimonio, quedan excluidos los hijos extramatrimoniales por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional que estableció la inaplicación del principio constitucional de igualdad a las distinciones nobiliarias, al no existir una disposición legal que establezca a estos efectos la igualdad de todos los hijos, como por el contrario sucede con la equiparación de sexos desde la Ley 33/2006, de 30 de octubre”²³³.

En este texto en particular, el Tribunal interpreta que “no cabe aplicar criterios de estricta constitucionalidad en su desarrollo a una institución que, en su origen, ha quedado al margen de la Constitución por significar en sí misma una desigualdad que únicamente puede subsistir por su carácter meramente simbólico”²³⁴. Es sorprendente que el tribunal haya valorado que no deben ser aplicados de forma estricta los principios y valores constitucionales, cuando es una obligación constitucional amparada en el artículo 9.1. “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto de ordenamiento jurídico”.

²³² “Así pues, como consecuencia de estos errores razonamientos, las dos sentencias impugnadas han aplicado, después de entrar en vigor la Constitución, el artículo 137 del Código Civil en su redacción anterior, y como éste contenía un criterio discriminatorio por razón de nacimiento contrario a la igualdad en punto al régimen de las acciones de filiación, entre las pertenecientes a los hijos que pretendieran el reconocimiento de la filiación matrimonial o el de la extramatrimonial, tanto la sentencia de apelación como la de casación contienen fallos contrarios al derecho de igualdad que perpetúan en el presente posconstitucional un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional, por todo lo cual deben ser anuladas por este Tribunal” Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1982, de 20 de diciembre. Sala segunda. BOE número 13 de 15 de enero de 1983. Recurso de amparo 160-1982.

²³³ Sentencia del Tribunal Supremo 135/2016 de 8 de marzo, sala de lo civil, sección 991. ECLI:ES:TS:781.

²³⁴ *Ibidem*.

Los magistrados Francisco Javier ARROYO FIESTAS y Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ emitieron un Voto Particular²³⁵.

El artículo 10.2 de la Constitución define que los derechos fundamentales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo texto, el principio de igualdad rige como valor supremo en los artículos 2 y 7; de igual manera, como lo recogen el artículo 14 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, otorgado en Roma el 14 de la Constitución Española y la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión, en su artículo 20 (igualdad ante la ley), artículo 21 (no discriminación). Los magistrados que emitieron el voto particular concluyen que:

“No puede aceptarse que el derecho que regula los títulos nobiliarios sea inmune a los valores constitucionales, por lo que las normas de trasmisión de los títulos nobiliarios deben interpretarse conforme a la Constitución y los Tratados Internacionales”²³⁶

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido creando doctrina después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 en relación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento. La interpretación que ha ido creando el mismo Tribunal ha estado presente en muchas y diversas

²³⁵ En él alegan que la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, establece, en la Exposición de motivos que estos valores son incompatibles con la sociedad actual a la vez que contradicen tratados internacionales ratificados por España. Sin embargo, las normas que regulan la sucesión en los títulos nobiliarios proceden de la época histórica en que la nobleza titulada se consolidó como un estamento social privilegiado, y contienen reglas como el principio de masculinidad, o preferencia del varón, sin duda ajustadas a los valores del antiguo régimen, pero incompatibles con la sociedad actual en la cual las mujeres participan plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

Esta plena igualdad del hombre y la mujer en todas las esferas jurídicas y sociales se reconoce en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, y ratificada por España en 1984. El principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando éstas son reconocidas y amparadas por las leyes. Los sucesivos poseedores de un título de nobleza perpetuo se limitan a mantener vivo el recuerdo de un momento de nuestro pasado histórico. Es justo que la presente Ley reconozca que las mujeres tienen el mismo derecho que los varones a realizar esta función de representar simbólicamente a aquél de sus antepasados que, por sus méritos excepcionales, mereció ser agraciado por el Rey. Sentencia del Tribunal Supremo 135/2016 de 8 de marzo, sala de lo civil, sección 991. ECLI:ES:TS:781.

²³⁶ *Ibidem*.

sentencias, en donde la discusión era analizar los valores y principios constitucionales que los poderes constituyentes quisieron plasmar en la carta magna²³⁷. Es revelador el interés que tenía el constituyente para establecer el derecho de igualdad a todos los hijos y la necesidad de actualizar y modificar el Código Civil.

La discriminación por razón de nacimiento puede ser ocasionada cuando solo se regula normativamente una figura jurídica, como objeto de un derecho amparado constitucionalmente, discriminado por indiferenciación²³⁸ e ignorando cualquier otra figura jurídica que también le reconoce de igual forma el derecho constitucionalmente. El principio de igualdad se basa en que ninguna persona pueda obtener un trato de favor frente a otra que se encuentra en las mismas condiciones. Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional a lo largo del tiempo en diferentes resoluciones: se prohíben las diferencias injustificadas y no se puede dejar al margen a los hijos no matrimoniales cuando se establecen normas sobre hijos matrimoniales o hijos por adopción.

A partir de esta interpretación del Tribunal Constitucional sobre la no discriminación por razón de nacimiento, entendemos que cualquier regulación jurídica que afecte a diferentes grupos (como lo sería la igualdad en la búsqueda de los orígenes biológicos) no solo es un Derecho exclusivo de persona que tiene la condición de adoptada, sino que afecta también a la condición de hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paterno y a los hijos reconocidos por complacencia.

²³⁷ Recuérdese en este punto, que el Senador Manuel VILLAR ARREGUI, portavoz del grupo Parlamentario Progresistas y Socialistas Independientes, formó parte de las Cortes Constituyentes. Defendió en su voto particular 201 el apartado 2 y 3 del artículo 39 de la Constitución. Alegó que “vano sería todo del artículo 39 y en especial ese mandato dirigido a los poderes públicos que aseguran la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación, así como el precepto contenido en el apartado 3, a cuyo tenor los padres deben de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad...” Diario de sesiones del Senado. Sesión plenaria número 35, de 28 de septiembre de 1978. p. 3075.

²³⁸ Edorta COBRERO MENDEZONA, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, pp. 71-114.

2.2.2 El principio general de igualdad y no discriminación por razón de filiación en el derecho civil vigente

El principio de igualdad y de no discriminación por razón de nacimiento, que se encuentra legitimado en el derecho civil español vigente, nace de la proclamación de la Constitución. En aquel texto se constituyeron los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento jurídico actual. Los diferentes códigos que existían hasta entonces tuvieron que ser modificados y adaptados a la normativa constitucional.

La igualdad es un derecho fundamental²³⁹. Detalla que hay que diferenciar entre las tres clases de discursos que aparecen en el lenguaje jurídico actual sobre el tópico igualdad: “el discurso axiológico, correspondiente a la igualdad-valor, el discurso normativo, referente a la igualdad-principio; y el discurso postulado, atinente a la igualdad-derecho (fundamental)”²⁴⁰.

PUY analiza cronológicamente treinta y cinco regulaciones internacionales desde la perspectiva del discurso. Empieza con la Declaración de Derechos del Buen pueblo de Virginia, de 12 de julio de 1776²⁴¹, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en su artículo 14), e incluso hace referencia al Concilio Vaticano II, que también se pronunció sobre la libertad religiosa y la igualdad²⁴².

En todas las que enumera aparece los términos «igualdad y no discriminación». Analiza la Constitución y afirma que “los preceptos claves del principio de igualdad se pueden reducir a los incluidos en los artículos 1. 1º, 9.2,

²³⁹ Francisco PUY MUÑOZ, *El derecho a la igualdad en la Constitución Española*, p. 135.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ Restituto SIERRA BRAVO, “La Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776)”, pp. 1 a 18.

²⁴² Declaración *Dignitatis Humanae* sobre la libertad religiosa del Concilio Vaticano II, de 7 de diciembre de 1965.

14 y 23. 2^o²⁴³. En ellos, se impulsa el derecho a la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico. En este sentido, se exige la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra para que sea real y efectiva. No basta con crear el derecho a la igualdad, sino que hay que garantizarlo y hacerlo efectivo mediante leyes que lo complementen. El artículo 14 de la Constitución Española de 1978 establece la igualdad de todos los españoles “ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

PUY afirma que los Estatutos de Autonomía fueron reglando el derecho a la igualdad con el lenguaje normativo que el poder constituyente fijó como obligación de los poderes públicos: remover los obstáculos que impidan o dificulten la efectividad del derecho a la igualdad. Este autor asegura que se dio por sobreentendida la aceptación que establecía el artículo 14 de la Constitución y tampoco se cambió el texto del Artículo 9.2, que insta a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

La adecuación del principio de igualdad, y sobre todo del mismo por razón de nacimiento, dio lugar a la necesidad de cambios en el Código Civil, con respecto a los derechos de la persona en los aspectos de familia y de sucesiones. Los diferentes territorios forales, por medio de su propio derecho civil, también tuvieron que adaptarlos a los nuevos principios constitucionalmente establecidos.

En el caso de la compilación catalana se adaptó a través de la Ley 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación del Derecho civil de Cataluña. Supuso la

²⁴³ Francisco PUY MUÑOZ, *El derecho a la igualdad en la Constitución Española*, p. 93.

obligación de modificar de forma global y sistemática la compilación del Derecho civil especial de Cataluña tal como se fijó en su Preámbulo²⁴⁴.

En el caso de Aragón, esta adaptación se llevó a cabo a través de la Ley 3/1985, de 21 de mayo de 1985, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón²⁴⁵, que obligó a una reforma amplia del derecho foral para adaptarse a los principios constitucionales, como se cita en el mismo Preámbulo de la ley. En Navarra, la modificación vino a través de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho civil Foral o Fuero de Navarra, que en su Exposición de Motivos hace referencia a la necesidad del cambio por las mismas razones que las compilaciones anteriormente citadas²⁴⁶. En la Compilación del Derecho civil de Galicia, se ejecutó la obligada adaptación a través de la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, sobre la Compilación del Derecho Civil de Galicia. Para cumplir con los requisitos legales, los poderes públicos gallegos desarrollaron la Compilación dentro de la línea constitucional²⁴⁷. La última Compilación fue de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a través de la Ley 6/1988 de 18 de marzo, de modificación parcial del Derecho civil Foral²⁴⁸.

²⁴⁴ “Para realizar las tareas encomendadas, la ponencia estableció un calendario de trabajo en el que se observaban dos etapas muy definidas: la primera comprendía la estricta adaptación de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña a la Constitución de 1978; el objeto de la segunda era integrar las modificaciones necesarias para acomodar este cuerpo legal a las actuales necesidades sociales y a la realidad catalana”. Ley de 20 de marzo de 1984, sobre la Compilación del Derecho Civil de Cataluña.

²⁴⁵ “La previsión constitucional de una serie de principios nuevos que inciden directamente en una distinta concepción del Derecho de Familia, ha determinado el hecho de que la mayor parte de las compilaciones civiles se encuentre, en mayor o menor medida, en una clara situación de inconstitucionalidad. Los principios constitucionales de igualdad de los hijos ante la Ley...”. Ley de 21 de mayo sobre la Compilación Civil de Aragón.

²⁴⁶ “No obstante, actualmente, una buena parte de los preceptos de la Compilación, de manera particular los que componen el derecho de familia, no sólo se avienen mal con la realidad social sobre la que operan, sino que, en ocasiones, contradicen principios contenidos en el título I de la Constitución”. Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra.

²⁴⁷ “Corresponde a los poderes públicos gallegos y, entre ellos especialmente al Parlamento, en materia de derecho civil gallego, implicará a la postre desarrollarlo en una línea abiertamente constitucional y nítidamente autonomista, que con la imperiosa renovación de las disposiciones de la Compilación de 1963 habrá de entroncar las que precisen las instituciones en la misma”. Ley 7/1987, de 10 de noviembre, sobre la Compilación del Derecho Civil de Galicia.

²⁴⁸ “La oportunidad de la presente ley no sólo se justifica en el actual estado de congelación y desactualización en el que se halla el derecho vizcaíno desde 1959 al menos, y en la creciente

En ella se redactó, en su exposición de motivos, la necesidad de actualización y desarrollo de los principios inspiradores de las diferentes instituciones civiles; se debía equiparar a los hijos matrimoniales y a los extramatrimoniales para adaptarlos a los efectos sucesorios de la realidad social actual.

Por lo que se refiere al Código Civil, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, realizó los cambios más significativos. Modificó las materias de filiación, patria potestad y el régimen económico del matrimonio, a las que nos referiremos en el siguiente epígrafe con más detalle.

Posteriormente, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio regula, el matrimonio en el Código Civil. En esta ley se desarrolló el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Con el propósito de complementar y renovar los principios inspiradores constitucionales se dictaron varias leyes que modificaron el Código Civil en materia de nacionalidad, tutela y adopción; una de ellas fue la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código Civil, donde se estipularon los requisitos necesarios para ser españoles de origen. Esta ley estableció también las condiciones para optar por la nacionalidad española. En materia de tutela, se modificó el Código Civil a través de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. Y, por su parte, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, reguló la adopción con el fin de abrir la posibilidad indiscriminada de la adopción de los mayores de edad a la vez que eliminó la figura de la adopción simple, que solamente se utilizaba para fines marginales.

El Código Civil estatal y el Código Civil de Cataluña tienen reconocido y regulado el derecho de toda persona adoptada a conocer sus orígenes. Este

demanda de la sociedad vizcaína para remover obstáculos objetivamente discriminatorios respecto a l resto de los conciudadanos vascos, en materias tales como la libertad de modificación del régimen económico-matrimonial o la equiparación de hijos en materia sucesoria". Ley 6/1988, de 18 de marzo, de modificación parcial del Derecho Civil Foral.

derecho está regulado en diferentes leyes complementarias, tanto nacionales como autonómicas, que lo desarrollan y lo garantizan. En ellas, el objeto principal son las personas adoptadas y las que son o han sido tuteladas por la administración. En Cataluña el artículo 235-50 del Código Civil de Cataluña, obliga a los padres adoptivos a informar a sus hijos que fueron adoptados. También está regulado en el mismo texto legal, en el artículo 235-49, el derecho de la persona adoptada a ser informada sobre su propio origen.

Internacionalmente, existe una obligación jurídica de regulación de la adopción, en la que se garantiza su derecho a la identidad; esta normativa internacional ha sido ratificada por el Estado español e incorporada a su normativa interna. A la hora de regular sobre la identidad en la adopción, el legislador no ha tenido en cuenta el verdadero objetivo que el poder constituyente quiso dar al reconocimiento, en el artículo 39.2 de la Constitución, de la investigación de la paternidad.

El legislador solo hace uso del artículo 39.2 de la Constitución en la redacción de normas que amparan la búsqueda de la paternidad de las personas adoptadas, como único objeto de protección. Es curioso que la redacción del artículo dice: “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”, refiriéndose a la paternidad y no a la maternidad; incluso se podría haber redactado que “la ley posibilitará la búsqueda del propio origen”, pero no fue así como se hizo. Y aun el legislador se olvida de contemplar, mediante normas que garanticen este derecho, a los sujetos en los que principalmente pensaba el constituyente, que eran precisamente los hijos de mujeres solteras, las antiguas denominadas «hijos ilegítimos» e «hijos ilegítimos no naturales».

La Constitución eliminó radicalmente esta figura jurídica de los «hijos ilegítimos». Esta supresión era necesaria, porque se producía una evidente discriminación por razón de nacimiento; pero la completa anomia dejó la figura en un vacío legislativo importante a la hora de ejercer sus derechos constitucionales, como en el caso de la búsqueda de la paternidad, que no se ha garantizado con posterioridad con nueva normativa, ni de los legisladores estatales ni de los autonómicos.

2.3 El marco jurídico en el derecho civil común y en el derecho civil catalán

Dentro del ordenamiento jurídico español, ni en el Código Civil estatal ni en el Código Civil de Cataluña existe ninguna norma jurídica que regule la búsqueda del propio origen biológico. Sí que existe el derecho reconocido constitucionalmente a la búsqueda de la paternidad en su artículo 39.2, como ya se ha tenido ocasión de analizar, pero no ha sido desarrollado por leyes complementarias que lo garanticen para todas las personas por igual. La relevancia de esa búsqueda se centra en el momento en el que se determina la filiación según las normas generales. La búsqueda del propio origen no variará la situación sobre la filiación jurídica en los casos de adopción, o cuando se realiza la fecundación asistida por gametos de donante; únicamente en los casos de impugnación de la filiación y reclamación de paternidad tendrá un efecto de cambio jurídico, siempre que la búsqueda dé como resultado que, la verdad biológica, tiene que primar sobre la filiación jurídica.

Para que la búsqueda del propio origen biológico obtenga un resultado favorable es necesario principalmente identificar a los progenitores; en el caso de la madre, «*mater semper certa est*». El tribunal constitucional ya resolvió el parto anónimo tal como se ha explicado con anterioridad, pero para poder ejercer el derecho a la búsqueda se debe garantizar la obligación por parte de la madre a revelar la identidad del progenitor padre. Dentro del sistema jurídico, la posible obligación (no solo moral) de revelar la identidad del progenitor padre, ya que depende de ello en muchas ocasiones el ejercicio del derecho a conocer el propio origen²⁴⁹.

Al tener el Derecho civil distintas regulaciones jurídicas sobre la filiación en Derecho común y derecho catalán se estudiarán por separado ambas reglas generales sobre el derecho a conocer el propio origen.

²⁴⁹ M^a Corona QUESADA GONZÁLEZ, *El Derecho (¿Constitucional?) a conocer el propio origen biológico. Anuario de derecho civil*, p. 256.

2.3.1 El derecho a conocer el propio origen biológico en el derecho civil común

La filiación de un hijo es determinada dependiendo de si es matrimonial o no matrimonial, por lo que, se van a estudiar las reglas generales sobre la filiación dentro del matrimonio y fuera de él. Esto nos dará una clara imagen de las diferencias que al respecto existen entre nacer de personas casadas o nacer de personas que no tengan ningún vínculo jurídico.

2.3.1.1 La presunción de la filiación matrimonial

La filiación matrimonial materna y paterna queda determinada mediante la presunción de paternidad así lo estipula el artículo 115 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, por el simple hecho de “la inscripción de nacimiento junto a la del matrimonio de los padres”; en estos casos. la presunción del padre es “*pater is est*” o también queda determinada por sentencia firme.

El interés de analizar la presunción de la filiación matrimonial sobre el alcance que tiene en el derecho a conocer el propio origen biológico no es tan relevante en el momento en que se determina la filiación, sino cuando alguna de las partes impugna la paternidad impuesta por dicha filiación.

“Si se ponen trabas a una acción interpuesta por el hijo con ese fin se dificulta el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico al impedir que, tras las indagaciones pertinentes, se deshaga de una filiación falsa para adquirir la verdadera. En cambio, cuando de determinar la filiación matrimonial se trata no hay ningún límite que impida el ejercicio e l derecho a conocer el propio origen biológico. Pues la presunción *pater is est* opera automáticamente al concurrir los requisitos legales que la condicionan y la acción de reclamación puede intentarla el hijo durante toda su vida”²⁵⁰.

Los artículos 136 y 137 del Código Civil estatal establecen los requisitos exigibles para la impugnación de la paternidad a ambas partes. Por parte del marido, podrá ser ejercida la acción de impugnación de la paternidad durante el plazo establecido de un año, que empezará a contar desde la inscripción de la

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 257.

filiación en el Registro Civil, si bien no comenzará mientras el marido desconozca del nacimiento del hijo o hija.

En los casos en los que el marido inscribiese al hijo en el Registro Civil como suyo y, posteriormente, descubriese la incerteza de la paternidad biológica, el plazo de un año empezará en el momento que tuvo conocimiento de ello.

El descubrimiento por parte del progenitor del hecho de que quien creía que era su hijo biológico no lo es, ocasiona trastornos diagnosticados²⁵¹; de modo que en esta sentencia fue condenada la mujer que ocultó la paternidad al marido, por daños físico-psíquicos, además de por daño moral²⁵². La sentencia valora los daños ocasionados que quedaron acreditados en la declaración en la vista oral; los médicos que le asisten manifestaron que “los trastornos diagnosticados derivan directamente de la ocultación realizada. (...) La psicóloga estableció que era el problema más intenso que mencionaba el actor”²⁵³.

Existen sentencias y artículos doctrinales sobre la ocultación de la paternidad por parte de la madre biológica con respecto al padre; pero con respecto al hijo, que sufre igualmente daño, no existen pronunciamientos jurisprudenciales acerca del que éste puede sufrir cuando se le ocultó la

²⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 231/2019, de 24 de mayo. Sección octava. ES:APM:2019:5879. “la pretensión debe prosperar pues el conocimiento de no ser el padre biológico de la menor le ha ocasionado los trastornos diagnosticados, tal y como declararon en la vista los médicos que le asisten, derivando directamente de la ocultación realizada”.

²⁵² *Ibidem*. “Respecto de la indemnización por daño moral debe también considerarse que concurre, ya que el Tribunal Supremo ha establecido en Sentencia de 22 de Febrero de 2001 que debe identificarse como “cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito”, habiendo declarado además, la existencia de daño moral derivada de la ocultación de la paternidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2009)”.

²⁵³ *Ibidem*.

verdadera identidad de su padre biológico. También la doctrina obvia este aspecto²⁵⁴.

Cuando el cónyuge otorgase su consentimiento para la inseminación (a través de las técnicas de fecundación humana asistida) también se le aplica la presunción de paternidad, entendiéndose que esos hijos son matrimoniales. Eso sí, el consentimiento debe ser expreso, estar debidamente formalizado, y el documento tiene que haber sido expedido por un centro autorizado.

Los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, exigen un requisito esencial para establecer la filiación de ambos padres o madres: que medie matrimonio. En el caso de parejas de hecho, los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida solo podrán obtener la filiación de la madre gestante, aunque la pareja haya prestado su consentimiento.

2.3.1.2 En el caso de impugnación de la paternidad por parte del hijo no biológico

La paternidad inscrita en el Registro Civil no siempre se corresponde con la verdad biológica de quien inscribió como hijo a quien no lo era. En la legislación española, el principio de verdad biológica prevalece sobre cualquier filiación que no lo cumpla. Por esa razón, el legislador estatal articuló un procedimiento para la impugnación de la filiación que podría realizar incluso el propio hijo.

El artículo 137 del Código Civil estatal establece las condiciones necesarias para impugnar la inscripción de la filiación por el hijo. El plazo determinado es el de un año desde su inscripción en el Registro Civil; si el hijo fuese menor de edad o tuviera la capacidad modificada judicialmente (nota-algo que tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica,

²⁵⁴ María CASAS PLANES, “De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)”, p. 457.

devendrá inaplicable cuando desaparezca esta situación), el plazo empezará a contar desde que alcance la mayoría (o cuando recobre la capacidad suficiente para realizar los mencionados efectos, en ese caso).

El plazo de un año se prolonga en el tiempo durante el que el hijo desconozca la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor. El plazo empezará a contar cuando el hijo tenga conocimiento del hecho de que quien creía que era su padre biológico, no lo es.

Alguno de los supuestos por los que un hijo podría realizar una impugnación de la filiación sería haber sido inscrito como hijo por reconocimiento de complacencia²⁵⁵. Esta inscripción de la filiación podría tener como consecuencia que el hijo nunca llegase a saber que el que él creía que era su padre biológico, no lo es en realidad.

El Código Civil estatal no establece ningún requisito constitutivo para que el reconocimiento sea válido y se corresponda con la verdad biológica (en los artículos 121 a 126 no se exige tal cosa). En ningún artículo del mismo texto legal se contempla la posibilidad de realizar una acción de anulación del reconocimiento de filiación por naturaleza por la falta de equivalencia con la verdad biológica; incluso, en el artículo 138, parece excluirse cualquier acción para anular el reconocimiento por la falta de correspondencia, si no es la contemplada en el artículo 141 del Código Civil²⁵⁶.

En los casos de hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial, cuando el hijo es adoptado por la pareja de la madre biológica, la irrevocabilidad de la adopción²⁵⁷ impide que el hijo pueda incoar una impugnación de la filiación adoptiva.

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 494/2016, de 15 de julio, Pleno de la Sala de lo Civil, sección 991. ECLI:ES:TS:2016:3192.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ Tanto el artículo 180.2 del Código Civil como el artículo 235-51 del Código Civil de Cataluña, señalan que la adopción es irrevocable.

En los casos de hijos no reconocidos jurídicamente por el padre biológico, existe la duda de la posible irrevocabilidad que podría ejercitar el progenitor padre al no haberlo reconocido en el momento del nacimiento (ya sea porque no conocía su existencia, ya sea porque no quiso hacerlo). La posible extinción de la adopción la recogen ambos códigos civiles: la adopción podrá ser extinguida si durante un periodo de dos años siguientes a la adopción²⁵⁸ se interpone una demanda por parte del progenitor padre que no hubiese intervenido en el expediente expresado conforme al artículo 177 del Código Civil²⁵⁹.

El Tribunal Supremo²⁶⁰ inadmitió la demanda de filiación no matrimonial interpuesta por una persona adoptada. El fallo del tribunal fue motivado por la falta de principio de prueba, con el siguiente razonamiento: “Debe concluirse, pues, que la exigencia legal de un «principio de prueba» se justifica para evitar que precisamente en virtud de demandas como la aquí examinada, en la que lo aportado como tal principio de prueba resta verosimilitud a lo alegado, se inicien procesos que necesariamente afectan a la intimidad personal y familiar”²⁶¹. La pretensión de la demanda consistía en impugnar la adopción actual y reconocer la filiación por naturaleza no matrimonial de ambos progenitores; fue un procedimiento con mucha repercusión mediática, al ser una persona relevante para la Casa Real.

El tribunal basó su inadmisión en el principio de prueba necesario en las reclamaciones de paternidad conforme al artículo 767.1 de la Ley de

²⁵⁸ “El cómputo empieza a partir de la firmeza del Auto judicial y no desde que la madre tuvo conocimiento de la adopción”. “Esta pretensión es inatendible, el referido plazo es de caducidad y pretende evitar una interinidad permanente en la adopción constituida, siendo el *dies “a quo”* de dicho plazo aquél en que quedó constituida la adopción, y no como pretende la recurrente aquél en que se haya tenido conocimiento de la misma por los padres del adoptado”. Sentencia Audiencia Provincial de Zamora 169/1998, de 8 de junio. ECLI:ES:APZA:1998:324

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ Auto del Pleno del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2015. Pleno Sala de lo Civil. Procedente del juicio verbal 1306/2013, de filiación no matrimonial. Juzgado de primera instancia número 34 de Madrid. ECLI:ES:TS:2015:152ª.

²⁶¹ *Ibidem*.

Enjuiciamiento civil. En el Código Civil de Cataluña esa imposición no es aplicable, al ser un imperativo legal la norma sustantiva²⁶².

El mismo artículo 180.4 determina que “La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”. Podemos entender que, cuando un hijo que no tiene reconocida la filiación por naturaleza de su progenitor padre, éste puede instar a que se le reconozca la filiación con posterioridad a la adopción. Si la filiación por naturaleza no afecta a la adopción, no debería existir inconveniente en que quede reflejada.

El derecho a la búsqueda del propio origen de las personas adoptadas solo implica la averiguación de la información familiar, nunca la obligación que deriva de las responsabilidades jurídicas de los progenitores. Por lo tanto, que quede reflejada la filiación por naturaleza, no afecta a la adopción; ya que, simplemente, quedará acreditada en su partida de nacimiento la identidad de ambos progenitores, de manera que las generaciones futuras puedan averiguar sus raíces familiares²⁶³.

Existe gran diferencia entre la determinación de la filiación matrimonial y la no matrimonial, dado que la regulación jurídica de un hijo matrimonial está claramente determinada y regulada, si se encuentra dentro de los plazos jurídicos exigibles. En cuanto a la determinación de la filiación no matrimonial, el artículo 120 del Código Civil no establece por el simple hecho de mantener una relación de pareja dentro de unos plazos establecidos como en la determinación

²⁶² Carmen GARCÍA POVEDA, “El principio de prueba en los Procesos de Filiación: tras la entrada en vigor de la Ley 1/2002”, p. 27. “Rivero Hernández indica que la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha dictado al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1. 6ª de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en ese orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (disposición Adicional 1ª L.E.C. 2000). Es pues, Ley de aplicación general en tanto el Parlamento de Cataluña no haya dictado normas procesales específicas y relacionadas con las particularidades del Derecho catalán sobre filiación. Todo ello, sigue diciendo, en el estricto ámbito procesal, pues en cuanto a normas de Derecho sustantivo- la disposición transitoria hace esta distinción – sobre filiación es evidente que son de la exclusiva competencia del Parlamento catalán y nada puede decir ni regular una ley estatal, procesal ni material (artículo 149.1.8 CE)”

²⁶³ Kenneth Mac FALANE LEUPIN, “Los derechos humanos de las generaciones futuras (la contribución jurídica de J. Costeau”, p. 10. “Artículo 4. Derecho a conocer sus orígenes. Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a conocer sus orígenes, su identidad y su historia, tanto personales como colectivos (...)”.

matrimonial, sino por la voluntad expresa del progenitor padre o por sentencia firme.

2.3.1.3 La determinación de la filiación no matrimonial del progenitor padre

La Constitución española establece en su artículo 14 que todos los hijos son iguales ante la ley y no puede existir discriminación por razón de nacimiento. Se igualan los derechos de hijos matrimoniales y no matrimoniales, pero en la determinación de la filiación no rigen los mismos requisitos que en la filiación matrimonial.

Cualquiera de las formas establecidas para reconocer la filiación no matrimonial dará como resultado final la filiación del hijo.

2.3.1.4 El reconocimiento

El reconocimiento de la filiación de un hijo matrimonial o no matrimonial implica derechos y obligaciones para los padres. En los hijos no matrimoniales las obligaciones no deberían ser aplicadas solo desde el momento del reconocimiento, sino desde el nacimiento; en algunas ocasiones, el reconocimiento no se perfecciona hasta muchos años después del nacimiento. No sucede igual en los hijos matrimoniales: en ellos, la obligación jurídica de los padres queda determinada desde el momento del nacimiento al amparo del artículo 154 del Código Civil.

En el caso de los hijos no matrimoniales, la obligación jurídica del padre nace a partir del momento del reconocimiento formal de la filiación o mediante las formas legalmente determinadas para ello. Lo único que surge a partir del nacimiento es la obligación moral²⁶⁴.

²⁶⁴ Franklin Giovanni OTINIANO BARRANTES, y Milagros Katherine VILLAVICENCIO COTRINA, *Razones jurídicas para el reconocimiento legal de la obligación recíproca alimentaria entre el padre e hijo afín*, p. 35. "El aspecto moral dentro de la sociedad, ya que este derecho tiene como finalidad asistir a otra persona, satisfaciendo sus necesidades, para que esta pueda subsistir. Entonces, podemos decir que el derecho de alimentos, así como es una obligación jurídica, también es considerado una obligación moral, ya que como todos sabemos, el deber todo padre

El reconocimiento de los hijos matrimoniales es atribuido al cónyuge siempre que nazca dentro del periodo legalmente establecido en los artículos 116 y 117 del Código Civil; a veces, estos reconocimientos son realizados con el convencimiento de que no son verdaderamente hijos biológicos, pero el reconocedor finge la filiación por naturaleza con el consentimiento de la madre biológica.

2.3.1.5 El reconocimiento de complacencia

El artículo 120.1º del Código Civil ofrece la posibilidad de reconocer al hijo ante el encargado del Registro Civil a través de otorgación de testamento o en documento público. En algunas ocasiones, estos reconocimientos son actos de reconocimiento por complacencia, a sabiendas de que quien reconoce no es el padre biológico del hijo reconocido.

El Tribunal Supremo²⁶⁵, en 2016, se pronunció sobre un procedimiento de impugnación de la paternidad en el que se había producido un reconocimiento por conveniencia con el consentimiento de la madre biológica. La sentencia reafirma su tesis, tras dictarse varias sentencias que defendían la misma postura²⁶⁶, de que los reconocimientos por complacencia son nulos porque, tras la reforma del Código Civil por la Ley 11/1987, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se debe dar prioridad a la verdad biológica. Dos días más tarde de

es mantener a sus hijos, para que a estos últimos no les falte lo básico y puedan desenvolverse libremente en la sociedad, a esto se lo conoce también como la «crianza»”.

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 494/2016, de 15 de julio. Pleno sala de lo civil. ECLI:ES:TS2016:3192.

²⁶⁶ “La imperatividad del artículo 39 de la Constitución, que exige la protección de los hijos, clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, con la anomalía de atribuir potestad sobre los mismos a quien no es su padre biológico y la aplicación de un formalismo riguroso vendría a potenciar una situación injusta y hasta en línea de fraude, por lo que se impone la adecuada interpretación de la norma en la línea que marca el artículo tres del Código Civil. Esta doctrina se reitera en la sentencia de 15 de septiembre de 2003, al otorgar toda eficacia decisiva al hecho de que el padre que impugnó no era el padre biológico, pues la paternidad real, en otro caso, resultaría clamorosamente inexacta si se atribuyera a quien ha probado que no engendró el hijo y sólo se limitó a reconocerle como acto de complacencia y, aún más, se llegaría a proteger situaciones de indefensión, que violentan el artículo 24 de la Constitución”. Sentencia del Tribunal Supremo 5032/2004, de 12 de julio. Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:2004:5032.

dictarse esta sentencia, la tesis que defendía el principio de veracidad biológica exigiendo la nulidad de los reconocimientos de conveniencia fue rechazada por otra sentencia²⁶⁷ de la misma sala. En ella se atendió al interés superior del niño, por entender que es más conveniente protegerlo que prescindir de los plazos de caducidad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2016²⁶⁸ estableció los criterios a tener en cuenta por la Dirección General de los Registros y del Notariado y fijó que el principio de la verdad biológica debe ser compatible con las normas relativas a los derechos fundamentales, especialmente con el interés superior del niño, que debe primar sobre cualquier otra decisión que le afecte²⁶⁹.

El tribunal basa su reflexión en que se debe diferenciar entre el «reconocimiento de complacencia» y el «reconocimiento por conveniencia» de la paternidad; ambos son nulos por falta de los requisitos biológicos exigidos en la norma jurídica. En el reconocimiento por complacencia de lo que se trata es de que el reconocedor pretende hacer nacer una relación jurídica de filiación biológica, como la propia paternidad por naturaleza, entre él y la persona que sabe que no es hijo biológico suyo; en cambio, en el caso del reconocimiento por conveniencia, lo que se busca es conseguir un beneficio normativo, como puede ser nacionalidad, beneficios sociales, permisos de residencia, etc. El tribunal afirma que en ambos reconocimientos se puede aplicar la nulidad mediante el artículo 235-27 del Código Civil de Cataluña²⁷⁰.

²⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 5174/2004 de 14 de julio. Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:5174.

²⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 494/2016, de 15 de julio. Pleno sala de lo civil. ECLI:ES:TS2016:3192.

²⁶⁹ El tribunal hace una reflexión sobre el principio de prevalencia de la verdad biológica sobre cualquier otro. “No impone, pues, nuestra Ley Fundamental que en la filiación por naturaleza la verdad biológica prevalezca siempre sobre la realidad jurídica: sobre la determinación legal de esa clase de filiación. De otro modo, habría que considerar inconstitucionales la totalidad de las limitaciones de la legitimación activa y los plazos de caducidad que resultan de la regulación «De las acciones de filiación» contenida en el Capítulo III del Título V del Libro I del Código Civil”. *Ibidem*.

²⁷⁰ *Ibidem*.

Pero por esas diferencias de concepto, también el tribunal matiza que la aplicación de la nulidad en el reconocimiento por conveniencia abocaría a unas consecuencias inaceptables sobre la acción de nulidad: al ser imprescriptible, podría ser ejercida por cualquier persona que tuviese un interés legítimo y directo e incluso por el Ministerio Fiscal²⁷¹, y así se desprende de la redacción del artículo 235-27.4 del Código Civil de Cataluña.

El reconocimiento de una filiación por naturaleza, cuando no se es el padre biológico del hijo, es siempre un reconocimiento por complacencia, aunque el Tribunal Supremo quiera distinguirlo diferenciando el calificativo de «conveniencia» del de «complacencia». El reconocimiento por complacencia defrauda la normativa de adopción²⁷², y así lo reconoce en el fundamento jurídico tercero, fijando doctrina al respecto²⁷³. Sucede igual con la gestación por sustitución, que entraña un fraude a la adopción (excepto para el padre biológico)²⁷⁴.

Desde el punto de vista del hijo, podemos llegar a la conclusión de que el reconocimiento por complacencia es una vulneración del derecho del hijo a obtener su verdadera filiación biológica, pues se le impone una falsa con la anuencia de la madre biológica, falseando así la verdadera identidad del hijo. Pese a todo, entendemos que, en algunos de los casos, cuando es menor de edad se tiene que priorizar su interés superior en los procedimientos de

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² Luis F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El reconocimiento de complacencia ante notario”, p. 243; Luis F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, p. 243.

²⁷³ “La base de que la intención del reconocedor es hacer nacer, al margen de las normas sobre la adopción, una relación jurídica de filiación entre él y la persona de la que sabe o tiene la convicción de que no es hijo biológico suyo, puesto que dicha motivación no puede considerarse contraria a la ley: el autor de un reconocimiento de complacencia de su paternidad no pretende (ni por supuesto conseguirá) establecer una relación jurídica de filiación adoptiva con el reconocido” Sentencia del Tribunal Supremo 494/2016, de 15 de julio. Pleno sala de lo civil. ECLI:ES:TS2016:3192.

²⁷⁴ Luis F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, p. 289.

impugnación de la paternidad antes que la imposición del principio de veracidad biológica.

2.3.2 El derecho a conocer el propio origen en el Derecho civil de Cataluña

En Cataluña el derecho a conocer el propio origen se rige por su derecho civil propio. Su primera regulación jurídica sobre la búsqueda del propio origen nace del Proyecto de Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, creada a partir del Decreto de 23 de mayo, de 1947, en el que se dedicaron los artículos 10 y 11 a este tema. En ellos, se disponía que los hijos nacidos fuera del matrimonio podían investigar libremente quiénes eran sus padres. Con posterioridad, se redactó la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, que reguló, en el artículo 4, la acción de investigación o de declaración judicial de paternidad o maternidad²⁷⁵.

El Derecho Canónico ha influido de forma continuada en el Derecho Civil de Cataluña, sobre la permisión de la investigación de la paternidad natural (considerada anteriormente como filiación ilegítima). El Código Civil de Cataluña no se dejó influenciar por las ideas de la codificación napoleónica, que impregnaron la codificación en Europa con la prohibición de la investigación natural de la filiación. El Derecho castellano se desvió de la Leyes de Toro, influenciándose por el código napoleónico²⁷⁶.

En el Código Civil estatal no se articularon las acciones que conducirían a la investigación de la filiación hasta mucho más tarde; en Cataluña, en cambio, la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre compilación del Derecho Especial de Cataluña, el artículo 4 estipuló la regulación de los hijos nacidos fuera del matrimonio para que pudiesen ejercitar las acciones para interesar las medidas necesarias para averiguar, probar y declarar su filiación. La acción de

²⁷⁵ Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, "La filiación en el Derecho Civil de Cataluña", p. 83.

²⁷⁶ *Ibidem*.

declaración judicial de paternidad o maternidad era exclusiva del hijo, durante toda su vida.

En el Derecho civil catalán y en el Derecho civil estatal, la filiación está determinada dependiendo de si es matrimonial o no matrimonial. El Código Civil de Cataluña difiere en algunos aspectos sobre la presunción de la filiación dentro del matrimonio con respecto al Código Civil estatal. Ambos códigos coinciden en la diferencia de la atribución de la filiación, cuando se nace dentro del matrimonio o de una relación no matrimonial.

2.3.2.1 La presunción de la filiación matrimonial

La búsqueda del propio origen puede darse como resultado de una falsa filiación matrimonial realizada por un reconocimiento de complacencia o por engaño, desde la creencia de que se trata de un hijo biológico. En estos casos, no coincide la inscripción de la filiación matrimonial con la verdad biológica, aunque aun así la presunción no decae si no se ejercita la acción de impugnación de la paternidad dentro de los plazos establecidos en el artículo 235-23 del Código Civil de Cataluña (igual que el hijo puede impugnar la paternidad conforme al artículo 235-25 del mismo texto legal).

El Código Civil de Cataluña, en su libro segundo, regula el tratamiento jurídico de la persona y la familia. En el Título III, capítulo V, Sección primera sobre «disposiciones generales» se regulan la filiación por naturaleza y por adopción. Ambas tienen sus peculiaridades a la hora de establecer la filiación de un hijo, si bien ambas presentan idénticos efectos.

En Cataluña, el cómputo del periodo legal para determinar la filiación por naturaleza comprende los primeros ciento veinte días del periodo de gestación, que se presume de un máximo de trescientos días. No se distingue entre hijos matrimoniales y no matrimoniales a la hora de establecer el periodo legal para determinar la filiación.

Se presumen como hijos del marido, los que nacen después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la separación, legal o, de hecho, de los cónyuges; también se presumen como hijos

del marido, si se hubiese declarado una nulidad matrimonial o se hubiera disuelto el matrimonio. Cuando el nacimiento es posterior a los plazos señalados, deberá probarse que son consecuencia de las relaciones sexuales entre ambos cónyuges.

El artículo 235-6 del Código Civil de Cataluña establece que, en el caso de que los hijos nazcan dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el marido podría dejar sin efecto la determinación de la filiación a partir de una declaración en contrario.

La presunción de la paternidad matrimonial no se establece igual en la filiación no matrimonial: aunque el legislador catalán fijó una serie de presunciones en el artículo 235-10 del Código Civil de Cataluña, entendemos que, en el Registro Civil, es única y directamente aplicable el reconocimiento tácito.

2.3.2.2 La determinación de la filiación no matrimonial del progenitor

El legislador catalán incluyó la presunción de paternidad en el artículo 235-10 de Código Civil de Cataluña y estableció tres posibles presunciones en la convivencia no matrimonial: la primera la basa en atribuirle al “hombre con el que la madre ha convivido en el periodo de la concepción”; la segunda al “hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el periodo de concepción”; y la última al “hombre que ha reconocido tácitamente o de una manera diferente de la que establece el artículo 235-9”.

Da la impresión de que el legislador catalán quiere equiparar los hijos matrimoniales a los no matrimoniales con estas presunciones de paternidad. El artículo 235-10.2 señala que “las presunciones a que hace referencia el apartado 1 se pueden destruir con toda la clase de pruebas en el juicio correspondiente”. Parece ser que se quiso equiparar, en cierta manera, la posibilidad de que los hijos no matrimoniales pudieran determinar la filiación paterna si la madre puede aportar las pruebas señaladas en el artículo 235-10 del mismo texto legal , aunque son pruebas muy difíciles de obtener. Además, esta presunción no obra a la hora de inscribir a un hijo en el Registro Civil; no consta ningún procedimiento

en el Registro Civil en el que no se necesite la firma del progenitor padre, para la inscripción.

La filiación no matrimonial está establecida jurídicamente mediante diferentes mecanismos del artículo 235-9 del Código Civil de Cataluña. Uno de ellos es mediante la voluntad del progenitor a través del reconocimiento voluntario (puede ser por medio del reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, testamento o documento público). Otra forma es por medio de la resolución de un expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. Y la última, como consecuencia de una sentencia firme, que puede ser en el ámbito civil o penal.

2.3.3 La búsqueda del propio origen biológico dirigida a la simple investigación de la paternidad

La búsqueda del propio origen no siempre está encaminada a establecer la filiación jurídica entre hijos y padres biológicos; muchas veces, los hijos que están buscando sus orígenes, solo quieren conocer sus antecedentes familiares y poder completar su identidad personal sobre sus raíces.

En el conjunto del ordenamiento jurídico español existe la búsqueda del propio origen, sin tener que establecer un vínculo filial entre hijos y padres, regulada en el artículo 235-49 del Código Civil de Cataluña; aunque el legislador catalán fijó como únicos titulares de ese derecho a las personas que reuniesen la condición de haber sido adoptadas o haber estado bajo la tutela del Estado que desarrolló mediante el Decreto 169/2015, de 21 de julio, por el que se establece el procedimiento para facilitar el conocimiento de los orígenes biológicos.

El Parlamento de Cataluña, dentro de sus competencias en el ámbito de atención y la protección de la infancia y la adolescencia, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, desarrolla el artículo 17, que reconoce el derecho de toda persona menor de edad a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social. Halla su fundamento

competencial en el artículo 166.3 y 4 del propio Estatuto, que atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de protección de menores y de promoción de las familias y de la infancia; está pensando en la necesidad de atención a los niños, niñas y adolescentes para el desarrollo de su personalidad y para que completen su identidad personal.

El artículo 30 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia establece el derecho a la identidad para todos los niños, niñas y los adolescentes. En su párrafo segundo señala:

“Los niños y los adolescentes tienen derecho a conocer su origen genético, padres y madres biológicos y parientes biológicos”

Dicho artículo menciona solo el derecho de los niños, niñas y adolescentes a conocer su origen genético, pero podemos entender que, el ámbito de aplicación de esta ley se debe extender a cualquier persona que, desde que era niño, niña o adolescente, no tuviese conocimiento de su origen genético; si no fuese así, podríamos estar ante una discriminación por no haber instado el derecho entonces.

El Tribunal Constitucional se pronunció a este respecto, que se podía estimar contrario al derecho de igualdad:

“Su imperfección, por no contemplar aquello que debiendo ser necesariamente incluido por el legislador fue, sin embargo, omitido, ocasionando, con tal proceder, una discriminación por defecto, lesiva del derecho fundamental a la igualdad del hijo de la ahora recurrente en amparo”²⁷⁷.

El tribunal estimó que los órganos judiciales podrán corregir y reparar las vulneraciones de la igualdad de las normas, mediante una interpretación conforme a la Constitución o declarando la nulidad a partir del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, cuando la norma que vulnera tiene valor de ley²⁷⁸. Interpretando esta sentencia, podemos deducir que, cualquier omisión por parte del legislador en una norma que ampare un derecho universal como es el

²⁷⁷ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 67/1998, de 18 de marzo. s. f. BOE número 96 de 22 de abril de 1998. Recurso de amparo 109-1995.

²⁷⁸ *Ibidem*.

de conocer el propio origen, y que la haga solo accesible a las personas adoptadas, discrimina por defecto lesivo el derecho fundamental al derecho de todas las personas a la igualdad, por mucho que se justifique en que se trata así por ser el objeto exclusivo de la ley.

No todas las personas que desconocen su propio origen tienen la posibilidad de acceder a ellos amparándose en los principios constitucionales de igualdad, interés superior del niño y no discriminación por razón de filiación. En los hijos nacidos a través de técnicas de reproducción humana asistida por donaciones anónimas, la prohibición sobre el acceso a la identidad del donante más que en el interés superior del niño está basada en mantener el secreto por interés de los padres y de la intimidad familiar²⁷⁹.

Desde la perspectiva de la psicología, podemos encontrar con dos posicionamientos sobre si los hijos nacidos de donantes anónimos deben ser informados de cómo fueron concebidos; una de ellas defiende que, para que el hijo crezca sintiéndose seguro de pertenecer a su familia, conocer su origen puede provocar confusión social y psicológica, que se une a una posible reacción de rechazo contra el padre sin vínculo genético. La otra posición, completamente contraria a que al hijo se le oculte cómo fue concebido, basa su argumento en que la honestidad en las relaciones familiares es fundamental²⁸⁰.

Totalmente de acuerdo con la posición que se refiere a la honestidad; los engaños en las relaciones familiares son perjudiciales para la persona, puesto que desarrollarán su personalidad basándose en una mentira. La ocultación de la verdad biológica es una mentira en toda regla que priva de libertad a la persona para tomar sus decisiones conforme a la verdad real. El descubrimiento, en cualquier momento, por parte del hijo sobre su origen biológico va a perjudicar la relación de confianza entre él y sus padres.

²⁷⁹ Itziar ALKORTA y Esther FARNÓS AMORÓS, "Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Dificil Equilibrio", p. 148-178.

²⁸⁰ *Ibidem*.

En algunos países, los hijos de donantes anónimos mediante técnicas de reproducción humana asistida pueden conocer la identidad del donante cuando alcanzan la mayoría de edad o la madurez suficiente²⁸¹. En la filiación por naturaleza los padres pueden ocultar la verdad biológica al hijo (en casos de reconocimiento por complacencia o de hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paterno), de modo que, al igual que para los hijos nacidos por donantes anónimos, el acceso a los datos sobre su propio origen está limitado.

Los hijos reconocidos por complacencia pueden vivir toda su vida sin saber que no comparten con su padre legal ningún lazo genético; si descubren en algún momento la verdad, esa información, posiblemente, solo la tendrán la madre o ambos padres, quedando bajo su potestad el ejercicio de acciones que determinen la filiación biológica. De igual forma se encuentran los hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paterno que, si no disponen de los datos sobre la identidad del progenitor, difícilmente podrán ejercer ninguna acción jurídica.

En ambas situaciones se puede estar buscando el solo propósito de conocer el propio origen biológico, sin necesidad de querer establecer una situación jurídica entre padre e hijo. Entendemos que el poder constituyente, cuando estableció la búsqueda de la paternidad, pensó en los hijos de mujeres solteras, en la carga económica y de cuidado que el desvinculado padre estaba dejando de aportar.

El marco jurídico español sobre la búsqueda del propio origen se encuentra dentro la regulación de la filiación adoptiva. La regulación de la adopción ha hecho que se establezcan mecanismos que garanticen la posibilidad de conocer los orígenes biológicos. La adopción, los reconocimientos por complacencia y la falta de reconocimientos voluntarios de hijos no matrimoniales ocasionan abandono, pérdida de la identidad y del propio origen, pero no existen normas

²⁸¹ *Ibidem*

que, de forma universal, regulen su búsqueda, pese a estar amparados en un derecho fundamental como es el derecho a la dignidad humana.

2.4 El marco jurídico del derecho a la identidad en la búsqueda del propio origen

“La vida es la vida de la libertad que, por ser tal, hace que cada ser humano sea sólo idéntico a sí mismo. Vida, libertad e identidad conforman la trilogía básica para la comprensión de la extraordinaria y compleja naturaleza del ser humano”²⁸². Esa complejidad formada por la identidad personal del ser humano es lo que hace que cada persona sea única.

El derecho a la identidad no se reguló en la Constitución de 1978. El primer reconocimiento jurídico se encuentra regulado por primera vez en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por España por el Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. El primer inciso del artículo 7.1 señala que:

“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

En este apartado del artículo se limita a amparar el derecho de todo ser humano a poder ser identificado a través de un nombre. También hace referencia al derecho de conocer a los propios padres biológicos y a la obligación de ser cuidado por ellos.

Este artículo 7.1 ampara el derecho que tiene cualquier ser humano a conocer su propio origen biológico. Limita el derecho cuando señala que se amparará “en la medida de lo posible”, pero como ya se ha analizado con anterioridad esta limitación solo tendrá lugar cuando no haya opciones de averiguar la identidad de los progenitores por ningún medio.

²⁸² Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Daño a la identidad personal”, p. 247.

El artículo 8 textualmente señala que hay que “respetar el derecho del niño a preservar su identidad”. Con este mandato se quiso garantizar el derecho de todos los niños a no perder su identidad desde el momento del nacimiento. El legislador utilizó la palabra «preservar», como signo de garantía y protección anticipada de la identidad del niño, frente a posibles mandatos legales que hagan ineficaz el contenido esencial de este derecho.

Los Estados que ratificaron la Convención deben dictar la normativa jurídica que le brinde una protección civil, administrativa e incluso penal, garantizando el derecho a la identidad frente a posibles incompatibilidades con leyes o con la administración pública, que imposibiliten el ejercicio de este derecho.

2.4.1 El marco jurídico internacional del derecho a la identidad en la búsqueda del propio origen

El derecho a la identidad nace del reconocimiento que tiene toda persona a ser inscrita con un nombre y a los apellidos de sus progenitores, del derecho a las medidas de protección que toda persona menor de edad requiere de su familia y del derecho a una nacionalidad²⁸³. El derecho a la identidad está fuertemente ligado al derecho a la personalidad jurídica, que es reconocido internacionalmente por el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 22 de noviembre de 1969, por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, hecha en Bogotá en 1948 (IX Conferencia Internacional Americana), por el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y por el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en el sentido de que todo ser humano tiene derecho a que se le reconozca su personalidad jurídica.

Proporcionar identidad a las personas que la desconocen debe ser una prioridad para los Estados actuales, y ello implica resguardar su dignidad como

²⁸³ Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, “Pacto De San José De Costa Rica”, artículos 18, 19 y 20.

personas, pues la identidad nos hace visibles en la sociedad y debe ser reconocida y protegida²⁸⁴.

El Comité Jurídico Interamericano emitió su opinión sobre el alcance del derecho a la identidad en el 71º Período ordinario de sesiones, del 30 de julio al 10 de agosto de 2007 celebrado en Río de Janeiro, Brasil. Restringió su análisis únicamente a los aspectos jurídicos de tal derecho, pero tuvo en cuenta la jurisprudencia existente y el derecho internacional, además de tomar como base de especial relevancia la Convención sobre los Derechos del Niño. Llegó a las siguientes conclusiones en su opinión:

“11.1 Que la convención sobre los Derechos del Niño establece expresamente un derecho del niño a preservar su identidad, lo que equivale a un derecho que obviamente acompaña a la persona permanentemente en todas sus etapas”.

Esta primera opinión que hace el Comité Jurídico Interamericano nos hace comprender que la falta de identidad puede ser reclamada por la persona durante toda su vida, no siendo un derecho exclusivo en sus primeras etapas, sino un derecho que puede exigir cualquier persona a la que le falte parte de su identidad.

“11.2 Que la Convención Americana sobre Derechos humanos, si bien no consagra el derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, sí incluye, como se ha visto, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia. Igualmente incluye los derechos del niño”.

El Comité Jurídico Interamericano llega a la conclusión de que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no solo obliga a reconocer los derechos, sino que a la vez impone la obligación a los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para que se garanticen los derechos y libertades de una forma efectiva. Eso implica la inscripción e identificación del cualquier niño después del nacimiento, así como la existencia de un registro e identificación adecuado, accesible, fiable y verdadero.

El derecho a la identidad es consustancial a la condición de la dignidad humana. El Comité Jurídico Interamericano lo cataloga como un derecho

²⁸⁴ Ruth SAIF DE PREPERIER, “El Derecho a la identidad en el Derecho internacional privado”, p. 42.

fundamental. El derecho a la identidad es perenne a la dignidad innata de la persona.

“12. El derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención americana Sobre Derechos Humanos”.

El derecho a la identidad, como parte esencial en búsqueda del propio origen, no fue reconocido en las primeras regulaciones a escala internacional, tal como se ha ido analizando. El Comité hace referencia a que el derecho a la identidad no puede reducirse a uno u otro de sus derechos, como lo puede ser el derecho al nombre; es cierto que éste es una parte de esa creación de la identidad, pero no es la única que lo conforma.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, se afirma que no todos los elementos que menciona como pertenecientes al derecho a la identidad son indispensables. Y establece vínculos con otros derechos esenciales que están dentro del cerco de integridad, como son el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho de igualdad.

El derecho a la identidad se construye por la individualidad de la persona, que la hacen única, diferente y reconocible como un ser diferente al resto. El desposeerla del acceso a su identidad o privarla de hacer efectivos sus derechos fundamentales, la pone en una situación de desigualdad de oportunidades ante la ley, discriminando²⁸⁵ y obstaculizando el derecho que tiene al reconocimiento completo de su personalidad jurídica.

En definitiva, el Comité Jurídico Interamericano define la identidad como un derecho autónomo, no supeditado a otros derechos, que además puede completar otros derechos para su acción y ejecución. Destaca la importancia de asegurar la identidad del niño, lo que reduce su vulnerabilidad frente a los

²⁸⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva n°4 afirma que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Opinión Consultiva – OC-18/2003. De 17 de septiembre. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

posibles abusos, bajo el principio de la protección especial por el interés superior del niño²⁸⁶.

En el derecho internacional no existe normativa jurídica que distinga entre las personas que carecen de alguno de los elementos de su identidad. Los legisladores internacionales no fijan la falta de identidad solo en las personas adoptadas o tuteladas, sino que determinan que cualquier persona que carece de algún elemento de su personalidad (como es la identidad) puede ejercer su derecho frente a los Estados que hayan ratificado los convenios internacionales. Los Estados, por su parte, están obligados a adecuar su normativa interna a los acuerdos internacionales ratificados, tanto en las normas sustantivas como en las procesales que reglamentan los aspectos vinculados al derecho a la identidad, tales como el derecho al nombre y a los apellidos de sus progenitores mediante la filiación o la búsqueda del propio origen.

2.4.1.1 El reconocimiento a la identidad en el derecho internacional de los derechos humanos

En el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se reconocen la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana²⁸⁷.

Existen dos procesos esenciales que el ser humano debe recorrer desde la infancia a la edad adulta: el autoaprendizaje y la autorrealización. Los dos forman parte de su crecimiento y ambos crean a la persona que finalmente será madura en la edad adulta. Cada persona se desenvolverá a través de lo que aprende y de las situaciones que viva durante las etapas que le llevan hacia la edad adulta,

²⁸⁶ 71º Período ordinario de sesiones, 30 de julio al 10 de agosto de 200. Rio de Janeiro, Brasil. Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad, p. 5.

²⁸⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 a(III), de 10 de diciembre de 1948.

que desarrolla los aspectos esenciales de la personalidad y que formará la identidad íntima e innata²⁸⁸.

Podemos encontrar en el ámbito de las Naciones Unidas²⁸⁹ una breve alusión del derecho de la niñez a un nombre, a la nacionalidad y a guardar y conocer sus antecedentes. De los dos artículos se desprende que existe la obligación por parte de los Estados de mantener la información con respecto al conocimiento de los orígenes biológicos, si bien los artículos se refirieren a los niños adoptados y a los niños amparados en un hogar de guarda.

A partir de la iniciativa del director general de la UNESCO, en ese momento Federico MAYOR ZARAGOZA, nace la idea de reunir a treinta expertos en Derechos humanos de veinte países en la Universidad de La Laguna, en febrero de 1994. En esta reunión se adoptó por consenso y sin reserva alguna por los juristas, la denominada Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras²⁹⁰.

En la Declaración se buscó determinar qué derechos debían ser jurídicamente protegidos, y se reconocieron como valores morales con reconocimiento universal los derechos inherentes a todo ser humano. Se mantenía la trayectoria reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948 y los Pactos Internacionales sobre la misma materia, pero se señalaron como sus titulares a las generaciones futuras.

²⁸⁸ *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Discurso de la Sra. Kate Gilmore, alta Comisionada adjunta de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la reunión Ministerial Internacional sobre la respuesta del sector educativo a la violencia con motivo de orientación sexual o identidad o expresión de género, de 17 de mayo de 2016.

²⁸⁹ Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986. Artículos 8 y 9.

²⁹⁰ Keneth Mac FARLANE LEUPIN, "Los derechos humanos de las generaciones futuras (la contribución jurídica de J. Costeau)".

La Declaración reconoce el derecho a la identidad en el artículo 4. En ella, las personas que pertenecen a generaciones futuras tienen el derecho a conocer sus orígenes, su identidad y su historia personal o colectiva²⁹¹.

2.4.1.2 El reconocimiento a la identidad en la Convención sobre los Derechos del Niño

Las Naciones Unidas empiezan a poner de relieve los derechos de la niñez en la Asamblea General, en la Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. En ella fue aprobada por unanimidad la Declaración de Derechos del Niño. Posteriormente, la Asamblea proclamó el año 1979 como Año Internacional del Niño, con la intención de promover el bienestar de la infancia y poner de relieve en la sociedad las necesidades especiales que requieren²⁹².

Polonia presentó a la Comisión de Derechos Humanos una cuestión de convencionalidad sobre los derechos de la infancia²⁹³. En ella se recomendó a la Asamblea General que aprobase una regulación jurídica internacional, en forma de convención, que vinculase a los Estados sobre los derechos del niño. En 1979, durante el Año Internacional del Niño, la Comisión de Derechos Humanos creó un grupo de trabajo de composición abierta para analizar la cuestión de la Convención sobre los derechos del niño. Durante los años sucesivos, ese grupo de trabajo siguió trabajando en el proyecto. Los diferentes países realizaban cuestiones a la comisión sobre los temas a incluir dentro la Convención sobre los Derechos del Niño. Uno de ellos fue la inclusión del actual artículo 8.

La iniciativa del artículo 8 nace de su presentación por parte del representante de la República Argentina. El grupo de trabajo examinó esta propuesta en la reunión celebrada en 1986 y “declaró que ese artículo constituía

²⁹¹ *Ibidem*. Anexo N° 2.

²⁹² *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Disponible en <https://n9.cl/jquhi>

²⁹³ Comisión de Derechos Humanos. 34º período de sesiones. E/CN.4/L.1366/Rev.1.

una salvaguardia para preservar la identidad personal, legal y familiar de los niños de todo el mundo”²⁹⁴.

La iniciativa del representante de Argentina tiene añadida cierta preocupación por los hechos acaecidos en su país durante la dictadura militar acerca de la sustracción de las identidades de niños de forma ilegal bajo la ocultación de documentos públicos, y así se refleja en la propuesta²⁹⁵.

La iniciativa hace hincapié en que cualquier pérdida en la identidad de una persona debe restablecerse a la mayor brevedad posible a su verdadera y auténtica realidad. La propuesta presentada obliga al Estado a restablecer la crianza a la familia biológica cuando se haya privado de esa identidad.

En 2013, el Comité de los Derechos del Niño adoptó la Observación general número 14²⁹⁶ sobre la consideración primordial del interés superior. En ella estimaron los elementos a tener en cuenta para evaluar y determinar el interés superior de los niños. Y entre los diversos elementos que se consideraron, uno de ellos fue la identidad del niño²⁹⁷. Se clasifican como un grupo no homogéneo debiendo tener en cuenta la diversidad de cada persona a la hora de establecer el interés superior.

La Observación general identifica la identidad del niño a partir de diferentes características, como son: el sexo, la orientación sexual, el origen de la nacionalidad, las diferentes religiones y creencias, la identidad cultural y la

²⁹⁴ Comisión de Derechos Humanos. 41º período de sesiones. Tema 13 del programa. Cuestión de una convención sobre los Derechos del Niño. Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los derechos del niño. Presidente-Relator Adam Lopatka. E/CN.4/1985/64 página 4.

²⁹⁵ *Ibidem*. Anexo II, p. 1. El niño tiene el derecho inalienable a preservar su verdadera y auténtica identidad personal, legal y familiar. Cuando un niño hubiera sido privado fraudulentamente de algunos o todos de los elementos de su identidad, el Estado deberá dar especial protección y asistencia a ese niño para el restablecimiento a la mayor brevedad de su verdadera y auténtica identidad. Esa obligación del Estado incluye en particular la de restablecer la crianza de ese niño por los miembros de su familia de sangre.

²⁹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, *Observación General, Nº 14*, Derecho al disfrute del más alto nivel de salud.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 14.

personalidad. Considera que el derecho a preservar la identidad del niño debe ser respetado a la hora de establecer su interés superior. Hace hincapié en la posibilidad de acceder a la información sobre su familia biológica.

La misma Observación general alude a la preservación del entorno familiar y considera que todo niño tiene derecho a la vida familiar, protegido por el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ese artículo establece que, “el término familia debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida”²⁹⁸. Si la interpretación del término «familia» incluye a los padres biológicos, como recoge la Observación general, podemos entender que los niños de familia monoparental sin reconocimiento paternofamiliar forman parte de la familia de su padre biológico, aunque éste no haya reconocido jurídicamente a su hijo.

2.4.1.3 El Convenio de la Haya sobre Protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, de 20 de mayo de 1993 en relación con el derecho a la identidad

El Convenio trata exclusivamente sobre la obligación de los Estados contratantes de las adopciones de preservar la información con respecto a la identidad de los padres y la posible historia médica del niño y de su familia biológica.

La ratificación del Estado español del Convenio de la Haya en fecha 27 de marzo de 1995 designa a las Autoridades Centrales de cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas, a los efectos de regular las medidas necesarias entre adoptantes y adoptados. El Convenio de la Haya obliga a los Estados a que, en el momento de las adopciones, se realice un informe con la información sobre la identidad, el medio social, la evolución personal y familiar, la historia médica y la de la familia biológica.

²⁹⁸ *Ibidem.*

El Estado debe preservar la identidad de las personas adoptadas en todo momento, antes y después de su adopción. La verdadera inclusión de este derecho en el Convenio es garantizar que ningún niño adoptado internacionalmente pierda la identidad de la que proviene. En los casos de adopción internacional, los países de origen del adoptado deben reunir la documentación exigida por el Convenio, que garantice el derecho reconocido a la identidad, innato a todo ser humano por el simple hecho de nacer.

Garantizar el derecho a la identidad está presente en el Convenio de la Haya. Aunque va referido en exclusiva a las personas adoptadas, el mandamiento implícito en él se extrapola a cualquier ser humano que carezca de los datos que puedan identificar su identidad.

Dentro del marco jurídico español, el derecho a la identidad fue adaptándose a la normativa europea y a los tratados internacionales ratificados por España. En la actualidad, no existe normativa específica en el orden europeo o internacional que garantice la ejecución de este derecho.

2.4.2 El marco jurídico constitucional español

El artículo 39 de la Constitución reguló el derecho a la búsqueda del propio origen, pero no lo reconoció como un derecho fundamental. El primer artículo incluido entre los derechos y deberes fundamentales (artículo 10) es el derecho a la dignidad de la persona. Este derecho está íntimamente relacionado con el derecho a la identidad²⁹⁹. En artículo 14 del mismo texto legal alude a la «no discriminación por razón de nacimiento», que también es implícitamente aplicable al derecho a la identidad.

Cuando un niño nace de una relación no matrimonial, no se le garantiza, de principio, la filiación paterna. En la filiación materna, *mater semper certa est*, pero el padre dispone de la potestad de reconocer al hijo de forma voluntaria. En estos casos, el derecho del niño a no ser discriminado por razón de nacimiento,

²⁹⁹ M^a Corona QUESADA GONZÁLEZ, "El Derecho (¿Constitucional?) a conocer el propio origen biológico", p. 248.

no se cumple. En cierta manera, es discriminado por el hecho de que haya nacido fuera de él, si el padre no lo reconoce de forma voluntaria. Para que el niño pueda obtener el derecho que le es innato, deberá acudir su madre, como representante legal, a un proceso judicial que le reconozca la filiación, aparte de las demás obligaciones jurídicas de cuidado y sustento del hijo.

En el mismo texto legal, el artículo 18, garantiza el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. Este artículo fue interpretado por el Tribunal Supremo³⁰⁰. Para el Alto Tribunal, predomina el derecho a la verdad biológica ante la intimidad personal y familiar de la madre que quiere ocultar el parto. El mismo Tribunal Supremo se ha pronunciado sosteniendo que:

“La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quien, es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (art. 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud. La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que se le puede ocasionar al menor”.

En España no es debatido por el poder constituyente el derecho a la identidad como tal; los debates conforme al artículo 39 son planteados por la situación en la que se encontraban las mujeres solteras, que habían tenido un hijo y que no era reconocido por un padre que, además, se desentendía del cuidado al que estaba obligado. El Estado, como garante jurídico del estado social, debe garantizar las necesidades de los ciudadanos.

2.4.3 La protección que quiso dar el poder constituyente al aprobar el artículo 39 de la Constitución

El artículo 1.1 de la Constitución enunció los principios rectores de la política social y económica, por la que el modelo de estado social viene obligado a conformar y satisfacer las necesidades colectiva de la ciudadanía³⁰¹.

³⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999, de 21 de septiembre de 1999. Sala de lo Civil 1ª. ECLI:ES:TS:1999:5672.

³⁰¹ Luis PUIG I FERRIOL, “Constitución y protección de la familia”, p. 178.

“El destinatario fundamental de las declaraciones programáticas que aparecen en el texto constitucional es el Estado, y no los ciudadanos”³⁰², siendo los ciudadanos los destinatarios indirectos de las acciones y omisiones a las que el Estado está vinculado de forma directa, como verdadero garante y protector de los intereses sociales y económicos de la sociedad.

En el artículo 39.3 de la Constitución se establece la obligación de los padres a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio. El hecho de que el poder constituyente hiciese esa matización para equiparar a los hijos matrimoniales y a los no matrimoniales es de especial relevancia, aunque de no haberse redactado ese inciso, igualmente habría que interpretarlo así, pues se encuentra implícito tanto en el artículo 39.2 como en el artículo 14, al establecer la no discriminación por razón de filiación³⁰³.

La investigación de la paternidad ya estaba vigente en determinadas Comunidades Autónomas antes de la entrada en vigor de la Constitución. No podemos estar de acuerdo con PUIG I FERRIOL³⁰⁴ ante la afirmación de que el texto constitucional sobre la investigación de la paternidad prácticamente se plasmó en el Código Civil con posterioridad, sobre la base de los principios que informan la Norma Suprema.

El artículo 39.2 de la Constitución fue debatido por las Cortes Constituyentes sobre la problemática que existía de los hijos ilegítimos no naturales, es decir, aquellos nacidos de mujeres casadas. Una vez abolido el delito de adulterio era necesario regular de forma constitucional un hecho que era evidente, aunque estadísticamente existía un número superior de madres solteras (con hijos ilegítimos naturales)³⁰⁵. No fue hasta la entrada en vigor de la

³⁰² *Ibidem*, p.179.

³⁰³ *Ibidem*, p.185.

³⁰⁴ “De suerte que al margen de cualquiera referencia constitucional podía, y seguramente la habría acogido el Código Civil, al regular de nueva planta la problemática jurídica de la filiación según los principios que informan el texto constitucional”. *Ibidem*, p.179.

³⁰⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales (1978). Congreso de los Diputados. Legislatura Constituyente, de 6 de octubre de 1978, número 157, p. 3475.

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Modificación del Código Civil en Materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, cuando se hizo una importante adaptación en el Código Civil estatal del mandato constitucional con respecto a la filiación; en ella prima el *favor filii*, el interés preferente del menor de edad. Tres años después de aprobar el texto constitucional el Código empezó a adaptarse a los principios rectores supremos, y por esa razón puede disentirse respecto de la afirmación de PUIG I FERRIOL³⁰⁶.

Por esa razón, entendemos que la regulación que se realizó en el texto constitucional debería analizarse e interpretarse más profundamente por los legisladores actuales a la hora de aprobar leyes que garanticen el derecho a la búsqueda del propio origen. Precisamente, no tienen en cuenta a la ciudadanía a la que iba dirigida el texto constitucional y, por ende, se obvia la obligación vinculante del Estado de protección del Estado social.

El concepto de familia ha experimentado cambios significativos desde la proclamación de la Carta Magna. El legislador constituyente no pudo prever ni considerar, a la hora de establecer la protección del derecho a la búsqueda de la paternidad, el descubrimiento del ácido desoxirribonucleico (ADN). Hoy por hoy es fácil y fiable saber, con un porcentaje de un 99,99%, quién es el padre biológico.

2.4.4 El reconocimiento jurídico en el marco del derecho comparado

En el Derecho comparado internacional, encontramos en Argentina un Estado con una regulación jurídica incluida en su Código Civil y Comercial de la Nación, en la Ley 26.994, del artículo 583, con respecto al derecho a la identidad. Recordemos que Argentina fue pionera e impulsora del artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en este mismo sentido.

El artículo 583 del mismo texto legal insta a la madre que inscribe a su hijo con la única filiación materna, a que suministre al Ministerio Público toda la

³⁰⁶ Luis PUIG I FERRIOL, "Constitución y protección de la familia", p. 179.

información que conozca del presunto padre y que contribuya a su individualización y a dar con su paradero. A la madre se le informa de que los datos que suministre del presunto padre debe darlos bajo juramento y se la apercibe de las posibles y severas consecuencias que pueden derivar de falsearlos. Antes de remitir al Ministerio Público toda la información de averiguación del presunto padre, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarla de los derechos que son inherentes al niño.

Incluirlo dentro del Código Civil y Comercial de la Nación como ha hecho Argentina, es garantizar la ejecución del derecho a la filiación del niño, además del derecho a la identidad. Los derechos no tienen fuerza ejecutiva si no se garantizan con leyes que los hagan posibles a través de acciones pertinentes. Argentina pensó en los niños de familia monoparental sin reconocimiento paternofilial a la hora de incluir este artículo dentro de su Código Civil.

Otros muchos países que reconocen el derecho a conocer los orígenes incluyen como únicos titulares a las personas que hayan sido adoptadas o a aquéllas que nacieron a través de técnicas de reproducción humana asistida. En este sentido, países como Nueva Zelanda³⁰⁷ o Australia³⁰⁸, que también son pioneros en el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos, colocan el condicionante de ser una persona adoptada o de haber nacido a través de técnicas de reproducción humana asistida.

Canadá reguló, con menor trascendencia que Nueva Zelanda o Australia, el derecho a conocer los orígenes biológicos³⁰⁹, relativo a la adopción, si bien en los casos de reproducción humana asistida no pueden acceder a la identidad de los donantes.

³⁰⁷ Nueva Zelanda. Ley de información sobre adopción de adultos de septiembre de 1985.

³⁰⁸ Mariana DE LORENZI, *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, p. 447.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 456.

En los Estados Unidos, la búsqueda del propio origen parece estar únicamente regulada para la adopción. El hecho de ser adoptado cierra la posibilidad de acceder a la partida de nacimiento original, que es archivada en un expediente confidencial que a la vez se sustituye por uno nuevo donde únicamente constan los padres del adoptado (*sealed adoption records*)³¹⁰. Existen excepciones en las que el adoptado puede acceder a sus orígenes biológicos, como son: *good cause*, *voluntary registries* y *search and consent*³¹¹.

El Reino Unido es un claro ejemplo de reconocimiento del derecho a la búsqueda del propio origen. En el año 1975 se reconocía este derecho a las personas adoptadas³¹². Y en 2004 se reconoció también el mismo derecho a las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida, pues hasta ese momento se había negado la posibilidad de acceder a la búsqueda de los orígenes biológicos³¹³. En 2008 se rebaja a los 16 años la edad para acceder solo a datos no identificativos, manteniendo en los 18 años el conocimiento de la identidad³¹⁴.

En el Código de Familia de Honduras se autoriza la investigación del padre o de la madre³¹⁵; el único requisito es que el hijo desconozca la identidad de alguno de ellos. El legislador fue consciente de la necesidad de regular la

³¹⁰ Laura FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *El derecho a la identidad: tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*, p. 222.

³¹¹ Mariana DE LORENZI, *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, pp. 462 y 463.

³¹² Reino Unido. *Children Act* de 1975 Sección 26.

³¹³ Mariana DE LORENZI, *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, p. 466.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 467.

³¹⁵ Honduras. Decreto N° 76-84. Publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 24,394 de fecha 16 de agosto de 1984. Congreso Nacional. Código de Familia. Capítulo III . De la investigación y presunción de la paternidad Reconocimiento. Artículo 106 "Se autoriza la investigación de la paternidad como el procedimiento apropiado para identificar y concretar la individualidad del padre, de la madre o de ambos, con relación a la persona de determinado hijo. El derecho para solicitar la investigación de la paternidad corresponde al hijo y a sus descendientes, así como al padre o madre que lo hubiere reconocido. Este derecho es imprescriptible". <https://n9.cl/pvumk>

investigación de la paternidad para todas las personas que carezcan de algún elemento de su identidad y concretar la individualidad del padre o de la madre. Predomina el principio de verdad biológica: así se desprende del artículo 117³¹⁶. La persona que considere como hijo biológico suyo a alguien que haya sido reconocido por otra persona puede iniciar el procedimiento que conduzca a ese fin, de igual forma se establece en el Código de la Familia de la República de Cuba a través de la Ley número 1289, de 14 de febrero de 1975, del Código de la Familia de la República de Cuba en su artículo 81, la posibilidad de realizar la acción correspondiente para que se le reconozca como progenitor.

Es sorprendente que la aplicación con respecto al derecho de la investigación de la paternidad en Europa, Australia y Nueva Zelanda sea tan diferente de la de los países de América de Sur Centroamérica y El Caribe. Existe diferencia en el concepto conforme a los titulares a los que va dirigido. En la mayoría de los países de Europa, así como en Australia y Nueva Zelanda, el legislador piensa que las únicas personas que buscan sus orígenes biológicos son las adoptadas o las nacidas por técnicas de reproducción humanas asistidas, pero en los países de Hispanoamérica (como Argentina, Honduras o Cuba) no se legisla pensando en un grupo de personas en concreto, sino con respecto a la búsqueda de los orígenes biológicos desde la defensa del derecho a la identidad y al principio de verdad biológica.

2.4.5 La aplicación analógica del principio constitucional de investigación de la paternidad y del principio de verdad biológica

Un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de abril de 1999³¹⁷ estima que la investigación de la paternidad y el principio constitucional de averiguación de la verdad biológica son fundamentos de integración analógica,

³¹⁶ *Ibidem.*

³¹⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de abril 1999. Sección Civil. sección 18ª,. ECLI:ES:APB:1999:484A.

lo que se denomina doctrinalmente autointegración³¹⁸, mientras que la propagación del derecho positivo sería calificada como analogía³¹⁹. El Auto objeto de recurso de apelación desestimaba, en primera instancia, la posibilidad de acceder a los orígenes biológicos por parte de la hija de una persona adoptada. El juzgado entendía que es un derecho personalísimo, al amparo del artículo 28 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, y que el único titular del derecho de búsqueda del propio origen es la persona adoptada, pero no sus descendientes, pues no se contempla esa facultad.

La Audiencia Provincial de Barcelona³²⁰ entiende, sin embargo, que la legislación catalana reconoce el derecho del adoptado mayor de edad a ejercer las acciones necesarias que le permitan conocer la identidad de sus progenitores biológicos, sin que ello afecte a la filiación adoptiva, y se extiende por analogía a los descendientes si concurren los tres requisitos exigidos en el artículo 4.1 del Código Civil. El primer requisito sería la falta de contemplación del supuesto específico: en este caso solo está regulada la búsqueda del propio origen a través de los nietos. El segundo requisito sería la regulación jurídica semejante que, sí existe con respecto a la de la búsqueda del propio origen del hijo adoptivo, pero no por parte de sus descendientes. Y el último, la «identidad de razón», que es la averiguación de la identidad de la abuela paterna en este caso.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ *Ibidem*. “Que es aquella en la se parte de una disposición concreta de la Ley, para, sobre la base de su razón o idea fundamental, aplicarla a casos semejantes en su esencia jurídica al que la Ley ha regulado, la cual precisamente viene contemplada y recogida de forma expresa en el artículo 4.1 del Código Civil, a cuyo tenor “ procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón” Y en el caso enjuiciado, en que la nieta mayor de edad pide la revelación de los datos biológicos de su abuela paterna, concurren los tres presupuesto señalados en el precepto legal, es decir la falta de contemplación del supuesto específico – no se prevé acción alguna a favor de los nietos -, la regulación de otro semejante -posibilidad de conocimiento de los datos biológicos de sus progenitores por parte del hijo adoptivo, pero no por los descendientes directos de éste- y la identidad de razón – en ambos casos se trata de averiguar la identidad de los ascendientes biológicos (madre o abuela)-.”

³²⁰ *Ibidem*.

La interpretación jurídica que se desarrolló en la sentencia³²¹ fue con respecto a la analogía de la búsqueda de los orígenes biológicos de la nieta. Podemos interpretar que también es aplicable a los hijos de familia monoparental sin reconocimiento paternofilial. El derecho a la búsqueda del propio origen es reconocido por el artículo 39.2 de la Constitución; la resolución a la que nos hemos estado refiriendo señalaba que el principio de investigación de la paternidad y el principio de averiguación de la verdad biológica están muy arraigados al derecho civil de Cataluña, aunque la inclusión del derecho a la búsqueda de los orígenes está únicamente regulada dentro del derecho civil catalán para las personas adoptadas por medio del Decreto de la Generalitat de Catalunya 169/2015, de 21 de julio, por el que se establece el procedimiento para facilitar el conocimiento de los orígenes biológicos.

Para los hijos de familia monoparental sin reconocimiento paternofilial no se prevé el supuesto específico: la falta de regulación jurídica que contemple la búsqueda del propio origen era el primer requisito. El segundo requisito era que, existiese regulación jurídica para la búsqueda de los orígenes biológicos, si bien en ningún caso se contempla como beneficiarios de ese derecho a los hijos de familia monoparental sin reconocimiento paterno. Y el último requisito era la llamada identidad de la razón: la búsqueda de propio origen es la obtención de datos relacionados en averiguar los ascendientes biológicos, No estamos, pues, ante una reclamación de paternidad, sino ante una reclamación de identidad, que es netamente distinto.

2.5 La posición de la doctrina civil mayoritaria en torno a la búsqueda de los orígenes biológicos

La gran mayoría de jurisprudencia dictada por tribunales españoles sobre la búsqueda de los orígenes biológicos tratan de procedimientos de reclamaciones de paternidad iniciadas por la madre o por el hijo; el resto de

³²¹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona Rollo nº 705/1998-B, sección 18ª, de 27 de abril. ECLI:ES:APB:1999:484A.

jurisprudencia la encontramos respecto de las personas adoptadas que exigen de los tribunales información sobre sus ascendientes.

No existe jurisprudencia en otros supuestos. El hijo de familia monoparental sin reconocimiento paternofilial está obligado a iniciar un proceso de reclamación de paternidad con efectos filiatorios³²² si quiere ejercer su derecho al conocimiento de su propio origen reconocido en el artículo 39.2 de la Constitución.

La doctrina aplicada por los tribunales con respecto a la búsqueda del propio origen es muy diversa; se han dictado sentencias de primera instancia en las que se deniega el derecho a poder conocer los orígenes biológicos, por entender el tribunal que no se reúnen los requisitos exigidos en la ley (por no tratarse una persona adoptada) que, en segunda instancia, sí reconocen por analogía ese derecho³²³.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre la doctrina constante y reiterada de la sala sobre la verdad biológica³²⁴. Configura éste como el derecho natural que asiste a todo hijo a saber y conocer quiénes son sus padres. Encuadra el derecho dentro de la tutela judicial efectiva que la ley debe otorgar por estar integrada en la moral-jurídica, además de desprenderse de la normativa constitucional y ser signo de integridad física determinar la genética para garantizar y preservar la salud.

³²² De LORENZI comparte la necesidad de establecer un procedimiento para la búsqueda del propio origen sin que surjan efectos filiatorios así lo señala: “La pretensión de los niños, niñas y adolescentes de *llevar ante los estrados* su pretensión de conocer sus orígenes biológicos choca con la ausencia de su desarrollo legislativo específico sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos en España y de una acción procesal concreta para encauzar la pretensión de conocer los orígenes biológicos sin efectos filiatorios”. Mariana DE LORENZI, *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida* p. 693.

³²³ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de abril, sección 18ª. ECLI:ES:APB:1999:484A.

³²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 250/2002, de 22 de marzo. Sala primera ECLI:ES:TS:2002:2094.

La anterior sentencia citada se pronunció sobre el posible daño que puede ocasionar en una persona menor de edad la ocultación de la paternidad. Señaló que, las mentiras dentro del ámbito de la familia suelen cobrar un precio negativo al imponer al hijo una vida de encubrimientos y engaños, sin perjuicio de que el hijo pueda impugnar la paternidad declarada una vez alcance la mayoría de edad³²⁵.

La jurisprudencia no separa la acción de la búsqueda del propio origen de la consecuencia jurídica de la filiación; en los únicos casos que la jurisprudencia los une es cuando inician el procedimiento personas adoptadas o descendientes directas de ellos. Entendemos que es porque la ley señala que, ya que la determinación de la filiación por naturaleza no afecta a la adopción como señala el artículo 180.4 del Código Civil, no se producirán consecuencias jurídicas en la filiación a partir de la investigación de sus orígenes; simplemente, se tendrá conocimiento de los propios ascendientes biológicos.

El Juzgado de Primera Instancia número 15 de Barcelona inadmitió la demanda presentada por la hija de un padre adoptado en la que la pretensión era conocer la identidad de la abuela biológica paterna, La demanda fue inadmitida por el juzgado en atención al hoy derogado artículo 129 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. El Auto resolvió alegando que la ley solo se refiere a la posibilidad de averiguar la identidad del adoptado respecto de sus progenitores, pero no va más allá.

Este Auto fue recurrido en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona que dictó la resolución por la que afirmaba la autorización de acceder a la petición de la nieta respecto de la abuela, aunque la Sala resolvió que “no procede una interpretación restrictiva del mismo, sino atender a una interpretación extensiva que autoriza también a acceder a la petición de los nietos respecto a los abuelos, siempre que por fallecimiento de padre y abuelos solo pueda acudir al archivo correspondiente, es decir, sin prescindir de los

³²⁵ *Ibidem*.

legitimados en primer término”³²⁶. La Sala señala, como requisito esencial, que las personas legitimadas para realizar dicha averiguación hayan fallecido.

La Audiencia Provincial se pronunció sobre el hecho de que prevalece el derecho sobre los orígenes frente al derecho a la intimidad personal³²⁷. La resolución hace alusión a la Exposición de motivos de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, cuando se refiere a que rige la regla de equiparación de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza, así como el principio de la verdad biológica. Esta regla permite que la persona adoptada pueda realizar las investigaciones necesarias para indagar sobre la identidad de los padres, “aunque sea a los simples efectos del simple conocimiento”³²⁸.

La resolución añade que se protege “el interés de un hijo de saber quiénes son sus progenitores, debiendo incluso primar este derecho sobre el derecho a la intimidad personal proclamado en el artículo 18 de la CE por ser éste el espíritu que se desprende en el citado artículo 28 de la Ley 37/1991”³²⁹. La conclusión es clara sobre el derecho de cualquier hijo (independientemente de su filiación) a saber quiénes son sus progenitores y respecto a qué principio debe primar.

Por tanto, al fin es la doctrina europea la aplicada por tribunales españoles sobre la búsqueda del propio origen.

2.6 La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Entre las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos hay que destacar las más relevantes con carácter internacional, que hacen alusión a

³²⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 122/2007 de 13 de abril. Sección 12ª. ECLI:ES:APB:2007:1714A.

³²⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 232/1996, de 22 de febrero. Sección 12ª. ECLI:ES:APB:1996:1198A.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ *Ibidem*.

la aplicación del artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos con respecto al derecho de la identidad.

Entre ellas, destaca el caso de Marckx contra Bélgica³³⁰. El Tribunal se pronunció con la misma doctrina aplicada sobre el artículo 8, no discriminando entre familia legítima e ilegítima (lo que es compatible con el artículo 14, del Convenio, que prohíbe la discriminación fundada en el nacimiento). El Tribunal advierte que:

El “Comité de ministros del Consejo de Europa considera a la mujer soltera y a su hijo como una familia más, no inferior a las otras (resolución de 15 de mayo de 1970 sobre la protección social de las madres solteras y sus hijos, I, 10; II, 5, etc.). De este modo, el artículo 8 debe aplicarse a la vida familiar de la familia ilegítima de igual forma que a la de la familia legítima”³³¹.

La conclusión es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta que el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos incluye dentro de la vida familiar y privada el derecho de la identidad; el derecho a conocer el propio origen en el sentido de proteger el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo³³². “Así lo ha entendido al establecer de forma reiterada que “el artículo 8 recoge el derecho a la vida privada, y que el derecho a la identidad forma parte del mismo. (...) El respeto a la vida privada exige que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano”³³³.

La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 aprobó la Carta Europea de Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992³³⁴; en ella se estableció, en su apartado 7 párrafo 11, que:

“Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las

³³⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 6833/74, de 13 de junio de 1979.

³³¹ *Ibidem*.

³³² Laura FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *El derecho a la identidad: tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*, p. 85.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ Boletín de las Comunidades Europeas DOCE número C 241.

informaciones relativas a sus orígenes biológicos, así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros”.

La Carta Europea de los Derechos del Niño no se dirige en exclusiva a las personas adoptadas o que hayan sido tuteladas; únicamente hace alusión al derecho a la identidad que tienen los niños que carecen de todos los datos sobre sus orígenes biológicos. El cumplimiento por parte de los Estados del respeto a los derechos humanos de la Unión Europea se valoró en un informe³³⁵ en el que se reafirman los principios que contiene la Resolución de 11 de marzo de 1993, sobre el respeto de los derechos humanos, garantizando su protección. No aparece en este informe ninguna mención sobre el derecho a la identidad (encuadrada en la búsqueda del propio origen), sino solo del derecho a la identidad religiosa. Eso sí, hace mención al principio de dignidad de la persona humana, como parte de las combinaciones e influencias, junto a la inviolabilidad y la autonomía, de las que forman los principios de los derechos humanos, que son indivisibles y universales³³⁶.

El Tratado de Maastricht hace referencia expresa, en su artículo 2, al respeto de los derechos humanos, entre los que incluye los derechos de las personas que forman parte de las minorías a no ser discriminados; entre ellos trata de forma especial los derechos del niño³³⁷. Lo dispuesto en el Tratado tuvo una repercusión reducida, al no estar sometido a la comprobación pro parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea³³⁸.

Con la Resolución de 17 de septiembre de 1996 se consolidaron los principios de los derechos humanos establecidos por la Unión Europea para su respeto y cumplimiento, al igual que lo establecido en el Tratado de Maastricht.

³³⁵ Informe anual sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea (1994) de 1 de julio de 1996.

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea, Maastricht, 7 de febrero de 1992. Entrado en vigor el 1 de enero de 1993. Diario Oficial de La Unión Europea C83/13. Ratificado por España por el BOE número 11, de 13 de enero de 1994, p.858 a 926.

³³⁸ Laura FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *El derecho a la identidad: tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*, p. 86.

La Unión Europea asumió la protección del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales para garantizar su eficacia a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³³⁹.

2.7 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Uno de los casos más relevantes de la Corte interamericana de Derechos Humanos es el de Fornerón e hija contra la República Argentina. En octubre de 2006 la Comisión Interamericana declaró admisible la petición sobre la presunta violación de diversos artículos de la Convención Americana de los Derechos Humanos³⁴⁰. El caso denunciado por el señor Fornerón exponía que su hija fue entregada por la madre biológica (la Sra. Diana Elizabeth Enríquez) a un matrimonio en guarda preadoptiva sin el consentimiento del Sr. Fornerón.

Cuando la madre biológica entregó a la hija negaba al señor Fornerón que él fuera el padre biológico; no obstante, pocos días después de la entrega, sí confesó al demandante que era el padre. Ante esta revelación, él reconoce en el Registro Civil a su hija. El 1 de agosto de 2000, un mes y medio después del alumbramiento, el matrimonio que tenía la guarda preadoptiva solicitó la guarda judicial de la niña. El juzgado de primera instancia que vio el caso tuvo conocimiento de que el Sr. Fornerón ya había reconocido a su hija con anterioridad.

El 18 de octubre de 2000, el Sr. Fornerón solicitó al juez la interrupción de la guarda preadoptiva y la entrega de la guarda provisional. Ante la negativa de la madre biológica sobre la paternidad del Sr. Fornerón se dispuso la práctica de la prueba de ADN, de la que se confirmó la paternidad del Sr. Fornerón. En marzo de 2001 el juez del juzgado de primera instancia ordenó que se realizara un

³³⁹ FERNÁNDEZ ECHEGARAY afirma que, no existe un procedimiento de valoración y de inspección que controle la vulneración de los derechos humanos. *Ibidem*.

³⁴⁰ Violación de los artículos 1.1, 8,17,19, y 25 de la Convención americana sobre los Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

informe psicológico sobre los posibles daños que podía sufrir la niña si se la entregaba al Sr. Fornerón; este informe (realizado en mayo de 2001), concluyó que la niña sufriría un grave perjuicio³⁴¹.

El juez de primera instancia optó por otorgar la guarda judicial de la hija al matrimonio que había ostentado la guarda preadoptiva. La motivación se basa en que la hija no es fruto del amor³⁴² y tampoco del deseo de formar una familia. La negativa de la madre biológica a la entrega de la niña al Sr. Fornerón evidencia la existencia de un grave conflicto entre ambos progenitores, además de la ausencia de familia biológica³⁴³; al entregar la niña al padre no contaría con la figura materna. De ahí que el juez sustente que debe primar el interés superior de la niña³⁴⁴. El Sr. Fornerón continuó con el procedimiento, apelando las resoluciones judiciales del país, que le negaban recuperar la guarda de su hija.

El 4 de mayo de 2011 la Sala Civil y Comercial del superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos celebró una vista en la que exploró a la niña, que manifestó

³⁴¹ “Sería sumamente dañino psicológicamente para la niña el traspaso de [la] familia a la que reconoce [...] a otra a la que desconoce [, y que] el alejamiento de la niña de sus afectos y de su ambiente sería sumamente traumático, pudiéndole ocasionar daños emocionales graves e irreversibles, más aún [si] atravesó ya por una primera situación de abandono” Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de abril de 2012. Caso Forneron e hija vs. Argentina, p. 12.

³⁴² La Corte se reiteró en el sentido de la Sentencia de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Panamá de 10 de junio de 2003, supra nota 36, folio 137. “En este sentido, uno de los jueces de Cámara indicó: “[M] nació fruto de la relación de [el señor] Fornerón con la madre de aquella [...] y estimo que no corresponde [...] valorar si existía o no amor entre ellos. La pretensión del padre es legítima y de compartirse el criterio impugnado, serían numerosas –por ejemplo- las acciones de filiación que fracasarían. [El señor Fornerón] nada tuvo que ver con la entrega de la recién nacida [y] no se le puede perjudicar [...] porque no haya formado una familia con [la señora] Enríquez y [...] la falta del querer hacia la hija por parte de la madre, no significa que deba ocurrir lo mismo con el padre [L]a denegación, en su concepto, aparece no solo como un exceso sino también como una suerte de sanción ante la conducta omisiva inexistente”. *Ibidem*, p. 31.

³⁴³ La Corte consideró como una idea preconcebida por el juez de primera instancia el hecho “como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un Derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre”. *Ibidem*.

³⁴⁴ “Sin dejar de evaluar los derechos del padre, prima el interés superior de la niña, quien, a criterio de la perita, sufriría un daño irreparable si fuese entregada al señor Fornerón”. *Ibidem*, p.13.

que el Sr. Fornerón era un desconocido para ella, pero que podría intentar alguna forma de acercamiento para ir conociéndolo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos hace alusión a diferentes aspectos a tener en cuenta con respecto al caso Fornerón e hija. Se reitera que el interés superior del niño es un principio fundado en la dignidad del ser humano y sobre todo en las características especiales propias de los niños, que necesitan favorecer su desarrollo y el pleno aprovechamiento de sus potenciales (como requiere y establece la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de Convención Americana sobre Derechos Humanos)³⁴⁵.

La Corte también hace referencia a que, en los casos relacionados con custodia de los niños, el mero trascurso del tiempo juega en contra del carácter irreversible e irremediable de la situación provocada. Las dilaciones temporales³⁴⁶ de estos procedimientos pueden volver perjudicial los intereses de los niños y a la de los padres biológicos³⁴⁷.

La Corte afirmó que el proceso judicial no había garantizado el derecho a la familia ni el derecho a identidad del Sr. Fornerón y su hija; el padre nunca tuvo la oportunidad de ser escuchado fuera de la aprobación del proceso de adopción, iniciado de forma ilegal, que se llegó a denominar como un «proceso de apropiación»³⁴⁸.

La perseverancia e insistencia del padre biológico por recuperar a su hija es analizada por el tribunal de forma exhaustiva, en especial, su voluntad de acceder a la prueba de ADN, o el hecho de acudir a todas y cada una de las vistas orales, aun viviendo a más de 100 kilómetros de la localidad donde se

³⁴⁵ Establece medidas especiales de protección. *Ibidem*, p.19.

³⁴⁶ Así lo manifiesto también el Ministro de Justicia, Seguridad y derechos Humanos de la Nación que sostuvo: “se trata de un caso paradigmáticamente grave, con una reprochable conducta de funcionarios judiciales quien[es] en vez de proteger y reparar la violación de los derechos de una niña y su progenitor, optaron por dilatar el proceso y fabricar un contexto fáctico irreversible que luego les sirvió de fundamento para su decisión”. *Ibidem*, p. 20.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 21.

tramitaba el procedimiento. La demora de tres años y ocho meses en el proceso de primera instancia y la demora en segunda instancia de más de dos años provocaron que la hija del Sr. Fornerón creara mayores vínculos con los guardadores, elemento utilizado para mantener la adopción y rechazar la solicitud de guarda de la niña hecha por el padre biológico³⁴⁹.

El reconocimiento en Argentina en el Registro Civil por parte del Sr. Fornerón le otorgaba todos los derechos y deberes que el reconocimiento de la filiación establece³⁵⁰.

Con respecto al derecho a la identidad, que es el principal objetivo de esta investigación, la Sentencia de la Corte Interamericana afirmó que la niña había sido obligada a vivir con una familia que no era la suya verdadera y que se le había impuesto un nombre y unos apellidos distintos a los establecidos por su padre biológico, con la consiguiente pérdida de su identidad y de su herencia genética³⁵¹.

La sentencia de la Corte hace referencia a la búsqueda de los orígenes biológicos, en el sentido del derecho que tienen todos los niños a crecer en su familia de origen³⁵²; concluye afirmando que, ante la falta de uno de los progenitores biológicos, las autoridades judiciales tienen la obligación de

³⁴⁹ La Corte interamericana de Derechos Humanos concluyó que, el Estado había violado el Derecho a un proceso tramitado en un periodo razonable establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

³⁵⁰ “En Argentina el reconocimiento de paternidad en el Registro Civil otorga al padre todos sus derechos y deberes como progenitor...” “ese reconocimiento de por sí, jurídica y legalmente, y mientras no fuera impugnada su paternidad, le otorgaba el carácter invocado y con todos los derechos y deberes que ello conlleva y los que no fueron [...] merituados”. *Ibidem*, p. 28.

³⁵¹ Así reconoce La Corte el derecho a la identidad de la hija del Sr. Fornerón “el derecho del niño es ante todo el derecho a adquirir y a desarrollar una identidad y consecuentemente a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes”. *Ibidem*, p. 36.

³⁵² “Es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica”. *Ibidem*, p. 37.

averiguar y buscar al padre o madre o a los familiares biológicos más cercanos³⁵³.

La Corte reiteró la interpretación realizada por el mismo tribunal en la sentencia del caso Contreras y otros contra El Salvador, sobre el derecho a preservar la identidad³⁵⁴. La identidad entraña una importancia esencial durante la época de la niñez y afecta al desarrollo de la persona. La identidad no es un derecho que afecte en exclusiva a los niños, sino que la construcción de la identidad alcanza las diferentes situaciones o entornos que puedan suceder desde la niñez hasta la edad adulta³⁵⁵.

En el caso de Contreras y otros contra El Salvador, la perito que intervino evacuó un informe sobre las consecuencias psicosociales y las secuelas que le habían ocasionado a la niña Gregoria Herminia Contreras la separación forzosa de sus progenitores por parte los llamados operativos contrainsurgencia durante los años 1981 y 1983 por el conflicto armado en El Salvador³⁵⁶.

La perito indica que, desde la ciencia de la psicología, la identidad responde a una pregunta básica que muchas de las personas que carecen de los datos genéticos de sus padres se hacen: «¿quién soy yo?»³⁵⁷; esta necesidad de averiguar la identidad es una necesidad básica de todo ser humano³⁵⁸ y así lo expresó la perito en su dictamen. La declaración que realiza

³⁵³ *Ibidem*.

³⁵⁴ “El tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso” *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011, p. 43.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ “Gregoria tiene un dolor muy profundo por el abandono, por no haber podido tener el amor y las caricias y el afecto. Cuando un niño es pequeño lo que tiene que dedicarse es a jugar y a fantasear, Gregoria tuvo que dedicarse a sobrevivir y, además, la maltrataron y [...] la violaron”. Además, calificó esos años de la vida de Gregoria Herminia de “maltrato general” y de “contexto deshumanizante [...] cotidiano”, durante el cual se la acusaba “de ser guerrillera”. *Ibidem*, p. 36.

³⁵⁷ *Ibidem*, p.43.

³⁵⁸ “Es el centro de gravedad en torno al que la persona se desarrolla y es como un ser en el mundo, es tu lugar o tu lugar, tu ser en el mundo a partir de la identidad, pero también la identidad

Gregoria (la niña sustraída de forma forzosa) ante la audiencia pública de la Corte Interamericana el 17 de mayo de 2011, plasma la realidad de los efectos y las secuelas de la pérdida de identidad que sufrió durante toda su vida de cautiverio³⁵⁹.

El desconocimiento de Gregoria sobre su verdadero nombre y de los apellidos que por filiación biológica le correspondían, el saber su edad, el ignorar si sus padres estaban vivos y entender por qué y cómo acabo desaparecida... Todo este conjunto de preguntas que siempre se hizo, compuso una identidad falsa sobre sí misma, porque las especulaciones sobre su identidad no fueron completadas hasta que descubrió quién era en realidad. Ese es el verdadero objetivo de preservar el derecho a la identidad, que es consustancial a la dignidad del ser humano.

El Comité Jurídico Interamericano emitió una opinión³⁶⁰, solicitada por la presidenta del Consejo Permanente en el 2007, sobre el alcance del derecho a la identidad. Este Comité jurídico solicita que se delimite y analice el alcance del derecho a la identidad y se defina, en la medida de lo posible, hasta dónde

tiene una perspectiva dialéctica entre el yo individual y entre el yo social, el ser humano se desarrolla en la sociedad, uno cobra su identidad primero en los marcos de referencia primaria que es la familia, la mamá, el papá, pero se desarrolla en los marcos sociales en los que se inserta esto es comunidad, esto es lugar, esto es otras familias. Y no hay un yo por tanto que no sea un yo social, no está separado, somos seres sociales... El derecho a un nombre y a una nacionalidad es universal, pero al mismo tiempo la identidad conlleva el conocimiento de la familia y a mantener vínculos cercanos, el legado de costumbres y tradiciones del entorno y de los antepasados". *Ibidem*.

³⁵⁹ "Fue gracias a Pro-Búsqueda que yo me enteré que sí estaban vivos mis padres, porque para mí todo el tiempo ellos estaban muertos, y al enterarme de que ellos estaban vivos fue para mí una ilusión bonita, porque yo por lo menos iba a saber quién era yo, como me llamaba en realidad, cuántos años tenía, porque yo siempre fui tratada de que vos ya sos vieja, vos tenés que hacer esto, y les decía no puedo porque lavar un pantalón de lona grande yo no podía, yo les decía no puedo, no es que tú ya eres vieja, lo que pasa es que no creciste y siempre me trataban así". *Ibidem*, p. 44.

³⁶⁰ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad. 71º Periodo ordinario de sesiones, 30 de julio al 10 de agosto de 2007. Rio de Janeiro, Brasil. OEA/Ser.Q. CJI/doc.276/07 rev.1.

alcanzan las consecuencias e intersecciones jurídicas con otros derechos, así como las obligaciones internacionales y nacionales³⁶¹.

La identidad está compuesta por diversos aspectos, tales como los sociológicos, los psicológicos, los socioculturales o los políticos, pero el Comité jurídico se limitó a analizar el tema desde el prisma jurídico. Se centró, principalmente, en la jurisprudencia, en el derecho internacional y en los instrumentos universales como la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser un instrumento de gran trascendencia para el tema³⁶². El Comité hace una valoración de todas las normas a tener en cuenta sobre el derecho a la identidad, aunque sin limitarse en exclusiva a ellas³⁶³.

Pese a todo, ninguna de las normas comentadas lo menciona de forma tan directa como los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que alude al derecho a la identidad. La opinión afirma que es obvio que el derecho reconocido por la Convención a preservar la identidad del niño debe acompañar a la persona en todas las etapas de su vida. El derecho a la identidad es inherente al ser humano nace y muere con la persona, de ahí que, sea un derecho que le acompaña y es constante en todas y cada una de las etapas de su vida.

El derecho a la identidad está formado por todo un conjunto de elementos; existen derechos que conforman el llamado «derecho a la identidad estática», como son el nombre, nacionalidad, el derecho a ser inscrito inmediatamente tras

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ “Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos); artículo 2 (Debe Adoptar Disposiciones de Derecho Interno); artículo 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); artículo 17 (Protección a la Familia); artículo 18 (Derecho al Nombre); artículo 19 (Derechos del Niño); artículo 20 (Derecho a la Nacionalidad); artículo 24 (Igualdad ante la Ley); artículo 25 (Protección Judicial) y artículo 27 (Suspensión de Garantías... Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se consignó en el artículo XVII que “toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones...”. Disposiciones semejantes fueron incorporadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 6), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 3) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 16”. *Ibidem*.

el nacimiento (o derecho a la filiación), etc.; pero la extensión de la identidad es más amplia y se construye a partir de la «identidad dinámica», de la que forman parte el reconocimiento de la personalidad jurídica o el derecho a la igualdad.

El alcance más relevante de este derecho es la construcción de un carácter autónomo propio de cada individuo. A la vez, el derecho a la identidad tiene un valor instrumental para las personas al posibilitarles el ejercicio de los diferentes derechos civiles, sociales, culturales o políticos³⁶⁴ dentro de un Estado democrático que fortalece los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos. La privación de este derecho por ausencia de legislaciones internas de los Estados pone en dificultades el acceso a los derechos fundamentales³⁶⁵, creando discriminación³⁶⁶, y obstaculiza los derechos de las personas al reconocimiento de su personalidad.

De la interpretación que hace Comité Jurídico Interamericano³⁶⁷ se pone de manifiesto que las carencias legislativas sobre el derecho a la identidad dentro de la normativa jurídica interna de un Estado para el ejercicio efectivo que garantice el derecho, colocan a las personas en una situación que les impide el acceso efectivo a los derechos fundamentales. El legislador español no ha legislado sobre el derecho a la identidad ni sobre el derecho a la búsqueda del propio origen con un carácter general, sino que solo ha regulado el tema para una figura jurídica: las personas adoptadas. Ante esta interpretación del Comité jurídico Interamericano podemos estar ante un acto discriminatorio del Estado

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ *Ibidem*, p.4.

³⁶⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que, “El carácter de *jus cogens* del principio de no discriminación implica que, por su carácter perentorio, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que los contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario” Opinión Consultiva – OC-18/2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”.

³⁶⁷ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad. 71º Periodo ordinario de sesiones, 30 de julio al 10 de agosto de 2007. Rio de Janeiro, Brasil. OEA/Ser.Q. CJI/doc.276/07 rev.1. p. 4.

español que obstaculiza el acceso al derecho de todas las personas que desconocen su propio origen y que buscan su identidad.

El Comité concluye afirmando que el derecho a la identidad es calificado como un derecho humano de carácter fundamental, que no permite derogación ni suspensión. El ejercicio de este derecho está sujeto a la normativa interna de cada país y a los límites del derecho internacional. Es un derecho autónomo, no sujeto a otros derechos; se complementa con otros derechos para su pleno ejercicio. Está compuesto de un núcleo primario, como es el derecho al nombre, a la nacionalidad, a las relaciones familiares entre otros aspectos, centrados en la identidad estática. Es calificado como un derecho humano; el Comité destaca que debe asegurarse la identidad del niño por su especial vulnerabilidad y, en especial, la protección y su interés superior. Finalmente, afirma que un registro universal es garantía básica de que el derecho a la identidad pueda ser eficaz³⁶⁸.

El interés superior del niño es parte integrante de los derechos que conforman el derecho a la identidad, junto con el derecho a la dignidad humana.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 5.

3 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA BÚSQUEDA DEL PROPIO ORIGEN

Nos referiremos, en adelante, al interés superior «del niño» y no «del menor» por entender que la palabra «menor» implica una idea peyorativa sobre el niño³⁶⁹.

El legislador plasmó el principio del interés superior del niño con el claro objetivo de preservar la seguridad e integridad psíquica y física de la infancia por encima de cualquier norma procesal o derecho fundamental.

El artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, establece que cualquier medida que afecte o concierne a los niños tomada por una institución (pública, privada, legislativa o procesal) siempre debe tener en cuenta como objetivo primordial su interés superior. El principio obliga a los Estados a reconocer la garantía del ejercicio de los derechos humanos de uno de los grupos más vulnerables de la sociedad, que son los niños. El interés superior del niño no aparece como un concepto nuevo en la Convención porque ya existía con anterioridad³⁷⁰.

El objetivo que se pretende al conceptualizar el interés superior del niño es garantizar el disfrute completo y la efectividad de todos los derechos que le están reconocidos en la Convención. No existe jerarquía de derechos dentro la Convención: “todos los derechos previstos responden al «interés superior del

³⁶⁹ José Luis AGUILERA GARCÍA y Mario ANDRÉS CANDELAS, “Niños, niñas, adolescentes... ¿o simplemente “menores”? un cambio semántico necesario en la educación social”, p.330-336.

³⁷⁰ “Al promulgar leyes con este fin, la consideración de fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” ya lo consideró como fundamental, que debía primar sobre cualquier otra cuestión. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959: principio 2. También aparece redactado como que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1981. Artículo 5b, artículo 16d y 16f.

niño», pero ningún derecho debe verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño”³⁷¹.

Para la correcta aplicación del concepto del interés superior del niño hay que centrarse siempre en sus derechos y deben intervenir todas las personas afectadas. Con eso nos referimos a que los niños deben tomar parte en todo lo que les afecte³⁷² para “garantizar su integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas (...) y promover su dignidad humana”³⁷³.

3.1 Incorporación a la normativa estatal del principio del interés superior del niño

La incorporación del interés superior del niño en el conjunto de normas jurídicas de Cataluña se llevó a cabo a través de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, actualmente derogada. En el preámbulo se establecía que en cualquier intervención que afecte al adolescente (en este artículo no enmarca a los niños en general, sino a los adolescentes con conductas de alto riesgo social) se reconoce la prevalencia del interés superior sobre cualquier otra circunstancia coincidente. Interpretamos que el legislador quiso ampararlos siempre que sean niños, teniendo en cuenta que, frente a cualquier conducta delictiva, prevalezca su interés superior.

La disposición adicional de la citada ley anterior dispone que las administraciones públicas de Cataluña deben tener en cuenta este principio siempre que dispongan cualquier actuación. Entre ellas, la protección de la infancia y de la adolescencia debe basarse en el interés superior del niño y

³⁷¹ COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. CRC/C/GC/14. 29 de mayo de 2013.

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ *Ibidem*.

fundarse en los principios fundamentales de libertad, dignidad e identidad, y en las características de los niños, tanto individuales, como colectivas.

En el conjunto del Estado español se incorpora el principio del interés superior del niño en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil. La exposición de motivos configura su generalización como un principio que debe inspirar todas las actuaciones que tengan relación con los niños, en todos los ámbitos administrativos y judiciales, además de incrementar las facultades del Ministerio público con relación a los niños. El texto legal dedica un capítulo de título I, al ámbito e interés superior del niño.

Aunque el interés superior del niño en principio se incorpora como un “concepto indeterminado”, el legislador estatal señala los criterios generales³⁷⁴ a tener en cuenta. Estos criterios se analizan teniendo en cuenta diferentes elementos, como son la edad y la madurez del niño, garantizando siempre la igualdad y la no discriminación ante cualquier vulnerabilidad que ostente en ese momento.

³⁷⁴ a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Artículo 2.2. *Ibidem*.

El interés superior del niño prevalece frente a cualquier otro sujeto³⁷⁵, y así lo señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁷⁶. En este caso fue frente a la autoridad local responsable de la protección de la infancia del Reino Unido. El Tribunal respondió a cuestiones prejudiciales en un proceso de sustracción internacional. La cuestión de fondo común a todo lo planteado fue la prevalencia del interés superior del niño, ya que él es el sujeto a proteger frente a cualquier otro que esté implicado³⁷⁷.

Pero no siempre se aplica el interés superior del niño como herramienta de protección, y así lo interpretó el Juzgado de Primera Instancia número 77 de Madrid, en la sentencia de 19 de febrero de 2019, afirmando que “la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del niño ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”³⁷⁸.

Esta sentencia fue recurrida en apelación. La Audiencia Provincial de Madrid afirmaba que el niño forja su personalidad a partir de los dos años de edad, cuando toma conciencia de sí mismo dentro de una familia, como realidad que le rodea. Existe en el caso un entorno familiar formado por la madre no gestante, que él identifica y considera como su madre, y por los abuelos, frente a los que se identifica como nieto. El tribunal reconoce que debe proteger el interés superior del niño en relación a su identidad dentro de la relación establecida en el núcleo familiar en el que convive actualmente y que se ampara

³⁷⁵ Antonio MERCHÁN MURILLO, “El interés superior del menor como cuestión de fondo”, pp. 635-644.

³⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala primera. Asunto C-325/18 PPU y 375/18 PPU, de 19 de septiembre de 2018.

³⁷⁷ Antonio MERCHÁN MURILLO, “El interés superior del menor como cuestión de fondo”, pp. 635-644.

³⁷⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 14547/2020, de 1 de diciembre. ECLI:ES:APM:2020:14547

en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que insta a no modificar el modelo de familia en el que convive el niño en la actualidad³⁷⁹.

El tribunal hace hincapié en el derecho a la no discriminación en función de la filiación, porque afirma que es de orden público, y añade que “el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado”³⁸⁰ por parte de las autoridades públicas o de instituciones privadas. Esta apreciación se debe aplicar antes y después de la gestación, con el fin de que la norma interna, como cuestión de orden público, no perjudique a los niños³⁸¹. El tribunal reflexiona sobre la no discriminación por razón de filiación como obligación del Estado de protección del orden público. Esta protección del orden público debe aplicarse a todos las discriminaciones por razón de nacimiento, incluso en los casos de gestación por sustitución; los hijos nacidos a través de estas técnicas no deben verse perjudicados por el hecho de que hayan nacido de una gestante subrogada, empezando por su derecho de adquirir la nacionalidad o la identidad³⁸².

El tribunal se refiere a la «identidad», refiriéndose a que todo niño tiene derecho a un nombre y a unos apellidos. Pero no todos los niños nacidos por gestación por sustitución tienen la posibilidad de ejercer el derecho a la búsqueda de sus orígenes biológicos para conformar su derecho a la identidad como signo de la personalidad. En los casos en que el padre sea el biológico, tendrá asegurada la información del propio origen solo de la parte paterna; pero existirá una discriminación por razón de nacimiento cuando quiera ejercer la

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ “Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, como la del caso italiano, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre 2003 -caso García Avello, y 14 de octubre de 2008- caso Grunkin-Paul). *Ibidem*.”

³⁸² *Ibidem*.

búsqueda del propio origen con respecto a la madre biológica, al no estar reconocida a los niños nacidos por gestación por sustitución. Peor aún será cuando no exista ningún vínculo genético entre el hijo y los padres que optaron por la gestación por sustitución.

El interés superior del niño es una herramienta viva de la que deben tomar conciencia los encargados de su interpretación, para hacerlo dentro de la realidad social y familiar del momento actual³⁸³. Les corresponde a las autoridades nacionales de cada país indagar si se ha interpretado y garantizado de conformidad con las garantías del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950³⁸⁴.

En nuestra legislación estatal. a lo largo de los veinte años de vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se han producido muchos cambios sociales sobre la situación de los niños, y con base en ellos los poderes públicos deben instrumentar los elementos necesarios para la protección y cumplimiento del mandato constitucional del citado artículo 39 de la Constitución.

La modificación del sistema de protección se realiza a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El objetivo principal de la modificación fue el de reforzar el derecho del niño y priorizar su interés superior como principio

³⁸³ "La sentencia del TEDH, que también recoge la sentencia de la que trae causa este voto particular, dictada el 28 de junio de 2007 -caso Wagner- en interpretación del artículo 8 del Convenio. La Convención, dice, es "un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales". *Ibidem*.

³⁸⁴ "La sentencia de 10 de abril de 2012 -caso K.A.B.-: " No puede sustituirse a las autoridades nacionales en esta tarea ni, por lo tanto, pronunciarse sobre la decisión judicial relativa al interés superior del niño o sobre la adopción de éste, pero le corresponde indagar si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, se respetaron las garantías del artículo 8 del Convenio, teniendo en cuenta, en particular, el interés superior del niño (véase, *mutatis mutandis*, Neulinger y Shuruk c. Suiza [GC], n 41615/07, § 141, CEDDH 2010-...).". Ciertamente es que este interés superior no impide que se produzcan situaciones como la descrita en la sentencia en un supuesto de acciones de impugnación de filiación, ni impide que los padres puedan desaparecer de la vida de los menores, física o jurídicamente. Ocurre que el interés en abstracto no basta y que, como se ha dicho, en feliz expresión, "no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada". *Ibidem*.

fundamental. Las diversas interpretaciones del Tribunal Supremo, a la vez que la Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Derechos del Niño, hacen necesario que el interés superior del niño sea una consideración primordial que tenga que ser incorporado a la normativa estatal a través de la modificación del sistema de protección.

Esta ley conceptúa el interés superior del niño en un contenido triple: como derecho sustantivo, como principio general interpretativo y como norma de procedimiento. A través de estas tres dimensiones, el legislador quiso asegurar el acatamiento completo y la efectividad de todos los derechos de los niños.

Actualmente, se ha desarrollado el proyecto a punto de ser ley de las familias³⁸⁵. En este se reconoce que no se debe sufrir discriminación en el ejercicio de los derechos, con independencia de cuál sea el modelo de familia. La discriminación por razón de nacimiento se amplía, garantizando los derechos por igual a los hijos de cualquier modelo de familia. Esta toma como principios y objetivos los de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, además los de la Constitución. No obstante, la familia formada por el hijo de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paterno-filial seguirá quedando discriminada con respecto a la familia matrimonial, porque no se equipará en el ejercicio de sus derechos a la hora de atribuirle una filiación paterna en el momento de su nacimiento.

El interés superior del niño debe ser adoptado respetando las garantías en el proceso; una de ellas es que todo niño tiene derecho a ser informado, oído y escuchado, en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en el que se encuentre afectado, como lo señala el artículo 9 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

³⁸⁵ SECRETARÍA DE ESTADO DE DERECHOS SOCIALES, DEL MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030. Proyecto de Ley de Familias.

3.1.1 La triple dimensión: un derecho, un principio y una norma de procedimiento

El Comité de los Derechos del Niño señala³⁸⁶ que el interés superior del niño se debe entender desde una triple dimensión:

- a) La primera, como derecho sustantivo del niño. Éste debe considerarse siempre como primordial a la hora de valorar los distintos intereses en juego cuando se tomen decisiones que versen sobre un niño. Además de garantizar que ese derecho se adoptará siempre que afecte cualquier decisión a un niño, esta aplicación es directa e inmediata, e invocable ante cualquier tribunal.
- b) La segunda, un principio jurídico que se debe interpretar como fundamental. Si existe más de una interpretación que conduzca a diferentes resultados, se debe aplicar la que satisfaga de forma más positiva al interés superior del niño, y
- c) La tercera, la norma de procedimiento. Cuando afrontemos cualquier decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños o a los niños en general, deben tenerse en cuenta las posibles consecuencias, tanto positivas como negativas para el niño. Se debe motivar que se ha tenido en cuenta claramente ese derecho.

Los Estados parte que integren dentro de sus ordenamientos jurídicos la aplicación del interés superior del niño deben explicar cómo se ha tenido en cuenta en la decisión y cómo lo han considerado frente a otras consideraciones.

³⁸⁶ COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. CRC/C/GC/14. 29 de mayo de 2013.

3.1.2 El principio de audiencia o derecho a ser escuchado

El derecho que impone el interés superior del niño abarca el respeto que tiene todo niño a expresar libremente su parecer en todos los procedimientos que le afecten³⁸⁷. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que sus artículos 3 y 12³⁸⁸ mantienen un vínculo indisoluble; no pueden concurrir independientemente el uno sin el otro; mantienen unas funciones que se complementan entre sí; el primero establece que su objetivo es hacer realidad el interés superior del niño y el segundo la metodología para poder escuchar lo que opina del asunto que le afecta³⁸⁹.

La Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, realizó una modificación de forma más detallada en la normativa estatal sobre el derecho fundamental del niño a ser escuchado se integró el artículo 9 según la observación general número doce³⁹⁰ para trasladar y adaptar lo estipulado en por el Comité de los Derechos del Niño³⁹¹. El Comité observó que, en la mayoría de las sociedades del mundo, se obstaculiza el derecho que tiene el niño a expresar y dar su opinión sobre todas las cuestiones que le afectan directamente. El niño se encuentra con barreras políticas y económicas, además de prácticas y de actitudes habituales que dificultan que se le escuche dentro de los procedimientos en los que él es el afectado, en especial cuando se trata de niños pequeños.

La condición para poder ejercer el derecho a ser escuchado tiene que ver con la edad y madurez del niño. Esta combinación abre la puerta a poder

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Artículos 3 y 12.

³⁸⁹ COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 14* (2013).

³⁹⁰ Observación General número 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño, celebrado en Ginebra, el 25 de mayo al 12 de junio de 2009. 51º período de sesiones.

³⁹¹ COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 12* (2009), sobre el Derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

escuchar a cualquier niño, siempre que tenga la suficiente madurez. La opinión del niño debe tomarse siempre en consideración de forma seria cuando se aprecie que es capaz de formarse un juicio propio y que comprende las consecuencias del asunto que le afecta³⁹².

El Comité hace referencia al sentimiento de identidad como signo de fortalecimiento cuando participa en situaciones de crisis o posteriores a una crisis. Afirma que existen pruebas de que, en situaciones de conflicto, la participación en su resolución les ayuda a retomar el control de su vida, contribuyendo a la rehabilitar y a fortalecer el sentimiento de identidad³⁹³.

3.2 La dignidad humana fundada en el principio del interés superior del niño

El respeto al interés superior del niño es un principio jurídico que debe establecerse en todas las normas jurídicas que regulen cualquier decisión que afecte a los niños, niñas y adolescentes, porque éstas se fundan en la dignidad misma del ser humano³⁹⁴, atendiendo a sus características propias y favoreciendo el crecimiento de éstos para su desarrollo³⁹⁵. Este principio debe tener siempre en cuenta los máximos cuidados especiales que garanticen las medidas de protección por su condición de niño, ante su familia, ante la sociedad o ante el Estado como señala el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica).

³⁹² *Ibidem*.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012). Caso Forneron e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. Recuperado de: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general Nº 14* (2013), p. 19.

³⁹⁵ *Ibidem*.

Los niños, como seres vulnerables de la sociedad, deben protegerse por encima de todo abuso o vulneración de sus derechos, porque además de niños son seres humanos que tienen el derecho a que se les reconozca su dignidad tal como dispone el artículo 11 del mismo texto legal.

Cuando nos referimos a la dignidad humana, podemos apreciar que la imprecisión en su definición ha provocado diferentes puntos de vista con respecto a sus implicaciones prácticas. Desde las diferentes posiciones filosóficas de la moral y de la política sobre el concepto de la dignidad, se han introducido diversos posicionamientos que han creado debate sobre la indignidad de ciertas actitudes sociales y psicológicas, de personas o de grupos³⁹⁶.

El concepto que, desde la visión filosófica de la Iglesia católica se hace sobre la dignidad humana está basado en elementos sobrenaturales cultivados en la fe católica³⁹⁷. El tema sobre la relevancia de las encíclicas sociales de la iglesia católica se convirtió en el fundamento de la perspectiva moral de la dignidad humana en el Concilio Vaticano II; en él se reconocía como principio de la dignidad humana la libertad religiosa de todo ciudadano³⁹⁸.

El Convenio Europeo de los Derechos Humanos reconoce la dignidad inherente de todos los seres humanos a la vida como un valor fundamental dentro de las sociedades democráticas; este reconocimiento se hizo con respecto a la abolición de la pena de muerte³⁹⁹. La dignidad es inherente a

³⁹⁶ Discursos como los debates sobre la eutanasia, la clonación, el aborto. Antonio PELÉ ILLIE. *La dignidad humana*.

³⁹⁷ “El primer concepto de dignidad de la persona humana, deviniendo en seguida la trascendencia del mismo concepto, aparece en la encíclica *Pacem in terris*, proclamando que ‘De igual manera, Dios creó el hombre a sus imagen y semejanza (cf. Gn 1, 26), dotándole de inteligencia y libertad, y le constituyó señor del universo...’ (Juan XXIII, 1963, n, final)”. Adão DE SOUZA PIRES, Lafayette POZZOLI y Gilmar SIQUEIRA, “Doctrina social de la iglesia católica: trascendencia y derecho en el concepto de la dignidad humana”, p. 28.

³⁹⁸ *Ibidem*, p.30.

³⁹⁹ Instrumento de Ratificación del Protocolo número 13 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte

nuestra esencia como seres humanos por el solo hecho de nacer, así lo reconoce en artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. La sociedad ha ido evolucionando sobre los derechos humanos, desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial hacía una igualdad y no discriminación de hombres y mujeres que cause perjuicio a la dignidad del ser humano.

Todos los conceptos morales asientan su procedencia, en principio, en la razón⁴⁰⁰. Esta razón se refiere a la máxima voluntad que, de forma universal, legisla la voluntad y las acciones por la idea de la dignidad de un ser que razona y obedece a las normas que él se da a sí mismo⁴⁰¹. Dentro de un sistema compuesto por seres racionales que están bajo leyes comunes, todo tiene un precio que puede ser sustituido por algo semejante; lo que no pueda ser sustituido porque no permite ninguna forma de compensar, se considera que tiene un valor interno que se denomina dignidad⁴⁰².

Los niños son personas y, por ello, están dotados de dignidad. Conforman un grupo vulnerable que hay que proteger de forma especial; de ahí que el interés superior del niño deba prevalecer por encima de cualquier otro interés, garantizando su protección y dignidad como seres humanos. La dignidad de toda persona se basa en el respeto que siente uno por sí mismo, a la vez que es valorado por la sociedad en la que convive. La dignidad humana implica que todos los seres humanos sean tratados por igual y que se les garanticen todos sus derechos fundamentales.

en todas las circunstancias, hecho en Vilna el tres de mayo de dos mil dos. BOE número 77, de 30 de marzo de 2010, pp. 29743 a 29748.

⁴⁰⁰ Inmanuel KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 26.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p.47.

⁴⁰² *Ibidem*.

3.3 La identidad del niño como interés superior

El Comité de los Derechos del Niño⁴⁰³ señala que, los niños no conforman un conjunto idéntico de personas, y por esa razón se debe tener en cuenta que existen múltiples situaciones que deben evaluarse de forma independiente. La identidad de un niño está formada por diferentes características, como son, el sexo, la condición sexual, las creencias religiosas, la personalidad que se forjará por las vivencias y su entorno familiar. El derecho a la identidad está amparado por el artículo 8 de la Convención⁴⁰⁴ y debe ser respetado y garantizado en el momento de evaluar el interés superior del niño. Ambos derechos reconocidos como fundamentales deben confluir en que a cualquier niño se le tiene que garantizar el derecho a la identidad, que se conformará con la búsqueda de sus orígenes biológicos, si los desconoce. Esta búsqueda será primordial para garantizar el interés superior del niño desde el momento en que reúne la suficiente madurez para ser escuchado y entender las consecuencias que puedan derivar de esa búsqueda del propio origen. La legislación estatal no reconoce la búsqueda directa del propio origen hasta la mayoría de edad; siendo menor de edad, solo lo podrá hacer a través de su representante legal.

El Comité hace referencia a que el interés superior del niño entraña la obligación de preservar la cultura de su país y su familia de origen, además de la oportunidad de poder acceder a la información de su familia biológica⁴⁰⁵, como integrante de su identidad.

El principio invocado en el artículo 39.2 de la Constitución sobre la libre investigación de la paternidad es más una proclamación del reconocimiento que tiene toda persona a la determinación de filiación, y a que, en la medida de lo

⁴⁰³ COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 14* (2013).

⁴⁰⁴ UNICEF. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 8.

⁴⁰⁵ COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 14* (2013).

posible, coincida con la verdad biológica⁴⁰⁶. Pero no podemos estar de acuerdo con esta afirmación. Entendemos que la investigación de la paternidad y la filiación son dos derechos diferentes, aunque unidos entre sí.

En las personas que ostentan la filiación adoptiva, la ejecución del derecho a conocer sus orígenes no desencadenan la obligación de establecer la verdad biológica en la filiación, porque la adopción es irrevocable así lo dispone el artículo 180 del Código Civil y el artículo 235-51 del Código Civil de Cataluña. Ambos códigos señalan que la adopción es irrevocable; por lo tanto, sería discriminatorio entender que cualquier persona mayor de edad que no tenga la condición de filiación adoptiva y que desee conocer sus orígenes biológicos (porque carece de ellos), al ejercer el derecho deba quedar condicionado a que se le fije imperativamente una filiación biológica.

En otro sentido, interpretamos que un menor de edad, hijo de una familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial, en cuanto inicia la búsqueda de sus orígenes biológicos a través de su representante legal, puede ocasionar otras repercusiones jurídicas, al tener los poderes públicos la obligación de proteger el interés superior del niño en todos los procesos que les afecte.

La simple búsqueda del propio origen no garantiza la protección de la identidad del niño; solo avalará que conozca sus orígenes biológicos. La obligación de cuidar y alimentar al hijo por parte del padre no se fijará si no es a través de establecer la obligación jurídica de la filiación paterna. Esta obligación está determinada en los hijos matrimoniales a través de la presunción de la paternidad que protege el derecho a la identidad y a su bienestar⁴⁰⁷.

Si partimos de que no hay en las normas estatales o autonómicas una regulación jurídica complementaria y específica que garantice la efectividad del derecho a la búsqueda de los orígenes biológicos para personas no adoptadas,

⁴⁰⁶ Raquel EVANGELIO LLORCA, "El concepto de posesión de estado de filiación", p. 1865.

⁴⁰⁷ Karen RIVERA, "La afectación del Principio del Interés Superior del Niño a partir de la presunción *pater is est*". p. 247.

se llega a la conclusión de que el interés superior del niño debe ser primordial para garantizar la efectividad de su derecho a la identidad, en especial cuando un menor de edad con la suficiente madurez decide iniciar la búsqueda para conocer su propio origen biológico.

La búsqueda del propio origen deberá seguir siendo interpretado por los entes jurídicos como un interés superior del niño, debiendo prevalecer por encima de cualquier sujeto e incluso por encima del orden público establecido. En este sentido, en el caso de que concorra cualquier otro interés legítimo a la vez que el interés superior del niño, se deben priorizar las medidas que se establezcan en relación a ese interés.

La presunción de paternidad (*pater is est*) protege la efectividad del derecho a la identidad⁴⁰⁸, porque cuando la búsqueda del propio origen se lleva a cabo por una persona mayor de edad, el interés superior del niño no se aplicará y la efectividad del derecho a conocer su propio origen quedará limitada a los datos obtenidos por la madre biológica.

3.3.1 El principio del interés superior del niño y la presunción de *pater is est*

La presunción de paternidad en España, dentro del matrimonio, es reconocida por el Código Civil estatal y por el Código Civil de Cataluña cuando el nacimiento del niño se encuentra dentro de los plazos establecidos para la presunción de paternidad.

El principio del interés superior del niño es la protección integral de todos y cada uno de sus derechos. En esa protección entran el derecho a la filiación, el derecho a la identidad y todos los derechos que conforman la personalidad de una persona; por esa razón, ir en contra de estos derechos sería ir en contra del interés superior del niño.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

Al atribuir la presunción de paternidad a los hijos nacidos dentro del matrimonio, se protege al niño y a su propia identidad⁴⁰⁹ creando una relación paternofilial que permite crear un vínculo biológico y jurídico entre ambos. Este vínculo establece derechos y, a la vez, la obligación del padre del cuidado del hijo. Seguimos la definición de la identidad como “un sistema de símbolos y de valores que permite afrontar diferentes situaciones cotidianas. Opera como un filtro que ayuda a decodificarlas, a comprenderlas para que después funcione”⁴¹⁰.

La identidad personal es el compuesto de peculiaridades que posibilita distinguir a una persona dentro de una sociedad. Esta distinción hace que cada individuo sea “uno mismo y no otro”⁴¹¹. La identidad está conformada por los datos biológicos y psíquicos que todos los seres humanos poseemos y que en cada ser humano se determinan por su “mismidad”⁴¹². La identidad se forma con las características de cada persona y ésta se forma a través de la personalidad, que es una faceta dinámica de la identidad personal⁴¹³.

Entre los atributos sustanciales de cada persona ocupa una posición fundamental el derecho a la identidad, amparado constitucionalmente en la Carta

⁴⁰⁹ “El niño adquiere un papel central como sujeto de protección de la presunción *pater is est*. En efecto, el derecho a la identidad del hijo se encuentra garantizado mediante la aplicación de dicha presunción. El hijo de la mujer casada tendrá un vínculo paternofilial ya establecido por la ley y en el nombre y el contenido de la identidad que se deriva del título de estado adquirido resultan garantizados”. Rocío del Pilar VARGAS MORALES, *El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est. Alcances, límites y necesidad de cambio en el Código Civil de 1984*, p. 156.

⁴¹⁰ Elsa VELASCO, “El concepto de identidad”. Disponible en: <https://acortar.link/zOJfyz>

⁴¹¹ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho. Un reiterado y necesario deslinde conceptual*, pp. 7-9. <https://n9.cl/dyitc>. Accedido el 11/01/2023

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ *Ibidem*.

Magna del Perú⁴¹⁴. Toda persona tiene el derecho a ser reconocida exclusivamente “por lo que es y por el modo como es”⁴¹⁵.

Cuando el Registro Civil realiza la inscripción de un recién nacido es el responsable de garantizar el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes para el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales (como son el derecho a la identidad)⁴¹⁶. Restringir de forma ilegal una inscripción en el Registro Civil por parte de los funcionarios encargados de inscribirlos representa una vulneración del derecho fundamental del niño, que es inherente a su personalidad jurídica⁴¹⁷.

3.3.2 El interés superior del niño como derecho humano

Si tenemos en cuenta que el interés superior del niño es un derecho prioritario frente a cualquier otro derecho, entenderemos que debe ser interpretado como “un principio jurídico interpretativo fundamental”⁴¹⁸.

Los derechos humanos son derechos inherentes al ser humano, son adquiridos por el mero hecho de nacer. Se rigen por el principio de ser universales para todas las personas y genera la obligación de otorgar igual importancia a todos los seres humanos, sea cual sea el ámbito donde se trate (civil, económico, social o cultural). Además, los derechos no pueden disminuir,

⁴¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, expediente número 2273-2005- PHC/TC. Lima, de 20 de abril de 2006. Sesión plenaria. Caso Karen Mañuca y Quiroz Cabanillas. <https://n9.cl/eo1df>. Accedido el 11/01/2023.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ “El Registro Civil de nacimiento constituye la herramienta idónea para garantizar el derecho a la identidad de los niños en la primera infancia y por tal motivo el legislador dispuso la inscripción inmediatamente después del alumbramiento, como garantía del goce efectivo de los derechos de los menores de edad. Sentencia T-719/17, de la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional Bogotá, D.C. de 11 de diciembre de 2017. <https://n9.cl/sovuk>. Accedido el 12/01/2023.

⁴¹⁷ Sentencia T-277/02, Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional Bogotá, D.C. de 18 de abril de 2002. <https://n9.cl/edjpn>. Accedido el 12/01/2023.

⁴¹⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU, *Observación General, N. 14*, Derecho al disfrute del más alto nivel de salud, p. 4, 6b).

por lo que deben progresar gradualmente. Al ser considerados como derechos universales no se distingue entre niños y adultos y por esa razón su efectividad en la ejecución es aplicada por el simple hecho de ser un ser humano⁴¹⁹.

Los derechos de los niños son derechos humanos⁴²⁰ en su concepto de triple dimensión consagrado por el Comité⁴²¹ como un principio progresivo. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias hasta los máximos recursos de que dispongan para lograr de forma progresiva las medidas legislativas y la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales⁴²². Eso quiere decir que los derechos obtenidos no pueden ir de forma regresiva, sino que, una vez establecidos, solo pueden avanzar ampliando sus consecuencias.

Por tanto, podemos afirmar que, si se ha considerado el interés superior del niño como un derecho fundamental y primordial y se ha reconocido como un derecho humano, al ser éstos indivisibles, eso nos lleva a una visión holística de los derechos humanos: estos derechos se encuentran unidos formando una sola construcción y cualquier vulneración afectará directamente al resto de derechos humanos, exista o no vinculación inmediata entre ellos⁴²³.

3.4 La diversidad familiar y su protección constitucional

La sociedad actual ha ido configurando la familia con nuevas formas de convivencia; esto ha llevado a una transformación de las formas tradicionales de

⁴¹⁹ Joaquín SEDANO TAPIA, “El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales. Análisis a la luz del derecho comparado”, pp. 120-121.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 24.

⁴²¹ COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. CRC/C/GC/14. 29 de mayo de 2013.

⁴²² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966. Resolución de la Asamblea General 2200^a (XXI). Ratificado por España el 30 de abril 1977. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

⁴²³ Sandra SERRANO y Luis Daniel VÁZQUEZ, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, p. 155.

las familias, siguen siendo el centro básico de la convivencia. Actualmente existen diferentes modelos de familias, como la monoparental o la reconstituida.

El concepto de familia ha cambiado de tal forma que ya no tiene que estar formada como lo estaba a principios del siglo XX. La evolución que ha experimentado la ha abierto a que su composición sea cualquier núcleo de convivencia con independencia de la forma; y este nuevo concepto de familia tiene la misma protección constitucional que la familia histórica⁴²⁴.

Las familias monoparentales han estado presentes desde la antigüedad, especialmente las constituidas por mujeres solteras con hijos; aunque no hayan sido consideradas como «familias» en el sentido histórico, su existencia es innegable ya en la época romana⁴²⁵, en la que no tenían igual reconocimiento jurídico que un hijo con ambas filiaciones determinadas (padre y madre).

En la actualidad existen mujeres que toman la decisión de establecer una familia monoparental. Las técnicas de reproducción humana asistida han abierto la posibilidad de que este hecho sea posible para mujeres que quieren ser madres biológicas y criar a sus hijos de forma individual. La donación anónima de gametos y preembriones ha posibilitado que las mujeres puedan acceder a ser madres sin la necesidad de tener relaciones sexuales.

Las técnicas de reproducción humana asistida han abierto la posibilidad de que, en los matrimonios entre dos mujeres, ambas puedan ser reconocidas como madres del hijo, con el solo consentimiento de la otra cónyuge.

⁴²⁴ “La Constitución protege una familia histórica, en un momento concreto, lo que no significa que se excluya, a este nivel, la posibilidad o incluso la necesidad de proteger a familias formadas de otra forma o con caracteres distintos a las que existen en un momento histórico determinado”. María Encarnación ROCA I TRÍAS, “Familia, familias y derecho de la familia”, pp. 1055-1092.

⁴²⁵ “En caso de que fuera la madre la que tenía la ciudadanía, siendo esta madre soltera – recordemos, unión *sine connubium*–, la condición que seguía era la del padre no ciudadano romano, obviamente la intención de la *Lex Minicia* fue no llegar a integrar al descendiente como ciudadano romano, todo ello si se conocía al padre puesto que en tal caso o incluso si el padre era un esclavo el hijo o la hija seguían, efectivamente, el *status* de la madre puesto que el padre era incierto”. María del Carmen LÁZARO GUILLAMÓN, “Redescubriendo a las mujeres de la antigua Roma: los derechos sucesorios de la mujer soltera en el Derecho Romano arcaico y preclásico”, pp. 228-272.

A la hora de pensar en tener un hijo a través de este tipo de proceso, no se tiene en cuenta que, cualquier hijo es creado por espermatozoide y un óvulo, cada uno de ellos con su propia historia genética y antropológica. Lo que queremos evidenciar es que este hijo, en algún momento de su vida, puede necesitar completar su identidad, como signo de su dignidad humana. Puede precisar el «trozo» que le falta de su historia genética, al desconocer quiénes son sus antepasados paternos; y esto no lo podrá llevar adelante si no es por un tema que comporte un peligro cierto para su propia vida así lo dispone el artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

La amplitud del concepto de familia ha sido aceptada por la sociedad como una transformación de la realidad actual y se ha generalizado en el resto de países europeos⁴²⁶.

El Tribunal Constitucional definió el sistema familiar actual como «plural». Tendrá la consideración de familia cualquier comunidad o ente que forme una unidad de convivencia, indistintamente de la manera que se haya empleado para formarla y del sexo de sus integrantes, atendiendo a la normativa constitucional⁴²⁷; esta sentencia deja claro que, en las relaciones que deben regir entre los hijos y los progenitores, tiene que prevalecer el principio de interés superior de niño a la hora de establecer los efectos sobre paternidad/maternidad (principio consagrado por el artículo 39.3 de la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989).

En el año 2013, un grupo de diputados que pertenecían al Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados promovió un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. El Tribunal Constitucional confirmó en

⁴²⁶ Rut GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, “La diversidad de la realidad familiar”, pp. 551-562.

⁴²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, 2675/2011, de 12 de mayo. Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:2011:2676.

la sentencia⁴²⁸ la inconstitucionalidad de diferentes artículos de Ley⁴²⁹, aunque no se estimó íntegramente la demanda. Dos de los magistrados⁴³⁰, que fueron participes en el procedimiento, emitieron un voto particular. Esta sentencia señala diferentes modelos de familias de hecho, entre las que se comprende: la unión de hecho, por caracterizarse como una relación estable de convivencia *more uxorio*; e incluye las diferentes formas de convivencias que se encontraban con impedimentos históricos de carácter legal para llevar a cabo el matrimonio por no existir el divorcio, o por no estar aún regulado el matrimonio entre parejas del mismo sexo⁴³¹.

El tribunal vincula el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la Constitución con el hecho de poder elegir la opción del matrimonio o de la pareja de hecho, sin que el Estado pueda imponer una opción o limitar su elección (excepto si el resultado vulnerase las normas de orden público). El libre desarrollo de la personalidad resultaría afectado si se impusiese o impidiese la convivencia *more uxorio*⁴³².

⁴²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril. Pleno. BOE-A-2013-5436. ECLI:ES:TC:2013:93.

⁴²⁹ El fallo de la sentencia fue el: "Declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 2, apartado 2, párrafo primero, inciso «hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que» y párrafo segundo, y apartado 3; del art. 3, inciso «y el transcurso del año de convivencia»; del art. 4, apartado 4; del art. 5, apartado 1, inciso «respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles», y apartados 2, 3, 4 y 5; del art. 6; del art. 7; del art. 9; del art. 11; y del art. 12.1 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, con el alcance determinado en el fundamento jurídico 14". *Ibidem*.

⁴³⁰ Los magistrados que emitieron un voto particular fueron Manuel Aragón Reyes y Ramón Rodríguez Arribas, ellos entendieron que, la demanda debió ser estimada en su integridad y no de forma parcial entendían que debió declararse inconstitucional toda la Ley Foral impugnada, al carecer la Comunidad Foral de Navarra de las competencias para dictar esta ley, al vulnerar el artículo 149.1.8 de la Constitución, la ley impugnada pretendía equiparar las relaciones *more uxorio* a la institución del matrimonio. *Ibidem*.

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril. Pleno. BOE-A-2013-5436. ECLI:ES:TC:2013:93.

El párrafo primero del artículo 39 de la Constitución establece que los poderes públicos deben asegurar la protección social y jurídica de la familia; la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto de este principio de protección.

3.4.1 La obligación constitucional de protección de la familia

La obligación de preservar y proteger en sentido plural a la familia no es solo constitucional, sino que viene impuesta por el reconocimiento y ratificación por parte de España del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 8)⁴³³.

Dentro de las relaciones familiares, y especialmente en los momentos de conflicto familiar, cuando se tengan que tomar decisiones sobre las relaciones entre parientes y allegados debe prevalecer el interés superior del niño⁴³⁴. El tribunal hace referencia al derecho del niño a relacionarse con los miembros de su familia, aunque no existan lazos biológicos entre ellos. En esta sentencia el tribunal permitió que la expareja de la madre biológica del niño pudiese mantener una relación personal con el niño después de la ruptura sentimental entre ambas.

La convivencia en pareja de relaciones sentimentales no solo crea lazos biológicos, sino que también puede crear lazos familiares no biológicos; nos referimos a la convivencia en el núcleo familiar con hijos de la pareja. La convivencia en familia puede haber existido durante muchos años sin tener una conexión de lazos biológicos, pero sí de lazos emocionales entre los niños y los

⁴³³ “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia”. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE número 243, de 10 de octubre de 1979. De igual forma fue recogido en el artículo 7, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).

⁴³⁴ “El interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad”. Sentencia del Tribunal Supremo, 2675/2011, de 12 de mayo. Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:2011:2676.

allegados, que deben tenerse en cuenta a la hora de tomar decisiones judiciales sobre los niños, en las situaciones de crisis familiar⁴³⁵.

Es evidente que, desde la redacción del artículo 39 de la Constitución la sociedad ha variado mucho. Los cambios sociales con respecto a la familia y a las formas de establecer la convivencia en pareja o de forma individual ha experimentado un giro sustancial en la sociedad moderna actual. Una de las modificaciones más significativas ha sido la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo por la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Aunque no se recogen sus efectos en el artículo 39, su extensión, al establecer normas de protección con respecto a la maternidad, protección de la infancia, interés del niño, filiación, investigación de la paternidad⁴³⁶, guarda relación directa con los posibles efectos del matrimonio.

El Tribunal Constitucional confirmó el mandato del artículo 39.1 de la Norma Suprema sobre la obligatoriedad de los poderes públicos de asegurar la protección legal y económica de la familia, con independencia de cómo se hayan formado y de que integren el modelo clásico familiar⁴³⁷.

De igual modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional consideró que se había vulnerado el derecho a la igualdad de las familias numerosas por recibir un trato discriminatorio en relación al principio de protección social, económica y jurídica de la familia. Los recurrentes afirmaron que se vulneraba el principio de

⁴³⁵ El tribunal basó su interpretación en “un derecho efectivo que tiene el menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva y por ello debe entenderse aplicable al supuesto que nos ocupa el artículo 160. 2 CC, que establece que ‘no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados’”.

⁴³⁶ María Encarnación ROCA I TRÍAS *et al.*, *Comentarios a la Constitución Española*, (Artículo 39), pp. 1277-1288.

⁴³⁷ “Es evidente que la familia a la que manda proteger el art. 39.1 CE nada tiene que ver con el hecho físico de la convivencia entre los miembros que la integran, de modo que no es posible admitir que el progenitor que no vive con sus descendientes pero que mantiene, por imposición legal o judicial, la obligación de prestarles asistencia de todo orden, quede excluido por esa circunstancia del ámbito de protección que exige aquel precepto constitucional”. Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2012, de 15 de febrero. ECLI:ES:TC:2012:19.

igualdad ante la ley en los supuestos en que, ante dos situaciones que pueden considerarse iguales, se introduce un componente o una causa que permite distinguir una de otra sin una argumentación lógica que no resulte de una decisión arbitraria. Ante ello, el tribunal hizo una interpretación sobre el principio de igualdad⁴³⁸.

La interpretación del Alto Tribunal en la sentencia sobre el principio de igualdad, nos hace cuestionar que el hecho de tener normas jurídicas y protocolos de actuación solo para personas adoptadas en la búsqueda del propio origen, puede producir consecuencias jurídicas discriminatorias y diversas de la finalidad que el legislador perseguía (diferenciando hijos adoptivos de hijos naturales); por consiguiente, puede perjudicar de forma gravosa a los distintos grupos de personas que también tienen reconocido el derecho a la búsqueda del propio origen y no que fueron tenidos en cuenta a la hora de establecer el objeto de las normas y protocolos.

Con respecto a la adopción, la modificación del Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, admitió la posibilidad de adoptar por ambos cónyuges o por una pareja de hecho del mismo sexo. Al haber sido validado el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la interpretación del artículo 175.4 del Código Civil permitía la adopción por parte de los cónyuges o de miembros de una pareja de hecho del mismo sexo. Este percepto fue impugnado por el grupo Popular del Congreso, pero el Tribunal Constitucional afirmó que, en aplicación del interés superior del niño, el mandato constitucional de protección de la familia en general y de los hijos en particular del artículo 39 de la Constitución, “no queda

⁴³⁸ “Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, por lo que para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos” Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2015 de 27 de abril. Sala primera. ECLI:ES:TC:2015:77.

incumplido por la opción que realiza en este caso el legislador”⁴³⁹, por lo que el tribunal centró la argumentación al considerar que el artículo 175.4 del Código Civil es constitucional⁴⁴⁰.

El legislador constituyente incorporó en el artículo 39.2 de la Constitución la protección integral de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Esta obligación se ha ido complementando con el paso del tiempo en los diferentes ámbitos como es en el laboral (*v.gr.* con las bajas por maternidad).

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, estableció, en su artículo 48.4, que el nacimiento de un hijo suspende el contrato de trabajo durante un tiempo determinado. Este precepto fue interpretado por el legislador con intención de preservar la salud de la madre trabajadora ante un suceso biológico especial, que una incorporación inmediata posterior al parto puede ser perjudicial para su completa recuperación⁴⁴¹.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre la obligación de los Estados a la protección de la condición biológica de la mujer durante el periodo del embarazo y posterior al parto, atendiendo a las

⁴³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre. Pleno. ECLI:ES:TC:2012:198.

⁴⁴⁰ “La más importante afirmación de esta sentencia consiste en la negación de que el ordenamiento reconozca el Derecho a adoptar y además la necesidad de proteger el interés superior del menor en los procedimientos de adopción, que nada tiene ver con la orientación sexual de los progenitores y que permite al juez denegar la adopción cuando no sea conveniente para el interés del adoptado. Estas razones centran los argumentos que llevan al TC a estimar constitucional el mencionado art.175.4 CC”. María Encarnación ROCA I TRÍAS *et al.*, *Comentarios a la Constitución Española*, p.1282.

⁴⁴¹ Además, el Abogado del Estado y Fiscal General del Estado afirma que pueden tenerse “en cuenta otros intereses dignos de protección conectados al hecho del alumbramiento, como la lactancia natural y la especial relación de afectividad entre la madre y el neonato” Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2011, de 19 de mayo. ECLI:ES:TC:2011:75.

particularidades relaciones entre el recién nacido y su madre durante los primeros meses de vida⁴⁴².

En los casos de adopción o de acogimiento no concurre la necesidad de establecer un periodo obligatorio para la madre, al no existir embarazo ni parto, ni existe la necesidad de proteger la salud de la mujer trabajadora por los que ambos padres podrán disfrutar de la suspensión del contrato cuando se trata de una adopción de niños de corta edad⁴⁴³.

El tribunal afirmó que la regulación del derecho a la suspensión del contrato de trabajo que se encontraba vigente en el momento de plantear la cuestión de inconstitucionalidad⁴⁴⁴, y que no daba derecho a ceder al padre el período voluntario de suspensión del contrato en caso de que la mujer no fuese trabajadora por cuenta ajena, no vulneraba los artículos 14, 39 y 41 de la Constitución⁴⁴⁵.

El legislador constituyente dejó claro el concepto de protección de la familia. Las diferentes sentencias que hemos analizado basan su argumentación en todos y cada uno de los elementos que conforman la unidad familiar. La jurisprudencia ha ido consolidando los distintos factores que el legislador constituyente quiso establecer en la redacción del artículo 39 de Constitución, como son la igualdad entre filiación por naturaleza y la filiación adoptiva, el cambio del concepto de familia debido a la diversidad familiar en la actualidad, los matrimonios y las parejas de hecho y la protección de la maternidad con independencia del estado civil de la persona.

⁴⁴² A sí lo afirman las “Sentencias de 12 de julio de 1984, caso Hofmann; de 30 de abril de 1998, caso Thibault; de 27 de octubre de 1998, caso Boyle y otros; de 18 de marzo de 2004, caso Merino Gómez; y de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez”. *Ibidem*.

⁴⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴⁴ Establecido en el artículo 48.4 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

Pero, aun así, después de casi medio siglo desde la proclamación de la Constitución, siguen existiendo diferencias que el legislador actual no ha tenido en cuenta. Siguiendo con el principal objeto de este trabajo, al que me he ido refiriendo (la antigua figura jurídica del hijo ilegítimo), parece que al legislador le dé pudor pensar en él cuando legisla. La normativa actual sobre adopción es muy completa, aunque en algunos términos que se refieren al derecho a la identidad sea bastante limitada, pero nada que ver con el absoluto olvido del hijo de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paterno; parece no pensarse que él también tiene derecho a su identidad.

3.4.2 Los deberes y derechos de los padres en la diversidad familiar

Las diferentes formas de familia que en la actualidad conforman el núcleo familiar han ido configurando la regulación jurídica, adaptándola a la realidad social actual. En las separaciones no matrimoniales, los procedimientos de medidas de los niños deben estar inspirados siempre en la primacía del interés superior del niño como principal objetivo a la hora de determinar la guarda y custodia.

En la actualidad, algunos de los hijos que nacen de parejas no matrimoniales, sí son consideradas como parejas de hecho, por tener un hijo en común, aunque esta catalogación necesita del reconocimiento jurídico por parte del padre recogido en el artículo 120 del Código Civil y el artículo 235-9 del Código Civil de Cataluña. En alguna ocasión se dan casos en que las madres no realizan conjuntamente la inscripción en el Registro Civil con el padre, para que el padre no tenga derechos frente al hijo. En estos casos, las madres no solo privan al padre, sino que toman la decisión unilateral de privar al hijo del derecho a la filiación paterna.

Desde que se estableció la igualdad de hijos matrimoniales y no matrimoniales en la Constitución, no existen diferencias entre ambas figuras por razón de nacimiento. De igual forma, entendemos que los derechos y deberes de los progenitores para con sus hijos son iguales si los hijos nacen dentro del matrimonio o no. El hecho de que un padre no reconozca de forma voluntaria la

filiación jurídica de su hijo, al no ser presumible por no ser hijo matrimonial, no le excluye de las obligaciones que, como padre, tiene frente a su hijo.

En la actualidad, se producen muchos nacimientos de niños a través de las técnicas de reproducción humana asistida y de embarazos de mujeres que toman la decisión unilateral de establecer una familia monoparental. El concepto de familia monoparental asocia su reivindicación a la normalidad de establecer familias no basadas en la convivencia en pareja⁴⁴⁶; no es una situación nueva, siempre ha habido, desde la antigüedad, madres solteras, mujeres viudas y, ya en la actualidad, personas divorciadas cuyo elemento en común es que la carga de los hijos es asumida por un único progenitor que, en la mayoría de los casos, suele ser la madre.

A lo largo de la historia siempre han existido situaciones equiparadas a lo que en la actualidad se denomina familia monoparental; no siempre esta condición de familia ha sido vista por la sociedad de igual forma, dependiendo de la manera en que se consolidó esa familia monoparental: las viudas con hijos eran familias consideradas como una feminidad casta; de distinta manera han sido apreciadas a las madres solteras, asociadas al desorden, el descontrol y casi a la prostitución. Pero ambas compartían un rasgo común, la carga de los hijos en soledad⁴⁴⁷. Esta carga de cuidado es soportada por las madres desde la concepción, pasando por el embarazo y el posterior cuidado.

Las madres tienen la carga de proteger la integridad de sus hijos desde el mismo momento de la concepción, momento en que nace la vida de un ser humano. Existe diferentes posiciones con respecto a si son seres humanos los embriones o los fetos; se discute en qué fase del estado embrionario debe considerarse a un *nasciturus* con el derecho a la protección de su vida. El artículo 29 del Código Civil establece que el nacimiento determina, a todos los efectos,

⁴⁴⁶ Juan Antonio FERNÁNDEZ CORDÓN y Constanza TOBÍO SOLER, "Las familias monoparentales en España", p. 52.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

la personalidad y los aspectos relacionados a ella, pero el concebido se tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables.

No existe una normativa específica que, establezca con anterioridad al nacimiento (*nasciturus*), la obligación y los derechos de los progenitores, si esos derechos y obligaciones nacen en el instante que se produce la concepción o, por el contrario, no nacen hasta el momento del nacimiento del hijo.

Con respecto a la madre, desde el momento en el que ella tiene conocimiento de que está embarazada está llamada a preservar y cuidar la integridad del ser humano que se está formando en su interior. No podemos ignorar que, de igual forma, el progenitor padre tiene que preservar y cuidar, en todos sus aspectos, del hijo engendrado.

Por lo que hace al nacimiento de derechos y obligaciones para ambos, podemos considerar que éste comienza desde ese mismo momento en el que descubren que la vida de un ser humano que comparte material genético con ambos progenitores se está formando en el interior de su madre.

3.5 El derecho genético y su relación con los derechos del niño

Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se inicia un proceso de desarrollo en el siglo XX sobre el reconocimiento de la protección de los niños. Este desarrollo normativo de protección a los niños se vincula directamente con la protección de los derechos humanos y sus garantías. La evolución histórica del pensamiento jurídico lleva a que todas las personas, incluyendo a los niños, en virtud del principio de igualdad, tienen derechos inherentes por el hecho de ser seres humanos y los Estados tienen la obligación de promover y garantizar su eficacia y protección⁴⁴⁸.

Las regulaciones jurídicas que han surgido en los diversos países de América Latina sobre la infancia y la adolescencia han pretendido exigir la protección efectiva de los derechos que se plasmaron en la Convención sobre

⁴⁴⁸ Gerson CHÁVEZ MIRANDA, *Derecho Genético*, p. 61.

los Derechos del Niño; no lo han hecho con la intención de remplazar a las antiguas leyes, sino de complementar los mecanismos generales de protección de los derechos de las personas⁴⁴⁹, por lo que ninguna disposición de la Convención puede afectar a otras que sean más favorables o mejor conducentes a la efectividad de los derechos de los niños como dispuesto el artículo 41.

El interés superior del niño que fue incorporado en la Convención toma su esencia del concepto garantista en la protección efectiva de sus derechos. Teniendo como principal objetivo el propósito de que la Convención sobre los Derechos del Niño quiso proteger los derechos éste, el derecho genético puede ser considerado como el encargado de dotar de cobertura a la praxis de la eugenesia, así como ser quien pone freno frente a determinados avances científicos (en especial, los relacionados con la vida del ser humano o su integridad e identidad)⁴⁵⁰.

Los avances de la ciencia y la tecnología han permitido que, a través de técnicas de identificación, se pueda determinar la paternidad o maternidad biológica de cualquier persona. Estas técnicas han tenido una gran importancia en la investigación de los orígenes de niños que fueron separados de sus familias biológicas durante la guerra civil española, la Segunda Guerra Mundial o en las represiones por razones políticas (como sucedió en la dictadura militar de Argentina).

La iniciativa de la organización Abuelas de la Plaza de Mayo de Argentina, que perseguía la identificación de sus nietos, desaparecidos durante la dictadura militar, junto con la Comisión Nacional sobre la Desaparición de personas (creada en 1983 por el presidente Raúl Alfonsín), solicitaron la asistencia de Eric STROVER y de Clyde SNOW (antropólogo forense de gran reconocimiento internacional) para crear el Equipo Argentino de Antropología Forense en 1984,

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 62.

que fue considerado como una organización pionera en el mundo gracias a su sistema multidisciplinar de trabajo⁴⁵¹.

Actualmente, esta organización científica no gubernamental sigue activa y se dedica las ciencias forenses, en especial a la antropología, la arqueología, la genética y la investigación de violaciones de los derechos humanos; ya ha realizado investigaciones en más de cincuenta y cinco países de todo el mundo⁴⁵².

Con el fin de poder almacenar la información genética que facilitaba la organización del equipo argentino de antropología, el gobierno argentino facilitó a través de la ley⁴⁵³ la creación del banco nacional de datos genéticos. Esta entidad estaba encargada de almacenar los datos de las familias que tenían familiares desaparecidos.

La organización de las Abuelas de la Plaza de Mayo ha tenido un papel clave en el desarrollo de la genética para determinar en la filiación de sus nietos en la ausencia de los padres. La falta de datos por la desaparición de los padres hizo que, para poder corroborar su verdadera genética, tuviesen que ser modificadas las formulaciones matemáticas de las probabilidades de la paternidad o maternidad, teniendo que recurrir a la probabilidad de solo contar con datos genéticos de las abuelas. Difícil era la tarea cuando los únicos datos genéticos para poder comparar con los nietos hallados eran los de las abuelas o abuelos. Esto cambiaba cuando los datos genéticos eran más extensos (como

⁴⁵¹ Equipo Argentino de Antropología Forense. Accedido el 17/02/2023. <https://n9.cl/85igr>

⁴⁵² *Ibidem*.

⁴⁵³ Fue creado a partir de la Ley N° 23.511, de 13 de mayo de 1987. En su artículo 1º- "Créase el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación. El BNDG funcionará en el Servicio de Inmunología del Hospital 'Carlos A. Durand', dependiente de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, bajo la responsabilidad y dirección técnica del jefe de dicha unidad y prestará sus servicios en forma gratuita".

hermanos o tíos), lo que era una situación algo más ventajosa para identificar parentescos biológicos⁴⁵⁴.

Está claro que la genética tiene un factor importantísimo en la determinación de la identidad. La sociedad avanza hacia el desarrollo científico y tecnológico, sin contar con que, en algunas ocasiones, puede haber riesgos sobre los efectos de la identidad personal de una persona a partir de sus genes. Existen pensamientos enfocados en considerar que nuestros comportamientos están vinculados y predispuestos en nuestros genes⁴⁵⁵.

Sin desviarnos del objetivo principal de la investigación de este trabajo, y sin entrar en la investigación de los genes, sí queremos hacer una reflexión al respecto de que el enfoque de los genes pueda predisponer las acciones de las personas. Si los genes son los que nos condicionan la vida o estamos predispuestos a comportamientos asociados a nuestra genética heredada, conocer el origen de la genética heredada debería ser fundamental para poder comprender por qué una persona se comporta de una determinada manera y no de otra.

3.5.1 Las técnicas de reproducción humana asistida, filiación e identidad

El avance científico en el campo de la genética ha resuelto problemas como la infertilidad a través de las técnicas de reproducción humana asistida, que han dado solución a contrariedades sociales de parejas que no podían engendrar

⁴⁵⁴ Mariana CÓRDOBA y Paula LIPKO, "Identidad personal y genética: Reflexión sobre la cristalización de una estrategia", pp. 267-288.

⁴⁵⁵ "Para los teóricos del determinismo, no somos libres porque nuestras vidas están fuertemente determinadas por un número relativamente pequeño de causas internas: los genes determinan comportamientos específicos o la predisposición a esos comportamientos. Pero eso soslaya la esencia de la diferencia entre la biología humana y la de otros organismos. Nuestro cerebro, nuestras manos y nuestra lengua nos han hecho independientes de muchas de las principales características específicas del mundo exterior. Nuestra biología nos ha convertido en criaturas que recrean constantemente sus entornos psíquicos y materiales y cuyas vidas individuales son el producto de una extraordinaria pluralidad de vías causales que se entrecruzan. Por lo tanto, es nuestra biología la que nos hace libres" (1996). Richard C. LEWONTIN, Steven ROSE y Leon J. KAMIN, *No está en los genes. Racismo, genética e ideología*, p. 215.

hijos, pero han creado nuevos conflictos como consecuencia de la donación anónima y la gestación por sustitución. La sociedad suele avanzar antes que el ordenamiento jurídico. Esto hace que, en ocasiones, se regule de forma precipitada y sin meditar a fondo sobre sus consecuencias a largo plazo. Los conflictos que surjan, por tanto, se tendrán que resolver en los tribunales, dando como resultado soluciones jurídicas que se basan directamente en si existe el derecho a la procreación y a la protección de la intimidad de los donantes anónimos⁴⁵⁶.

Actualmente, la mayoría de parejas que no pueden tener hijos biológicos no contemplan como primera opción ser padres a través de la adopción. Incluso, durante los últimos años, se han producido muchos nacimientos a través de la gestación por sustitución (“maternidad subrogada”); suele haber dos formas distintas de llevar a cabo estos procesos. La primera es la de la «gestante portadora», por la que se implantan los óvulos de la madre biológica en una mujer que pueda llevar adelante el embarazo, al tener ella alguna deficiencia uterina o física que le impida poder gestar por sí misma. En estos casos, el aporte genético al hijo será, el óvulo aportado por la madre biológica y el espermatozoide aportado por su padre biológico; la gestante portadora solo gestará el desarrollo del hijo durante el embarazo⁴⁵⁷.

La otra forma de llevar adelante la gestación por sustitución es la «embriocesión», cuyo propio nombre define a qué se refiere. Cuando la fertilidad no es posible entre la pareja, el óvulo y el espermatozoide deben pertenecer a terceras personas que los cedan voluntariamente. En el caso de la mujer, puede ceder incluso ser fecundada. El problema legal que existe con la gestación por sustitución es que en España no está permitida.

Por ello, muchas parejas en la actualidad escogen esta forma de ser padres en países que autorizan este tipo de prácticas. El problema llega cuando quieren inscribir el nacimiento en España, porque para determinar la condición

⁴⁵⁶ Frieda Roxana DEL ÁGUILA TUESTA, “Identidad genética y filiación”, pp. 225-249.

⁴⁵⁷ Enrique VARSI ROSPIGLIOSI, “Determinación de la filiación en la procreación asistida”, p. 26.

de madre en nuestro país rige el principio «*mater semper certa est*». De ahí que no se reconozca como hijo al nacido por gestación por sustitución respecto de la madre biológica que haya aportado el material genético, sino respecto de la que lo haya gestado durante el embarazo, así dispone el artículo 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La regulación jurídica en España sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se ha ido reformando y adaptando a los avances científicos y a las nuevas técnicas. La primera regulación vio la luz a través de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que admitió esta práctica; la última reforma fue por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La filiación legal que se establecerá de los nacimientos por gestación por sustitución no coincidirá nunca con la verdad biológica de la madre; con respecto al padre, su filiación y la verdad biológica vendrá condicionada en función de si el padre ha aportado, o no, el material genético para la gestación. Es sorprendente que una normativa que, de forma general, se basa principalmente en la verdad biológica, en estos casos, fije la filiación materna legal sin que exista un solo gen biológico con la gestante, privando al hijo de su filiación biológica aun sabiendo quién es la verdadera madre que le aportó los genes (lo que no ocurre respecto del padre).

La ciencia la ha transformado la forma tradicional de ser madre/padre en diferentes formas de llegar a serlo. Imaginar que la ciencia podrá crear vida de forma artificial y no a través de la naturaleza humana, parece ciencia ficción. No existen investigaciones científicas que avalen de forma positiva o negativa cómo puede afectar esta forma de procreación en los niños nacidos a través de la técnica en las generaciones futuras. De hecho, en España, los hijos nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida ya se hacen preguntas sobre su propio origen, pero el artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, les priva del derecho constitucional a conocer su propio origen.

3.5.1.1 *El Derecho comparado en técnicas de reproducción humana asistida*

Las regulaciones jurídicas sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida en la praxis sobre la gestación por sustitución no son iguales en todos los países. En países de Europa como Rusia, Ucrania, Grecia, Georgia y Reino Unido se acepta como una técnica más de reproducción asistida, con diferentes matices en función del cada país. También en Canadá, Estados Unidos, Australia, India, Sudáfrica y Tailandia, pero en todos ellos hay limitaciones.

En todo el territorio de Canadá, excepto en la provincia de Quebec, está permitida la gestación por sustitución para todos los modelos de familia, parejas del mismo o de distinto sexo, madres solteras o padres solteros. Si bien la gestante debe tener más de 21 años de edad, no debe haber intercambio económico que no sea altruista, es decir, que no deben abonarse gastos que no deriven del embarazo.

Estados Unidos fue el primer país en permitir la gestación por sustitución, pero no en todos los Estados; en Nueva York, Michigan y Arizona pueden ser multada e incluso sancionada con penas de cárcel; en Kansas, Luisiana, Nebraska e Indiana está prohibida y el contrato realizado entre las partes se considera nulo. De hecho, en diferentes estados dentro de los Estados Unidos existe una gran diversidad de regulación jurídica sobre la gestación por sustitución⁴⁵⁸.

En Rusia, la normativa que reguló la gestación por sustitución fue a través de la Ley Federal de Normativa de Protección de la Salud de la Federación de Rusia, publicada el 1 de enero de 2012; en ella se regularon los requisitos exigibles para realizarla, como el de que solo es posible para parejas de distinto

⁴⁵⁸ *Voz libre*. Accedido el 06/03/2023. Disponible en <https://n9.cl/2en8q>

sexo, o que la comitente no puede aportar material genético al bebé, o que la edad de la gestante debe estar comprendida entre los 20 y 35 años⁴⁵⁹.

En la gestación por sustitución no se tienen en cuenta las posibles repercusiones que pueden afectar a la identidad del niño con respecto a su derecho a la búsqueda del propio origen, como tampoco se contempla en las técnicas de reproducción humana asistida. En algunos países se está abriendo la posibilidad jurídica de saber de dónde se viene genéticamente: el último ha sido el Tribunal Constitucional de Portugal⁴⁶⁰.

El Comité de Bioética de España⁴⁶¹ emitió un Informe basado en la solicitud del Consejo de Europa de hacer caso de la recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁴⁶² acerca de la donación anónima de los espermatozoides y ovocitos. La recomendación hace alusión al impacto que ha tenido en el mundo el nacimiento de niños a través de estas técnicas y señala que el criterio de la mayoría de países ha sido el de restringir el acceso a la identidad de los donantes. La recomendación del Consejo de Europa hace hincapié en la actualidad social del cambio de ese criterio, desde la consideración de que el derecho a conocer el propio origen está directamente vinculado con el derecho a la identidad y con los derechos de la personalidad. El mencionado cambio comienza a partir de la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño, y se reafirma a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 225/2018, de 24 de abril. De Portugal. <https://shre.ink/Qh1a>

⁴⁶¹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe de 2020 del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*.

⁴⁶² COMISIÓN DE ASUNTOS SOCIALES, SANIDAD Y DESARROLLO SOSTENIBLE. Ponente Sra. Petra De Sutter, Bélgica. Referencia al comité: documento 14419, referencia 4349 de 22 de enero de 2018. Donación anónima de semen y óvulos: equilibrando los derechos de padres, donantes e hijos.

La recomendación propone a los Estados miembros la supresión del anonimato, pero que no se establezca con carácter retroactivo, y que sea el hijo quien pueda decidir, al alcanzar la mayoría de edad, si quiere acceder a la información sobre el donante sin tener consecuencias jurídicas en la filiación. Se equipara así el acceso a la información del propio origen a la filiación por adopción.

A partir de la consulta recibida, el Comité de Bioética aprobó por unanimidad la emisión de un Informe inicial conforme a las funciones establecidas en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. El Informe fue emitido a partir de las posturas de expertos en la materia con el fin de enriquecer e ilustrar el tema suscitado.

La técnica de reproducción humana asistida ha cambiado por completo la forma de crear vida humana; en algunos casos, por tratar la infertilidad, en otros por fecundación *post mortem*, o liberando al ser humano de la imposición biológica de la reproducción humana, o tratando de prevenir enfermedades genéticas.

Traigamos a colación el término romano *mater semper certa est*, consagrado en nuestro derecho desde siglos atrás. Este principio pasó a nuestro ordenamiento jurídico y ha sido usado jurisprudencialmente para establecer el principio de veracidad biológica, al entender que la madre siempre es cierta. En la actualidad, queda cuestionado pues en los nacimientos logrados por estas técnicas artificiales ya no siempre es así.

La evolución del desarrollo científico y tecnológico va siempre por delante del establecimiento de las normas jurídicas. Las normas aplicadas a las técnicas de reproducción humana asistida se plantearon pensando en el donante y en la protección de los padres, pero no se plantearon las repercusiones de todos los implicados; a que el niño que iba a nacer era parte integrante de este desarrollo tecnológico, y a él se le priva del derecho a conocer su propio origen desde antes de nacer.

También se emitió un informe de Comité de Bioética de Cataluña⁴⁶³, en el que se cuestiona dónde quedan los derechos de las personas nacidas con distinto origen genético al de sus padres legalmente establecidos. En Cataluña se estableció a través de la Ley 14/2010, de 27, de mayo de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, en la que el artículo 30.2, sin hacer distinciones entre filiaciones por razón de nacimiento, reconoce el derecho de todo niño o adolescente a conocer su origen genético.

El mencionado Informe hace alusión a que no existe una responsabilidad en la procreación de la reproducción natural; los hijos nacidos fuera del matrimonio o de parejas estables deberían saber la verdad biológica, que no es actualmente exigible por “el hecho de considerarlo una injerencia indebida en la esfera privada e íntima de la pareja”. La diferencia entre una reproducción asistida, una adopción y la filiación natural se basa en la existencia de datos e información externa a la esfera privada de la pareja de más o menos fácil acceso.

El Comité de Bioética de Cataluña concluye realizando una síntesis final de reflexión y puntualizando diversas cuestiones a tener en cuenta. Entre ellas destacan el derecho a conocer el propio origen en un sentido amplio y no como simples datos biológicos; a erradicar la discriminación existente en función del nacimiento de la persona y la forma de concepción; o el derecho a conocer el propio origen, que no puede ser absoluto ni coercible. El derecho a conocer el propio origen es un derecho potestativo que concede a las personas la construcción de su identidad y de su biografía personal. La protección debe tener en cuenta a todos los participantes, no solo la voluntad del cedente en la donación o adopción. Para poder ejercer este derecho la persona debe saber la forma en que fue concebido, pues de otro modo no podrá hacer efectivo el derecho constitucional a disponer de la información. No se puede impedir el acceso a la información del propio origen; la generación presente no debería decidir sobre lo que desean las futuras generaciones.

⁴⁶³ COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA, *El Derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona*, 97ª reunión plenaria, de 24 de febrero de 2016.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el incumplimiento del contenido del artículo 39.2 de la Constitución, de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida. En su Fundamento Jurídico 15 afirma que el término «posibilitar» la investigación de la paternidad, no significa que exista un derecho incondicional de las personas “que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen de la identidad del su progenitor”. El tribunal considera que no existe inconstitucionalidad en esa interpretación cuando sea desaconsejable el acceso a la identidad del progenitor⁴⁶⁴.

También hace referencia a que la acción de reclamación o de investigación tiene como punto de partida la constitución entre padre e hijo de un vínculo jurídico de derechos y obligaciones, con el que se inicia una relación paternofamiliar. En caso de revelación de la identidad en las técnicas de procreación artificial no generaría ningún vínculo jurídico, sino que solo comportaría la mera identificación del sujeto donante. El tribunal realiza una interpretación poco motivada, pues en los procesos de las personas adoptadas la similitud en la investigación de la paternidad surge de la misma forma: no crea ningún vínculo jurídico entre ambos, por ser la adopción irrevocable y esto sí que se ampara en el artículo 39.2 de la Constitución.

El tribunal recoge la interpretación del artículo 39.2 de la Constitución, sin tener en cuenta el verdadero objetivo del poder constituyente en el momento histórico en el que se debatió. El legislador y los tribunales han interpretado la norma contenida en el artículo 39.2 de la Constitución sobre la investigación de la paternidad, desde la perspectiva de creación de vínculos y obligaciones entre ambos dependiendo de a qué objeto o figura jurídica se le aplica. Nos parece claro que el poder constituyente, en el momento que estableció la posibilidad de investigar la paternidad, no quiso diferenciar entre las diversas formas en las que a un niño al que le falta parte de su verdad biológica puede acceder si no es creando vínculos jurídicos.

⁴⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio. Pleno. ECLI:ES:TC:1999:116.

El Tribunal Supremo, tres meses después, declaró la inconstitucionalidad sobrevenida del parto anónimo, por atentar contra la dignidad del niño y el derecho a conocer los propios orígenes. No es hasta la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia cuando se garantiza el derecho a conocer el origen biológico de las personas adoptadas

El anonimato del donante⁴⁶⁵ fue diseñado pensando la intimidad de los donantes⁴⁶⁶ desde el convencimiento de que, si no se hacía así, nadie querría donar espermatozoides u óvulos. Pero esta teoría se ha demostrado no ser cierta. En diversos países donde hace tiempo que ya no existe la donación anónima sigue habiendo personas que, por afán de ayudar a quienes no pueden tener hijos, por infertilidad o por otros problemas, donan su material genético y lo hacen de forma altruista.

El Comité de Bioética de España⁴⁶⁷ analizando la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, consideró que, desde una perspectiva ética, el anonimato en la donación de gametos a través de las técnicas de reproducción asistida debe ser reformado. Consideró el anonimato como contrario al interés superior del niño, erigido como la consideración primordial en cualquier procedimiento o norma en el que esté implicado un menor

⁴⁶⁵ Establecido en el artículo 5.5 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁴⁶⁶ “Si analizamos detenidamente el conflicto entre el derecho del hijo a conocer su origen biológico y el del donante a su intimidad, la solución constitucional alcanzada por el legislador en el artículo 5.5 de la Ley de reproducción humana asistida y ratificada por Alto Tribunal no ha sido, a la vista de la relevancia jurídica que ha cobrado el interés superior del menor, ponderada, es decir, no se han sacrificado parcialmente ambos derechos en aras de que mantengan, al menos, sus elementos más característicos. La decisión del legislador y del Tribunal Constitucional acaba por sacrificar el derecho del primero en beneficio del segundo o, incluso, en supuesto beneficio de las propias técnicas de reproducción humana asistida. Mantener que ambos derechos han sido reducidos proporcionalmente a través de la regla de la ponderación no puede afirmarse que sea correcto, ya que el del hijo queda, *de facto*, sacrificado, mientras que el del donante no se ve prácticamente reducido”. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe de 2020 del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*.

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

de edad. El principio del interés superior exige del Estado que garantice la efectividad de los derechos de los niños, como es el derecho a conocer el propio origen, vinculado directamente al derecho de la identidad, con independencia de la forma en que fue concebido el niño.

3.5.1.2 Las posibles consecuencias y daños que comportan las técnicas de la reproducción humana asistida

Las nuevas realidades implantadas a través de las nuevas tecnologías médicas han introducido en nuestra sociedad las técnicas de reproducción humana asistida que no escapan a los posibles errores humanos ni a las consecuencias perjudiciales que derivan de ellas, además de los posibles daños en las personas. La infertilidad de quienes conforman las sociedades más desarrolladas ha hecho que existan multitud de clínicas de reproducción humana asistida y que sus técnicas sean utilizadas por una gran parte de la sociedad actual.

La jurisprudencia⁴⁶⁸ ha recogido supuestos de tales hechos; entre otros casos, encontramos el caso de una clínica de fecundación humana en Las Palmas que, en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo, produjo un error que desencadenó un daño moral y material a los hijos y a la madre.

El daño moral ha sido abordado en diversas sentencias, con la dificultad que entraña probar su existencia⁴⁶⁹. El Tribunal Supremo señaló que la acción reparadora del artículo 1902 del Código Civil no solo engloba el daño moral a la vulneración de los derechos de la personalidad, sino también al sufrimiento

⁴⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria 951/2016, de 16 de mayo. Sección 5ª, de lo Civil. ECLI:ES:APGC:2016:951.

⁴⁶⁹ “Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba” Así lo afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 4448/2011, de 15 de junio. Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:2011:4448.

psíquico ocasionado por la pérdida de bienes materiales⁴⁷⁰; no obstante, pretender ser resarcido por daño moral requiere de una constatación judicial estricta de su existencia⁴⁷¹.

Poder acreditar en un procedimiento judicial los bienes jurídicos dañados es fácil cuando esos bienes son materiales, pero difícil si pertenecen a la esfera de lo personal; y, además, hay que demostrar de qué manera ha afectado la gravedad de los hechos en función de las circunstancias personales de los perjudicados. A todo esto, la parte actora tiene que tener en cuenta que debe acreditar la existencia de un nexo causal entre el hecho producido y el resultado dañoso.

La Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria consideró que el daño sufrido por los niños, debido al error por parte de la clínica en la implantación de la inseminación del donante, lesionó sus derechos inmateriales como personas, afectando a su dignidad humana y acompañándolos durante toda su existencia⁴⁷².

En este sentido, el juzgador pone de relieve que a los niños se les priva de conocer una parte importante de su identidad, conocer su propio origen, que engloba a sus antepasados de la línea paterna; pone un interrogante en una parte de sus vidas. La sentencia basa su diatriba en el artículo 39 de la Constitución, que recoge los principios rectores de la protección integral de los hijos y la posibilidad de investigar la paternidad⁴⁷³. Hace una interpretación de la identidad personal, que aúna los diversos elementos esenciales que la

⁴⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 5684/1996, de 19 de octubre. Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:1996:5684.

⁴⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo 1165/1984, de 9 de mayo. Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:1984:1165.

⁴⁷² Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria 951/2016, de 16 de mayo. Sección 5ª, de lo Civil. ECLI:ES:APGC:2016:951.

⁴⁷³ Ya interpretada por la jurisprudencia: "Pues no cabe duda del rango constitucional del derecho a investigar la paternidad en cuanto se estima más protegible en interés superior del menor, la realidad, a la ficción formal". Sentencia del Tribunal Supremo 8751/1987, de 5 de noviembre. Sala de lo civil. ECLI:ES:TS:1987:8751.

conforman y en cuyo centro se encuentra el propio origen y el entorno en el que se está integrado, así como la pertenencia a una herencia genética y familiar⁴⁷⁴. Todos estos elementos conforman el sentimiento de identidad personal en un derecho inmaterial que si es lesionado o vulnerado genera un daño moral indemnizable⁴⁷⁵.

Los niños afectados quedan sometidos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, con respecto al acceso a la información de la identidad del donante. En este caso, la madre no consintió ser inseminada con espermatozoides de un donante anónimo, mientras que la ley prohíbe en su artículo 5.5 la posibilidad de identificar la identidad del donante. El daño ocasionado a los niños y a la madre tiene una dimensión mucho más amplia de la que el tribunal recogió en la sentencia, al afectar a derechos inviolables⁴⁷⁶.

En el supuesto analizado sobre el error causado por la clínica de reproducción humana asistida, la sentencia quiebra el principio del interés superior de niño con respecto al derecho a la identidad genética⁴⁷⁷. La sentencia confirma la prevalencia de la intimidad de los donantes de gametos y embriones avalada por el artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, frente al derecho a la identidad.

La responsabilidad de una mala gestión por parte de las clínicas de reproducción humana asistida puede ocasionar lesiones a todas las partes que intervienen. En este tipo de procesos existen tres obligaciones frente al donante que las clínicas deben cumplir, pues de no hacerlo pueden derivar daños morales

⁴⁷⁴ Reconocido en la jurisprudencia por la sentencia que dio fin al parto anónimo. En ella se reconoce el derecho a conocer su herencia genética. Sentencia del Tribunal Supremo 5672/1999, de 21 de septiembre. Sala de lo civil. ECLI:ES:TS:1999:5672.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁷⁶ "A la libertad personal, la autonomía de la voluntad, la dignidad, el honor, la integridad moral, la maternidad, el derecho a la identidad biológica, e incluso el derecho a la propia vida, a la autonomía del paciente, y el derecho a la auto disposición sobre el propio cuerpo". María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, "Identidad genética, responsabilidad, daño moral e interés superior del menor", p. 1515.

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

objetivos: el primero es darle la información previa a la formalización del contrato, el segundo es la garantía de confidencialidad de su identidad del donante y el tercero el compromiso de no utilizar en más de seis ocasiones el material genético de un mismo donante, que debe declarar si ha realizado donaciones con anterioridad. El incumplimiento por parte del donante de la información sobre sus donaciones eximiría a la clínica de su responsabilidad⁴⁷⁸.

El análisis sobre el daño que ocupa esta investigación, nada tiene que ver con el posible daño moral que pueda afectar al donante anónimo. La investigación de este trabajo va dirigida a averiguar si es posible que exista daño moral por la pérdida de la identidad, sin discriminar en cuanto a la forma de procreación o a la razón de nacimiento. En esta pérdida de identidad incluimos a los niños nacidos a través de las técnicas de reproducción humana asistida, como producto de ambos aportes genéticos entre el donante anónimo y la madre biológica o la madre gestante (que no siempre tienen por qué ser la misma persona). Por esa razón, debemos analizar en profundidad de qué forma puede producirse el daño a la identidad y a la filiación.

3.5.2 La gestación por sustitución

En la sociedad tecnológica actual todo vale para ser padres; el avance de la biomedicina a través de las técnicas de reproducción humana asistida ha revolucionado la posibilidad de acceder a la paternidad, de forma individual o en pareja. La gestación por sustitución ha supuesto para las mujeres la opción de no tener que gestar un embarazo para conseguir ser madres. Los ordenamientos jurídicos de diferentes países prohíben este tipo de prácticas, y por esa razón las personas se desplazan a países donde es jurídicamente posible.

El problema jurídico en el que se encuentran los niños nacidos a través de la gestación por sustitución comienza después de su nacimiento, en el momento en el que se desplazan a los países de residencia de los padres, donde se

⁴⁷⁸ María Dolores CERVILLA GARZÓN, "El menor como sujeto damnificado en la reproducción asistida humana", p. 690.

pretende que sean reconocidos sus derechos, y entre ellos el derecho a la filiación como parte esencial de la identidad personal⁴⁷⁹.

Uno de los problemas que pueden surgir con los hijos nacidos por la gestación por sustitución es la falta de nacionalidad. Ello se produce por la necesidad de obtener la documentación necesaria para realizar el viaje al país de residencia de los padres al faltar la filiación de ambos con respecto al hijo. El primer obstáculo con que se encuentran se da cuando en los países de residencia de los padres rige el principio de *ius sanguini* y el segundo cuando en el país de residencia de los padres no está regulada jurídicamente la gestación por sustitución y se rigen por el principio *mater semper certa est*. Este principio dificulta mucho la posibilidad de alterar la filiación materna⁴⁸⁰.

En los países en los que se admite la gestación por sustitución y a la vez se rigen por el principio de *ius soli*, los hijos adquieren la nacionalidad del país por nacimiento y ello les facilita la salida del país. Esta condición simplifica el ingreso en el país de residencia de los padres. Pero no todos los países admiten la residencia permanente de personas con pasaporte extranjero sin un visado o permiso de residencia. En España se necesita para entrar o residir de forma permanente dependiendo del país de origen.

En los países que admiten jurídicamente la gestación por sustitución y se rigen por el principio de *ius sanguini*, la determinación de la nacionalidad del hijo se llevará a cabo por medio de la posición que tome el país de residencia habitual de los padres, con las consecuencias de que hasta que no se determine la filiación del niño no adquirirá la nacionalidad (con el perjuicio que generará esta situación, vulnerando los derechos del niño⁴⁸¹).

⁴⁷⁹ Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, “La gestació subrogada i la nostra infància sense dret a la seva identitat”, p 18-19.

⁴⁸⁰ Eleonora LAMM y Nieve RUBAJA, “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional: los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, p. 152.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 153.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversas sentencias con respecto a la situación en la que los niños se encuentran una vez que han regresado al país de residencia de los padres que han realizado el contrato de gestación por sustitución: entre ellas, nos encontramos con el asunto *Menesson contra Francia*⁴⁸² y *Abassee contra Francia*⁴⁸³. Vamos a analizar los pronunciamientos de diferentes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación por sustitución y las implicaciones que estas decisiones suponen respecto del derecho a la identidad en la normativa interna de España.

3.5.3 Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación por sustitución

En el asunto del caso *Menesson contra Francia*, el tribunal estimó que se había vulnerado el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, sobre el derecho de los niños al respeto de su vida privada⁴⁸⁴. El tribunal afirmó que todo ser humano, como persona individual, tiene el derecho de formar su identidad dentro del respeto a su vida privada, en la que se incluye la relación jurídica entre padres e hijos. El tribunal hace referencia al aspecto esencial que

⁴⁸² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 65192/11, de 26 de junio 2014.

⁴⁸³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, número 65941/11 de 26 de junio de 2014.

⁴⁸⁴ “El respeto de la vida privada exige que toda persona pueda establecer su identidad como ser humano individual, lo que incluye la relación jurídica paterno filial” y que “está en juego un aspecto esencial de la identidad de las personas en lo que se refiere a la relación jurídica paterno filial” (véase el apartado 96 de la sentencia). Añadió que el “derecho al respeto de la vida privada [de los niños nacidos en el extranjero a través de la gestación subrogada] -que implica que toda persona debe poder determinar la esencia de su identidad, incluida la relación jurídica paterno filial- se vio sustancialmente afectado [por la falta de reconocimiento en la legislación francesa de la relación jurídica paterno filial entre estos niños y los progenitores comitentes]”. El Tribunal dedujo de ello que “se planteó una cuestión grave en cuanto a la compatibilidad de esa situación con el interés superior de los menores, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión a este respecto”. Dictamen de 10 de abril de 2019 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos solicitado por el Tribunal de Casación francés. Demanda P16-2018-001, p. 4.

une la identidad del ser humano y se forma con la relación que existe con los progenitores⁴⁸⁵.

Señaló la necesidad que tiene toda persona en poder determinar la esencia de su identidad a través de las relaciones jurídicas paterna y materna; al haber negado el Estado francés la inscripción de los datos de la partida de nacimiento respecto del reconocimiento paternofilial, se privó al hijo de uno de los componentes de su identidad, como lo es el principio de la verdad biológica y a que quede acreditada su filiación desde el nacimiento en interés superior de niño. El Estado francés sobrepasó sus límites al tomar la decisión de no inscribir la filiación.⁴⁸⁶

En este caso, el padre comitente era el verdadero padre biológico de los niños gestados a través de la gestación por sustitución; ambos padres tenían origen francés y, ante la prohibición en Francia sobre la gestación por sustitución, decidieron viajar a California (Estados Unidos). El padre aportó el semen y el óvulo pertenecía a una donante. A todos los efectos, para el Estado de California, los padres comitentes eran los padres legales. Una vez en Francia, los padres, al querer legalizar en el Registro Civil el nacimiento de sus hijos, vieron denegada la inscripción, por considerar el Estado francés que atentaba contra el orden público⁴⁸⁷. La madre comitente no pudo establecer su inscripción como madre: solo tuvo la posibilidad de optar por la adopción, al prevalecer el interés superior del niño en crear una relación jurídica entre madre e hijo⁴⁸⁸.

En ambos casos, *Menesson* y *Abassee* contra Francia, los padres comitentes habían aportado el esperma, por lo que eran los padres biológicos de

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ "El Tribunal considera, teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción sobre la identidad y el derecho al respeto de la vida privada de los [niños], que al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación jurídica con su padre biológico, el Estado demandado sobrepasó los límites permisibles de su margen de discrecionalidad". *Ibidem*, p. 5.

⁴⁸⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 65192/11, de 26 de junio 2014.

⁴⁸⁸ Dictamen de 10 de abril de 2019 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos solicitado por el Tribunal de Casación francés. Demanda P16-2018-001, p. 5.

los niños nacidos por gestación por sustitución. El Tribunal de Casación francés solicitó un dictamen en el que formuló dos preguntas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación por sustitución⁴⁸⁹.

La primera pregunta era sobre si debía poderse inscribir a la madre comitente cuando ha aportado ella el óvulo que ha dado como resultado el nacimiento del niño (a través de la madre gestante). El tribunal reconoció que la negación de inscripción de la madre comitente perjudica al niño, colocándolo en una posición de inseguridad jurídica: además del riesgo de negarle el acceso a la nacionalidad de la madre y las consecuencias de no poder permanecer en su país de residencia. también se corre el riesgo de no poder heredar o el de dejarlos en una situación de vulnerabilidad ante el fallecimiento del padre. Son muchos los componentes que afectan de forma esencial a la falta de reconocimiento de la relación jurídica filial⁴⁹⁰. Acaba considerando que si la madre comitente aportó el óvulo para que se gestara a través de la gestación por sustitución, con más razón debe existir la exigencia de la relación jurídica entre la madre y el niño.

La segunda cuestión que fue planteada fue que la gestación por sustitución produce claros perjuicios si no está regulada en el país de residencia de los padres comitentes. En el caso de Paradiso y Campanelli⁴⁹¹, la Gran Sala dictó

⁴⁸⁹ “1. Al negarse a inscribir en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones los detalles del certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación subrogada, en la medida en que el certificado designa a la ‘madre comitente’ como ‘madre legítima’, al tiempo que acepta la inscripción en la medida en que el certificado designa al ‘padre comitente’, que es el padre biológico del niño, ¿el Estado Parte se extralimita en su margen de discrecionalidad en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales? A este respecto, ¿debe hacerse una distinción dependiendo de que el niño haya sido concebido utilizando los óvulos de la ‘madre comitente’?”

2. En caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos preguntas anteriores, ¿la posibilidad de que la madre comitente adopte al hijo de su cónyuge, el padre biológico, como medio para establecer la relación jurídica materno-filial, garantizaría el cumplimiento de los requisitos del artículo 8 del Convenio?” *Ibidem*.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p.10.

⁴⁹¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 24 de enero de 2017.

una sentencia aconsejando a los ciudadanos de los estados miembros de los riesgos que contiene este tipo de prácticas en la explotación de las mujeres, las autoridades de los países que permiten la gestación por sustitución deben tener mayor control al autorizarlo en personas no nacionales, al no estar legalizado por igual en todos los países los padres comitentes se encontrarán con dificultades a la hora de inscribirlos en los consulados.

En el caso de Paradiso y Campanelli, ninguno de los comitentes había aportado material genético para la gestación, por lo que la Gran Sala consideró con once votos contra seis que no existió injerencia en la vida privada y que las autoridades italianas actuaron correctamente al negar la inscripción del niño. La sala entendió que el niño estaba en situación de abandono. La motivación que se dio fue que, al no existir ningún vínculo genético entre el niño y los comitentes, y dado que habían infringido las normas sobre adopción y reproducción humana asistida que regían en Italia en ese momento, quedaba justificada la adopción de las medidas urgentes de separación del niño de los comitentes⁴⁹².

En conclusión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que, si uno de los comitentes aporta material genético para la gestación por sustitución, debe ser considerado como el padre biológico y debe poder instar la inscripción en el Registro Civil del país de residencia. Es coherente: la verdad biológica prevalece por encima de cualquier otra. Por lo que, si ambos comitentes aportan cada uno su material genético para que el hijo sea gestado a través de la sustitución, el Registro Civil del país de residencia de ambos comitentes no debería poder negar la inscripción. Esta situación crea muchas preguntas que aun los tribunales no han resuelto.

3.5.4 Las resoluciones del Tribunal Supremo sobre la gestación por sustitución

⁴⁹² Esther FARNÓS-AMORÓS, "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho (I)", pp. 231-242.

En España, el Tribunal Supremo se pronunció por vez primera con respecto a la gestación por sustitución en 2014⁴⁹³. Estimó que se vulneraba la dignidad de la mujer gestante y al niño. La sentencia basó su motivación en que estos negocios permiten a determinados intermediarios enriquecerse a costa de la necesidad de mujeres jóvenes en situación de pobreza creando una «ciudadanía censitaria»⁴⁹⁴ para establecer relaciones paternofiliales, solo accesible para los que disponen de elevados recursos económicos⁴⁹⁵.

Esta sentencia fue instada por el Ministerio Fiscal contra la Dirección General de los Registros y del Notariado y contra los padres comitentes, por la inscripción del nacimiento de un niño en el Registro Civil. El Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia estimó íntegramente la demanda presentada por el Ministerio Fiscal que fue recurrida en apelación por los padres comitentes y confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial de Valencia⁴⁹⁶.

Los padres comitentes elevaron recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia⁴⁹⁷, basándose en la infracción del artículo 14 de la Constitución. Alegaron la vulneración del principio de igualdad en relación con el derecho a la identidad del niño y a su interés superior. El Tribunal Supremo consideró que el interés superior del niño se considera un concepto jurídico indeterminado y que este caso resulta controvertido. Se debe tener en cuenta que, para llegar a la conclusión de que se aplica correctamente el interés superior del niño, deben ponderarse los valores y principios asumidos por la sociedad como propios que se hallan integrados en las normas jurídicas⁴⁹⁸.

⁴⁹³ En la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014. ECLI:ES:TS:2014:247, y confirmada por el Pleno por el Auto del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015. Pleno Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:2015:335A

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre, sección décima. ECLI:APV:ES:826.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

⁴⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014. ECLI:ES:TS:247. Señaló que el interés superior del niño en la gestación por sustitución “debe hacerse tomando en

Cuatro magistrados que intervinieron en la resolución de esta sentencia formularon un voto particular discrepando de la mayoría plasmada en ella, en lo que concierne a la consideración sobre el interés superior del niño. Los cuatro magistrados reconocieron la gravedad de colocar a los niños en un limbo jurídico al no obtener la nacionalidad española, sin darles una solución específica, mientras los niños siguen creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. Manifiestan que el interés del niño es superior y también de orden público⁴⁹⁹ y reafirman lo dictado en una resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de que el hecho de que sea una filiación de carácter ilegal no justifica un trato discriminatorio por parte de las autoridades⁵⁰⁰.

Los magistrados que emitieron el voto particular sustentan que el interés superior del niño se debe proteger antes y después de la gestación, por lo que los tribunales de California lo protegieron antes y los tribunales españoles le denegaron la protección después de la gestación. Se ha ignorado la realidad que existe en la actualidad⁵⁰¹ y no se han dado soluciones pensadas en los niños que llegan a España y que son abocados a una situación que puede ser

consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores”.

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

⁵⁰⁰ “El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público constitución suprallegal, de modo que el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado”. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia 216/13, de 13 de marzo. Sala de lo Social de Madrid. ECLI:ES:TSJM:2013:8633

⁵⁰¹ En este sentido se pronunció en el voto particular emitido en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el caso Warner contra Luxemburgo, de 28 de junio de 2007, sobre la interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, afirmando que tiene que ser “un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales”.

considerada como desamparo (como el caso de Paradiso y Campanelli), con el perjuicio que causa a los niños privarles de su identidad y de su núcleo familiar. El voto particular concluye diciendo que “no hay orden público si en el caso se contraría el interés del niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”.

Por ello, concluimos que, cuando en un proceso intervenga un niño, su interés superior debe prevalecer por encima de cualquier otra decisión. El carácter indeterminado que contiene este precepto hace que se pondere dependiendo de los objetivos que priorice quien lo interpreta a la hora de aplicar la ley. Ciertamente es que no todo vale en interés del niño, pero se deben dar soluciones a los problemas que las sociedades actuales crean, por encima a veces de las normas que los regulan.

La prohibición de la gestación por sustitución en España no ha evitado que muchas personas hayan optado por realizar esta práctica en países que la admiten. Los inconvenientes que se plantean en los procesos de adopción nacional e internacional han derivado en que se busquen estas otras formas para ser padres.

De la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso *Mennesson y Abassee* contra Francia hay que destacar lo importante que es la paternidad biológica como una parte esencial de la identidad de la persona. Ésta puede afectar en un futuro a los niños nacidos por gestación por sustitución cuando pregunten por su identidad o quieran conocer su propio origen; además, hay que tener presentes los inconvenientes que encontrarán para descubrir los orígenes biológicos del donante o donantes anónimos; asimismo, les afectará saber que fueron gestados por una mujer que no es la que conocen como su madre, con la que pueden compartir material genético (si además es su madre biológica) o que simplemente ha sido el continente en donde se produjo el embarazo. En todo caso, es muy probable que puedan compartir el recuerdo de

su voz y el latido de su corazón al haber permanecido nueve meses en su interior⁵⁰².

4 DAÑO, IDENTIDAD Y FILIACIÓN

El ser humano ha desarrollado a través de su cuerpo y su espíritu la capacidad de tomar sus propias decisiones y de llegar a ser quien es, gracias a la innata libertad que posee. Cada persona es capaz de autodeterminarse, diferenciándose del resto, lo que la hace única e irreplicable. La diferenciación que existe en relación al desarrollo personal queda protegida por la legislación y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, definiéndola como la «identidad personal»⁵⁰³.

La identidad genética es única en cada ser humano; esta circunstancia forma parte de su secuencia de genoma humano como elemento esencial de un valor intransferible de la raza humana en general. Proteger la integridad de las personas y su dignidad humana es admitir la importancia de preservar, frente a los daños y perjuicios, a los que puedan enfrentarse a ella⁵⁰⁴.

Vamos a analizar si existe, o no, un posible daño en la identidad personal del hijo de familia monoparental cuando el progenitor padre no reconoce jurídicamente de forma voluntaria a su hijo tras el nacimiento. No podremos apreciar de forma correcta los alcances y repercusiones del posible daño a la identidad personal sin identificar correctamente lo que se daña y cómo se materializa esta lesión, por lo que nos dedicaremos a plasmar la investigación científica respecto al daño de la identidad personal.

⁵⁰² Gabriel F. FEDERICO, *El embarazo musical*, p. 5.

⁵⁰³ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Daño a la identidad personal", p. 245.

⁵⁰⁴ Frieda Roxana DEL ÁGUILA TUESTA, "Identidad genética y filiación", p. 237.

4.1 La individualización del daño en la responsabilidad civil

Cuando aludimos al término «daño» nos referimos a la producción de situaciones negativas en alguien o en algo. Desde una visión jurídica, el daño es una condición que desfavorece a un sujeto de derecho y que necesita ser resarcido cuando la acción que lo ha ocasionado es imputable a otro sujeto⁵⁰⁵.

El daño se diferencia del hecho que lo produce: el hecho pertenece al mundo de los hechos jurídicos; el hecho es una expresión real que va en contra de un interés tutelado por el Derecho, un fenómeno físico que impide que ese interés sea satisfecho; en cambio, el daño es una cualidad de lo ocurrido por el hecho acaecido que cuantificará la lesión o pérdida producida en términos económicos⁵⁰⁶.

La interpretación que se hace del daño supone la valoración económica de la situación en la que haya quedado una persona por el hecho desfavorable que ha propiciado el hecho causante del daño. El perjudicado tiene que decidir si se conforma con el estado en que le ha sumido del hecho o si procede actuar para que le sea resarcida la situación a través de otras alternativas. Cuando el objeto ha sido destruido, la persona afectada se ve abocada a la decisión de dejar las cosas como están después de la pérdida del objeto o pedir la reposición de otro objeto de iguales características⁵⁰⁷.

Podemos llegar a la conclusión de que el hecho de no reconocer jurídicamente de forma voluntaria a un hijo por parte del padre, ya produce un efecto negativo en el niño⁵⁰⁸, puesto que le está privando de la obligación de

⁵⁰⁵ Leysser LEÓN HILARIO, "El daño existencial ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?", p. 37.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ *Ibidem*.

⁵⁰⁸ "Obviamente, además de privarlo de derechos patrimoniales relacionados al vínculo padre-hijo, en caso de no existir reconocimiento voluntario del hijo, se le está negando el poder desarrollar íntegramente su derecho a la identidad. Se le niega el poder conocer su historia". Alejandro J. RIERA GAGLIARDONE, "El daño provocado por el desconocimiento voluntario de la filiación", p. 170.

cuidado por parte de los padres, del derecho a la identidad y del derecho a la dignidad humana, reconocidos internacionalmente y ratificados por España⁵⁰⁹. La negación de forma consciente de un derecho, en este caso, la negación a la filiación del hijo deviene, por tanto, un acto ilícito⁵¹⁰.

La falsificación de la inscripción de la filiación puede causar serios daños en la esfera psicosocial de los hijos, tanto en su niñez, como en la edad adulta. La atribución de una paternidad falsa que obstruya el derecho a conocer a su verdadero padre, ya es de por sí dañosa para el hijo, pero si además se incrementa ese daño con la ocultación de la verdad biológica y el obstáculo del derecho a conocer su propio origen, se añade otro grave daño en la persona no reconocida. Es sabido que, en los hijos reconocidos por complacencia, ante la impugnación del reconocimiento filial falseado se suele producir un rechazo parental, además de la pérdida de la relación afectiva con quien se creía que era el progenitor biológico⁵¹¹.

El Tribunal Supremo afirmó que la conducta de ocultación de la paternidad es susceptible de causar un daño con consecuencias negativas para el grupo familiar, aunque niega que esa acción sea resarcible por medio de la indemnización prevista para la responsabilidad civil contractual o extracontractual. Aunque esta apreciación parte de un supuesto de ocultación de la paternidad dentro del matrimonio, en la misma sentencia se hace referencia a que la aplicación del artículo 1902 del Código Civil no deja sin sanción otras conductas propias que puedan ocasionar daños en el ámbito de los derechos fundamentales⁵¹².

⁵⁰⁹ Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE número 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904).

⁵¹⁰ Alejandro J. RIERA GAGLIARDONE, "El daño provocado por el desconocimiento voluntario de la filiación", p. 166.

⁵¹¹ Xiomara RIVERA ZAMORA, *El reconocimiento filial de complacencia. Especial referencia al derecho nicaragüense*, p. 169.

⁵¹² Sentencia del Tribunal Supremo 3700/2018, de 13 de noviembre. Pleno Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:2018:3700.

El tribunal mantiene la doctrina sentada del Tribunal Supremo⁵¹³ que no reconoce que el caso abordado sea indemnizable por el daño moral generado a uno de los cónyuges en caso de infidelidad y de ocultación de la paternidad de un hijo que consideraba suyo, no siendo aplicable lo previsto en el artículo 1902 del Código Civil; pero deja claro que no deja sin aplicación general de la responsabilidad civil cualquier daño ocasionado a un derecho fundamental (como podría ser la vulneración del derecho a la identidad), si bien limita el daño indemnizable en las relaciones familiares dentro del matrimonio. El tribunal entiende que no concurre el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber fidelidad del artículo 68 del Código Civil, pero sí en la condición de perjudicada por la acción culposa o negligente de la persona que la causa⁵¹⁴.

Si consideramos que, el derecho a la dignidad y a la identidad es un derecho humano, fundamental y autónomo⁵¹⁵ que debe ser protegido, podemos estar de acuerdo con que “quien viola un derecho humano es un dañador y que debe resarcir a la víctima de dicha violación, en este caso de los derechos humanos a la dignidad y la identidad”⁵¹⁶.

Hemos observado cómo la jurisprudencia acepta que existe un daño moral por la ocultación de la paternidad y que no lo reconoce como un daño indemnizable. De toda la jurisprudencia analizada en este trabajo, no hemos encontrado ningún procedimiento judicial instado en España en el que haya un pronunciamiento sobre si la falta de reconocimiento voluntario del hijo por parte del progenitor en el momento posterior al parto produce, o no, daño moral.

⁵¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 5489/1999 de 30 de julio. Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:1999:5489. Sentencia del Tribunal Supremo 5364/1999 de 22 de julio. Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:1999:5364.

⁵¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 3700/2018, de 13 de noviembre. Pleno Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:2018:3700.

⁵¹⁵ Mariana DE LORENZI, “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente?”, p.106

⁵¹⁶ Alejandro J. RIERA GAGLIARDONE, “El daño provocado por el desconocimiento voluntario de la filiación”, p.172.

En Derecho comparado, cabe destacar diferentes sentencias en Argentina que afirman que la omisión voluntaria de no reconocer a un hijo produce un daño, protegido por el principio general de no dañar a los demás (*alterum non laedere*) y por el derecho de todo ser humano a tener una filiación; que se halla implícito en el derecho a la dignidad humana y a la identidad personal, aunque no toda la doctrina y jurisprudencia argentinas sean uniformes con respecto a la aplicación del derecho de daño a las relaciones familiares⁵¹⁷.

Para llegar al convencimiento de cómo el hecho de no reconocer a un hijo ejerce un efecto negativo en la identidad personal debemos analizar qué aspectos son los que lesionan la identidad del ser humano y en qué aspectos le afectan.

4.2 El daño y la identidad personal

Lesionar la identidad personal de un ser humano afecta a uno de los aspectos más importantes de las personas: este daño puede ocasionar consecuencias de carácter tanto extrapatrimonial como patrimonial, e incluso ambas de forma simultánea⁵¹⁸.

Tenemos que distinguir entre el elemento dañado, que puede ser humano o material, y las consecuencias que se deriven del daño en sí. El daño subjetivo que afecta a una persona por la pérdida de cualquier miembro de su cuerpo ocasiona unas consecuencias extrapersonales o extrapatrimoniales y, por ello, se tiene que satisfacer el daño emergente que surge del mal ocasionado hasta su reparación, valorándose incluso la frustración del proyecto de vida, o las secuelas psíquicas o que generen sufrimiento o dolor.

⁵¹⁷ María Julieta SAGASTA, "Daños derivados del Derecho de familia: ¿Podría considerarse un eximente de la responsabilidad la relación familiar?" www.eldial.com, DC2C92. Id SAIJ: DACF210042

⁵¹⁸ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Daño a la identidad personal", p. 255.

Por tanto, se debe distinguir entre el daño a la persona y el daño moral, pues no corresponde a un mismo concepto⁵¹⁹. El daño moral es uno de los muchos daños psicosomáticos que pueden lesionar a las personas; afecta directamente a la esfera sentimental del sujeto, siendo una forma concreta de afectación psíquica dentro del daño general a la persona. El daño al proyecto de vida incide directamente en la libertad de las personas a poder autodeterminarse según sus propias decisiones; en cambio, el daño moral no compromete la libertad del sujeto que lo padece, sino que es un perjuicio en su esfera sentimental que no afecta al futuro, sino que desaparece por lo general con el paso del tiempo⁵²⁰. A nuestro parecer, las consecuencias psíquicas que un niño puede experimentar a lo largo de su vida por no conocer su propio origen biológico pueden desencadenar en un sentimiento de padecimiento psíquico⁵²¹ que es muy difícil que desaparezca con el paso del tiempo: las heridas del abandono⁵²² cicatrizarán, pero sus secuelas permanecen para siempre.

El resarcimiento del daño es diferente cuando el ente dañado es un ser humano o cuando lo es un objeto mundano. Hay que evitar aplicar la reparación del daño de las consecuencias personales igual que si se hubiesen sufrido daños patrimoniales. El daño producido a personas nunca puede confundirse con los objetos del mundo, y menos en los casos de indemnización de daños que no hayan generado consecuencias económicamente cuantificables.

⁵¹⁹ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", p. 10.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁵²¹ Como así lo señaló en el apartado cuarto del Fundamento de Derecho de la Sentencia 231/2019 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de mayo. Sección octava. ECLI:ES:APM:2019:5879, lo han calificado como trastornos diagnosticados y respecto a la indemnización del daño moral debe considerarse que concurre "cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito habiendo declarado además, la existencia de daño moral derivada de la ocultación de la paternidad la Sentencia del Tribunal Supremo de 22/07/2009".

⁵²² Sonia LÓPEZ MONTEAGUDO, *El sentimiento de abandono en niños adoptados*, p. 29.

La lesión de la identidad personal se produce cuando de alguna forma se atenta contra la «verdad personal»⁵²³. Se produce un daño cuando se lesiona la identidad personal alterando la filiación, de igual forma que se vulnera la identidad personal del niño cuando es reconocido por complacencia, alterando la filiación que por naturaleza le corresponde, al igual que cuando la madre oculta al hijo la identidad del padre biológico, negándole lo que le es propio, su verdad biológica.⁵²⁴.

Para que cada ser humano pueda llegar a desarrollar su propia identidad se necesitan dos particularidades esenciales: la vida y la libertad. La vida con libertad hace posible que las personas se desarrollen tomando sus propias decisiones y creando su identidad individual.

4.2.1 La trilogía de la identidad, la vida y la libertad

La libertad permite que la vida de cada persona cree su propia historia de forma distinta e inalienable. Esta facultad hace “que cada ser humano sea solo idéntico a sí mismo. De ahí que la vida, libertad e identidad constituyan las tres más importantes características de la existencia humana”⁵²⁵.

La libertad del ser humano hace desplegar una vida con la potestad y la capacidad de elegir por uno mismo según los propios valores y creencias. Cada persona es diferente del resto y esta diferencia deriva de que cada uno viva en libertad, escribiendo su propia historia y tomando sus propias decisiones a lo

⁵²³ “¿Cómo se lesiona la identidad personal? A juzgar por lo hasta aquí expuesto, ello acontece cuando de algún modo y en diversa medida, se atenta contra la “verdad personal” que es, como se ha expresado, el interés existencial protegido por este específico derecho. Se agravia la identidad personal, de modo genérico, desnaturalizando, falseando, desvirtuando, alterando, ocultando dicha “verdad” Es decir, imputando al ser humano atributos, características, conductas o ideas que no le pertenecen, que no integran su “verdad” personal o negándole aquéllas que le son propias. Lo contrario a la verdad, como es bien sabido, lo constituye la inexactitud. Por consiguiente y en principio, toda falsedad que se exprese y se difunda, por cualquier medio, contra la identidad personal es un agravio que debe ser materia de rectificación por parte del lesionante y, si fuere el caso, causal para indemnizar los daños que se pudieran haber producido”. Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Daño a la identidad personal”, p. 256.

⁵²⁴ *Ibidem*.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 247.

largo del tiempo⁵²⁶. Por esa razón, el sentimiento de falta de identidad no va a tener la misma trascendencia para todas las personas.

Si unimos identidad, vida y libertad debemos añadir que no se es libre si tomamos decisiones partiendo de una falsedad. Nos referimos a la identidad forjada por una persona a partir de una mentira con respecto a su verdad biológica. Si las decisiones que han ido construyendo la identidad de una persona han sido ejecutadas desde el engaño o la ocultación, en realidad no ha tenido una auténtica libertad, porque no se sabe si las opciones que hubiese tomado desde el conocimiento de la verdad habrían sido las mismas, o no. La libertad con la que desarrollamos nuestros actos propios en la vida determina nuestra identidad dinámica y nos hace únicos en esencia ante todos los seres humanos.

Esta libertad puede verse comprometida, tanto en las decisiones subjetivas como en su expresión (como apariencia o manifestación de algo), afectando al libre desarrollo de la personalidad⁵²⁷.

La identidad era considerada hasta hace poco tiempo como un aspecto único para identificar a una persona de otra: por el nombre y por las huellas digitales para distinguirse a través de un documento de identidad. En la actualidad, se diferencia entre identidad e identificación, aunque los datos son invariables⁵²⁸. El ser humano, por sus propiedades trascendentales, escribe su propia historia a través de la identidad dinámica que se crea a través de sus vivencias en el tiempo. La identidad no se reduce a elementos estáticos de la

⁵²⁶ *Ibidem*.

⁵²⁷ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", p. 11.

⁵²⁸ "Sino que por su calidad ontológica de ser libre el hombre está también dotado de una identidad dinámica, la cual está conformada por las características de su personalidad. De ahí que la identidad esté esencialmente vinculada con la libertad, desde que el ejercicio de ésta permite el despliegue de la personalidad en el tiempo" *Ibidem*, p. 248.

identidad a los que hace referencia el nombre, sino que se conforma por los de carácter dinámico propios de la personalidad⁵²⁹.

4.2.2 El concepto de la identidad estática y dinámica

La identidad se forma por un conjunto de circunstancias que, dentro de la igualdad del ser humano, nos diferencian a todos; entre ellas está la genética, por la que formamos parte de un grupo de personas directamente relacionadas con nuestro material genético. Tanto el ADN como las huellas digitales son claros ejemplos de la identidad estática, por ser invariables a lo largo del tiempo. Entre los aspectos estáticos de la identidad podemos agregar, como elementos de identificación, el nombre, la fecha y el lugar de nacimiento o la filiación. Estos datos son, en principio, invariables si no es por decisión judicial, como puede ser la modificación de la filiación o del nombre⁵³⁰.

La parte dinámica de la identidad se complementa con las características y los rasgos de la personalidad. Estos datos si pueden variar con el tiempo, la cultura, la ideología, entre otros, por ejemplo. La personalidad se va adquiriendo conforme vamos conectando con la sociedad en la que convivimos. Volvemos a incidir en que la identidad dinámica se describe a partir de la libertad y en que esta libertad permite que cada ser humano tome sus propias decisiones para el desarrollo de su personalidad, en función de sus principios y su escala de valores⁵³¹. La identidad dinámica se forja por causa de cada una de las vivencias que la persona tiene desde el momento de la concepción, manifestándose en el presente y proyectándose en el futuro; la identidad no tiene límites⁵³².

⁵²⁹ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, p. 247.

⁵³⁰ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Daño a la identidad personal", 248.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 249.

⁵³² "La identidad no es algo acabado, finito. Por el contrario, es lábil, fluida, dinámica, como lo es la propia vida del ser humano. La personalidad se perfila en el tiempo, se enriquece y se empobrece, se modifica. Este aspecto de la identidad se diferencia de aquel otro, de carácter estático que, como en el caso del genoma humano, es invariable, inmodificable en el transcurso del tiempo". *Ibidem*.

La dinámica propia de la personalidad no siempre es fácil de comprender por parte de los demás. La búsqueda del propio origen no es considerada como una necesidad inherente al ser humano por toda la sociedad de la misma manera; incluso, a veces, las personas a las que les falta completar esa búsqueda pueden ir cambiando de opinión en las diferentes épocas de sus vidas. La divergencia de opiniones por parte de la sociedad actual con respecto a la búsqueda del propio origen no es entendida como una necesidad humana. El interés para cada persona es variable con respecto a lo que merece ser amparado judicialmente⁵³³.

Cuando nos referimos al daño que puede ocasionar en un niño no ser reconocido por su padre, no podemos pretender entender que esto se deba constatar a partir de daños que produzcan signos físicos evidentes. El daño hecho a la identidad personal afecta a la psique y puede dar lugar a una acción de ésta en el cuerpo, o al contrario, por lo que se deberá tener en cuenta que el daño ocasionado puede incidir tanto en la salud mental como en la física.

4.2.3 El daño psicosomático a la identidad personal

El daño psicosomático se puede observar en dos vertientes: el daño biológico y daño a la salud. El daño biológico sería la lesión sufrida; podríamos considerarlo como la vertiente estática del daño psicosomático. En cambio, daño a la salud es lo contrario al buen funcionamiento de una actividad somática y psíquica en su vertiente dinámica⁵³⁴.

El daño biológico agrede a la integridad material o corpórea del ser humano de forma inmediata, mediante la provocación de lesiones visibles y con la posibilidad de realizar un diagnóstico por parte de un profesional. En cambio, las

⁵³³ "La Corte Suprema de Italia, en sentencia del 22 de junio de 1985, al recoger el aporte de la doctrina y de algunas aisladas sentencias que se referían a la identidad personal, la describió como el evento en el que "cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva" *Ibidem*.

⁵³⁴ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", p. 9.

lesiones de carácter psicológico son de más compleja evaluación: pueden ser el resultado de una agresión física o pueden presentarse desligadas de dicha agresión⁵³⁵.

El posible daño a la identidad personal al que nos referimos en esta investigación no se puede situar dentro de lo que se entiende como daño biológico, porque no existen lesiones físicas aparentes como consecuencia del daño.

Por tanto, el daño a la identidad personal lo debemos encuadrar dentro de la esfera del daño a la salud, que afectará directamente al estado de bienestar total de la persona y que deberá ser determinado por un juez a partir de los informes técnicos especializados emitidos sobre la trascendencia y alcance de la lesión provocada.

Ambas calificaciones, de daño biológico y daño a la salud, solo pueden ser distinguidas para poder realizar una correcta evaluación de los efectos y de sus consecuencias, que son las que deben ser compensadas en forma económica⁵³⁶.

4.2.4 La visión de la jurisprudencia civil con respecto al daño a la identidad personal

Con respecto al daño moral en las relaciones de familia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha desestimado⁵³⁷, en distintas sentencias de la misma sala, la indemnización por daño moral con respecto a la ocultación de la paternidad por la madre, aunque todas las sentencias iban dirigidas al posible

⁵³⁵ *Ibidem*.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ Sentencias del Tribunal Supremo 5364/1999, de 22 de julio. ECLI:ES:TS:1999:5364; 5489/1999, de 30 de julio. ECLI:ES:TS:1999:5489; 445/2009, de 14 de julio y 4183/2012, de 18 de junio. ECLI:ES:TS:4183.

daño moral causado al que se creía ser el padre y no lo era; ninguna de ellas hace referencia al daño moral causado al hijo por dicha ocultación.

Existen posiciones contrarias sobre la aplicación de la responsabilidad contractual en las relaciones familiares. De las sentencias analizadas, el tribunal supremo estima que, para que entre dentro de la aplicación del artículo 1902 del Código Civil debe reunir los requisitos de haberse dado una conducta dolosa. El tribunal estableció que el daño moral causado por la infidelidad de uno de los cónyuges no es susceptible de reparación económica por no estar castigado en los artículos 67 y 68 en relación al artículo 1101 del Código Civil. De otro modo, cualquier vulneración de los compromisos matrimoniales sería causa de indemnización⁵³⁸

Hemos observado que no existe un concepto general de la mayoría de los tribunales de justicia con respecto al daño moral.

4.3 La evolución jurídica de los derechos de la personalidad

Los derechos de la personalidad son definidos como los valores del ser humano como persona⁵³⁹. Los derechos de la personalidad no son de nuevo cuño en la actualidad: ya se castigaban en la antigüedad las ofensas físicas y morales. En el Derecho romano encontramos la *actio iniuriarum*⁵⁴⁰, en la que ya se reconocía la protección de la persona frente a una ofensa por mera injuria y sin que mediaran lesiones⁵⁴¹.

⁵³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 3700/2018, de 13 de noviembre. Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:2018:3700.

⁵³⁹ Federico DE CASTRO Y BRAVO, “Los llamados derechos de la personalidad”, p. 1237.

⁵⁴⁰ Considerada como la acción a favor de la víctima del delito de injurias contra el autor de dicho delito. “En las XII Tablas se recogen dos supuestos de daños físico contra las personas y uno de ofensa física sin lesión o injuria pura y simple, protegidos por una *actio iniuriarum*”. Emma RODRÍGUEZ DÍAZ, “A propósito de la «*actio iniuriarum*»”, p. 562.

⁵⁴¹ “Se cree que en época de la Lex Aebutia, fue emanado por el pretor un *edictum generale* en que prometió una *actio iniuriarum* que permitía acceder a un *iudicium recuperatoium de inouris aestimandis*” *Ibidem*. “La función encomendada a los recuperadores es la *aestimato pecuniaria*

Los fundamentos técnicos que dan como resultado la definición de la esfera de la personalidad surge de la filosofía escolástica. Se basan en la concepción cristiana de considerar que todos los seres humanos son personas y que los bienes personales y las facultades que hacen que cada una sea diferente de otra se encuentran dentro de la propia naturaleza de las personas por el hecho de ser seres vivos, se encuentran en el interior de su mismo cuerpo (*in bonis corporis*)⁵⁴².

En Europa, la «teoría de los derechos innatos» toma un nuevo rumbo, utilizando conceptos más actuales que llevan a considerar a todos los seres humanos por igual, por lo que se deben entender, los derechos de la personalidad como innatos (*oficio et iura connata*) y, por tanto, garantizarse por todos los Estados. Los derechos de la personalidad no alcanzarán su consagración legislativa hasta la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que, posteriormente, irá impregnando las diferentes constituciones de los países europeos, aunque no siempre del mismo modo⁵⁴³.

Con respecto a su inclusión en España, se llevó a cabo en el Proyecto de Código Civil, que fue presentado por la Comisión especial de las Cortes, constituida para realizar el Proyecto el 22 de agosto de 1820. Este es el primer amago de Codificación civil en España, si bien este proyecto no sería terminado. De los artículos más relevantes que se plasmaron en el Proyecto podemos destacar el artículo 40.1⁵⁴⁴, que ampara el derecho de conservar la existencia física y moral (es la primera vez en España que se incluye el término «moral»).

es decir, la cuantía a la cual deben condenar”. Margarita FUENTESECA DEGENEFFE, *El delito civil en Roma y en el derecho civil español*, p. 149.

⁵⁴² “Entre los que se enumeran a los siguientes: la integridad corporal, la tranquilidad y sosiego del ánimo y la libertad; junto a ellos, pero distinguiéndolos como de distinta naturaleza, se mencionan también al honor y a la fama” Federico DE CASTRO Y BRAVO, “Los llamados derechos de la personalidad”, p. 1241.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 1244.

⁵⁴⁴ Es libertad o propiedad personal: 1.º, el derecho de conservar la existencia física y moral, y aumentar sus goces y comodidades”. Mariano PESET REIG, “Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821”, p. 52.

Se incluye también la protección de la seguridad individual de la persona y de su honor en el artículo 49⁵⁴⁵, además de incluir el derecho a la igualdad de las personas en su artículo 51⁵⁴⁶.

No será hasta la proclamación de la Constitución de 1978, cuando realmente se consoliden los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en España, reconocidos internacionalmente como derechos humanos integrados en nuestro ordenamiento jurídico.

4.3.1 Los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en la Constitución

Con la entrada en vigor de la Carta Magna se establecieron en el título I los derechos y deberes fundamentales. Entre ellos el artículo 10.1 de la Constitución se reconoció la dignidad humana como un derecho de la persona que debe ser garantizado junto a los derechos del honor y a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 del mismo texto legal. El derecho al honor protege la integridad moral y también los derechos que puedan afectar a la vida íntima y personal dentro de la familia. Estos derechos fueron desarrollados en el ámbito civil por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Al referirnos a los derechos de la personalidad debemos conocer en qué momento nacen y cómo son garantizados, por lo que tenemos que describir las diferentes teorías existentes con respecto al momento en que una persona adquiere la personalidad jurídica. Hay quien entiende que la naturaleza jurídica de la figura del *nasciturus* es la de reconocer la personalidad jurídica desde el mismo momento de la concepción; otros consideran que lo que hace es limitar

⁵⁴⁵ “Todo español tiene derecho a que la Autoridad pública haga efectiva la protección de la seguridad individual de su persona y de su honor contra cualquiera que la atacare o intentase atacarla” *Ibidem*, p. 53.

⁵⁴⁶ “Todos los españoles son iguales ante la ley para reclamar derechos y cumplir obligaciones, sin diferencia de nacimiento, de calidad o de fortuna. Esta igualdad constituye el derecho que se llama igualdad legal” *Ibidem*.

las capacidades del concebido; y, la más aceptada, es la que reconoce derechos al no nacido, aunque los condiciona a que llegue a nacer⁵⁴⁷.

Otros autores sostienen que el *nasciturus* no puede considerarse «persona»⁵⁴⁸, en contra del pensamiento de quien sostiene justo lo contrario, que ya se trata de una verdadera «persona», asegurando que un “hombre es todo lo que debe ser desde el momento mismo de la concepción”⁵⁴⁹; esta teoría considera que el comienzo del ser humano germina en el instante en que el espermatozoide penetra el óvulo, siendo el embrión el principio de un futuro ser humano, que debe ser tutelado en sus derechos por el Estado⁵⁵⁰.

El Consejo de Europa, en la Recomendación 1046, sobre el uso de los embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, considera que, “el embrión y el feto humano deben ser tratados en todas las circunstancias con el respeto debido a la dignidad humana”.

Independientemente de la teoría que se aplique a la hora de determinar la personalidad jurídica del concebido no nacido, la personalidad jurídica comenzará a desplegar sus efectos a partir del momento del nacimiento y, con él, surgirán los derechos asociados a la personalidad. En el instante en que nace el derecho a la personalidad serán exigibles frente a quien los vulnere.

4.3.2 Concepto de daño moral

La doctrina sobre el daño moral está muy cuestionada; no existe conformidad sobre lo que se debe entender como daño moral. La posición de la doctrina parte de diferentes puntos de vista, incluso en la denominación del

⁵⁴⁷ María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, “La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual”, p. 2217.

⁵⁴⁸ Ronald DWORKIN, *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, p. 146.

⁵⁴⁹ Adán PRIETO VENTURA, “En torno al nasciturus”, p. 274.

⁵⁵⁰ Dora GARCÍA FERNÁNDEZ, “El embrión humano o nasciturus como sujeto de derechos”, p. 101.

propio concepto. Por ello, ante todo, debemos intentar dilucidar si el daño moral se encuentra dentro de los daños extrapatrimoniales, porque en España no se consideran como expresiones sinónimas.

Existe una doble faceta cuando nos referimos al daño jurídico; la primera estaría compuesta tanto por el daño patrimonial como por el no patrimonial. Esta concepción del daño no siempre ha sido admitida. Más bien, el derecho positivo ha centrado su enfoque en la regulación de los bienes económicos, desplazando a un segundo plano todo lo referente a los referentes a la personalidad. La influencia del positivismo jurídico ha tendido a separar el derecho de la moralidad en el pensamiento capitalista, eliminando lo que no se puede medir con dinero⁵⁵¹.

En la actualidad, la doctrina civil tiende a la protección íntegra de la persona, sin limitarla a lo patrimonial o a lo moral. Se cree que el concepto del daño jurídico debe ser análogo, tanto cuando se hace referencia a un perjuicio de tipo patrimonial, como si lo es de distinta naturaleza. Ante esta tesitura debemos optar por una de las dos posiciones: centrarnos en el ataque que producen los hechos al patrimonio de quien lo padece o atender al carácter patrimonial o extrapatrimonial del bien dañado⁵⁵².

El carácter del daño se produce con la destrucción o el deterioro de un interés, que debe guardar una estrecha conexión con la naturaleza del bien perjudicado. Al existir diferentes intereses sobre bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, el daño podrá tener diferente carácter según sea el bien dañado de una u otra naturaleza.⁵⁵³

⁵⁵¹ Federico DE CASTRO, "Los llamados derechos de la personalidad", p. 1238.

⁵⁵² Francisco de Asís GARCÍA SERRANO, "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", p. 800.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 801.

El daño extrapatrimonial y el daño moral son dos categorías que se definen en contraposición al daño patrimonial⁵⁵⁴. En una definición extensa, el daño moral o extrapatrimonial es el que no afecta al patrimonio material, a no ser que surja como consecuencia indirecta.⁵⁵⁵

El ser humano, sustantivamente, es alma y cuerpo, con la imposibilidad de separar en la persona la esfera corporal o vital de la moral. Ninguno de los dos puede cuantificarse o traducirse en términos económicos por no pertenecer a los bienes monetarios. La distinción que ha realizado la codificación en nuestro sistema jurídico, ha concentrado todo el tema en el interés económico.

El daño moral es una de las materias de más complejo tratamiento del derecho de daños, si bien la jurisprudencia ha ido evolucionando al existir un aumento de tipologías y casuística⁵⁵⁶. La dificultad añadida es que no se encuentra regulada en el Código Civil, aunque sí que está regulada la obligación de indemnizar por daños morales en el artículo 113 del Código penal (que ha conservado la línea del artículo 104 del Código penal de 1973 y del 75 del Código de 1928, en donde ya se disponía la indemnización de todos los perjuicios -así morales como materiales- e incluso se incorporaba la del daño que representase desprestigio y sufrimiento moral en sí mismo).

VICENTE DOMINGO afirma que “los daños morales o extrapatrimoniales son los que recaen sobre bienes y derechos cuya naturaleza no es patrimonial, razón por la cual carecen de la posibilidad de ser reparados en sentido estricto”⁵⁵⁷. Como doctrina general se admite el daño moral cuando no es patrimonial y afecta al entorno subjetivo de la persona sin incidir ni en su patrimonio, ni en sus

⁵⁵⁴ Emilio GÓMEZ ORBANEJA, “La acción civil de delito”, p. 200.

⁵⁵⁵ Eugenio BONVICINI, *Il danno a persona. Il danno risarcibile e il suo accertamento*, p. 260.

⁵⁵⁶ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, pp. 192 y ss.

⁵⁵⁷ Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, p. 79.

ingresos y no se puede evaluar económicamente tomando como baremo los valores de mercado⁵⁵⁸.

La doctrina ha configurado esta peculiaridad del daño como una figura borrosa⁵⁵⁹. El Tribunal Supremo señala que se mezcla la jurisprudencia civil con la penal, pero afirma que la legitimación para reclamar el resarcimiento en los casos de fallecimiento corresponde a los familiares de la víctima más cercanos; la muerte casi instantánea producida lleva directamente al daño moral basado en el *precium doloris*, que compensa el sufrimiento psíquico o espiritual de los familiares afectados, aunque con cierta imprecisión del concepto de daño moral, que impide la valoración económica exacta y estricta que, al final, debe determinar el tribunal⁵⁶⁰.

En la actualidad, se considera que el daño moral forma parte del concepto de daño de igual modo que el patrimonial⁵⁶¹. En ciertos procesos se aprecia el daño moral que, aunque sea de escasa cuantía, no disminuye la importancia del daño si el hecho que lo produjo es como consecuencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor⁵⁶². Son destacables las dificultades que presenta, en ocasiones, acreditar que se producido daño moral en la vista oral para su valoración por parte del tribunal, además de lograr establecer el nexo causal y la culpabilidad, si existiese.⁵⁶³

La carga de la prueba prevista en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, dispone que la carga de acreditar los hechos

⁵⁵⁸ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, p.193; Miquel MARTÍN-CASALS, y Josep SOLÉ FELIU, “El daño moral”, p. 858.

⁵⁵⁹ Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, p. 324.

⁵⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 1055/1996, de 14 de diciembre. ECLI:ES:TS:1996:7209.

⁵⁶¹ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, p. 80.

⁵⁶² Sentencia del Tribunal Supremo 388/2018, de 21 de junio. ECLI:ES:TS:2018:2296.

⁵⁶³ Jaime SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica, Tomo III Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños*, p. 560.

que demande corresponderá al actor (y al demandado si plantea reconvencción). En algunas ocasiones, las presunciones que la ley establece pueden dispensar de acreditar la prueba del presunto hecho a la una de las partes si le favorece, siempre que se haya establecido mediante su admisión.

En los procedimientos de impugnación o de reclamación de la filiación de la jurisprudencia española nos encontramos con el problema de la obligación de acreditar el posible daño que haya podido ocasionar un reconocimiento por complacencia o el no reconocimiento voluntario de la paternidad hecha de forma tardía. Existe, en la doctrina del daño, la necesidad de probar el nexo causal entre el daño y el hecho que ha provocado el perjuicio. En los procedimientos de filiación es difícil establecer este nexo porque, al no ser constatable a simple vista, el perjuicio causado no ayuda a acreditarlo; aparte, nos encontramos con la dificultad de valorar ese daño inmaterial por parte de los tribunales⁵⁶⁴. En el ordenamiento jurídico español no está claramente determinado que el no reconocimiento voluntario de la filiación produzca un daño para el hijo.

4.4 El daño moral y la filiación

El daño moral en las relaciones familiares no ha sido que la jurisprudencia haya tratado en demasía con respecto a la filiación y desde la perspectiva de la visión del hijo. La jurisprudencia se ha pronunciado fundamentando su criterio en la responsabilidad cuando procede del incumplimiento (incluyendo la reparación del daño moral), basándose en la responsabilidad extracontractual o contractual. A la hora de establecer el daño moral indemnizatorio, en la norma genérica “*alterum non laedere*”, además, la ocultación de la paternidad del hijo al marido tiene que ser dolosa⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Esta dificultad ya es reconocida por la Sentencia del Tribunal Supremo 142/1912, de 6 de diciembre. ECLI:ES:TS:1912:142.

⁵⁶⁵ “CUARTO.- La precedente conclusión fáctica permite, a su vez, otra no menos concluyente, cual es, la imposibilidad de calificar de dolosa la actuación y conducta de la Sra. Carolina en torno a ocultar al Sr. Alfonso la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio, y esto así, resulta que no cabe acceder a las dos reclamaciones efectuadas en la demanda”. Sentencia del Tribunal Supremo 5364/1999, de 22 de julio. ECLI:ES:TS:1999:5364.

Existen diferentes posiciones de la jurisprudencia⁵⁶⁶ sobre que no es necesario que concurra el dolo para que se pueda culpar subjetivamente del daño por ocultación de la paternidad; solo debe establecerse que la conducta haya sido culposa o negligente, elementos ambos admitidos en el artículo 1902 del Código Civil e incluso dentro de los términos del artículo 1089 del mismo texto legal⁵⁶⁷.

En el ámbito de las relaciones familiares, el daño moral es limitado⁵⁶⁸; las distintas sentencias que la jurisprudencia ha dictado a lo largo de las últimas dos décadas se han referido a los deberes conyugales y al carácter “contractual” del matrimonio⁵⁶⁹. Dentro de la institución del matrimonio no pueden considerarse indemnizatorio el daño moral ocasionado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro⁵⁷⁰. El tribunal lo califica de daño moral, pero lo considera no resarcible.

La responsabilidad civil requiere de un elemento esencial para poder resarcir el daño: que sea cierto y causado por la actuación del demandado⁵⁷¹.

⁵⁶⁶ Verónica NEVADO CATALÁN, “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”, p. 35. “Se desmarcan del criterio mayoritario expuesto y niegan la necesidad de dolo las sentencias de la AP de Barcelona, 18ª, 16.1.2007 (JUR, 323682) y la AP de Cádiz, 2ª, 3.4.2008 (JUR,234675)”.

⁵⁶⁷ María Dolores CASAS PLANES, “De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)”, p. 465.

⁵⁶⁸ Antonia NIETO ALONSO, “Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, p. 1169.

⁵⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 5489/1999. de 30 de julio. ECLI:ES:TS:1999:5489. “por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, Fundamento de derecho cuarto.

⁵⁷¹ “La Sala no reconoce importe patrimonial alguno a favor de Dña. Inés por este concepto, ausencia de tratamiento durante cerca de cuatro años, al considerar que ‘la parte actora evita justificar en el proceso 1.380/2000, siquiera sea de forma indiciaria, cuáles son los perjuicios concretos, singulares, tangibles -por más que exista siempre una cierta indefinición sobre ellos- que le ha causado la tardanza en la toma de conocimiento acerca de la tenencia del virus del SIDA’, razonando al respecto que: ‘a.- esa parte procesal no ha efectuado esfuerzo probatorio alguno tendente a acreditar la singularidad de los daños que el retraso en el tratamiento médico

El daño a la persona y el daño moral no son un mismo concepto, sino que el moral es uno de los diversos daños psicosomáticos que puede sufrir la persona y que afectan a la esfera emocional (siendo, por tanto, una variedad psíquica genérica del daño a la persona)⁵⁷².

Identificar si existe, o no, un daño que no se ve de forma aparente en una persona es difícil de apreciar. Un niño que crece con la ausencia de uno de los progenitores siempre se preguntará por qué no tiene esa figura paterna o materna a su lado; es algo innato hacerse esta pregunta en nuestra sociedad. Todos tenemos un padre y una madre en origen que, cuando somos pequeños, no nos preguntamos si son biológicos o no.

Los hijos adoptados, normalmente, no se preguntan si son hijos biológicos, o no, en los primeros años de su niñez. Las dudas con respecto a la filiación pueden empezar más pronto o más tarde, dependiendo de si existen diferencias en el color de su piel, en sus rasgos étnicos. A los niños adoptados hay que irlos acompañando psicológicamente en el proceso de información sobre cómo llegaron a la familia adoptiva de la que forman parte; ellos tienen el derecho de saber de su adopción. La falsedad o el encubrimiento la adopción puede desencadenar efectos negativos en su personalidad.

Los hijos reconocidos por complacencia no dejan de ser adopciones encubiertas, en fraude de ley. Como hemos ido analizando, la no inscripción de un hijo de forma voluntaria y la inscripción falseada de la filiación producen un daño en la identidad de la persona. La amplia discrecionalidad dejada a la voluntad individual sobre la determinación de la filiación no matrimonial, la imprecisión en los pocos requisitos exigidos para la determinación de la filiación

le ha producido". Sentencia del Tribunal Supremo, 36/2009, de 10 de febrero, recurso de casación 7787/2004. Sala de lo contencioso administrativo. ECLI:ES:TS:2009:365.

⁵⁷² Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", p. 12.

y las cuantiosas y graves consecuencias que de ello dimanar dejan el camino allanado para el fraude en la filiación⁵⁷³.

El hecho de no tener un padre conocido perjudica y lesiona los derechos inherentes de la personalidad. El reconocimiento de la filiación establece elementos biológicos que crean lazos afectivos y sociales, además de dotar de seguridad jurídica a los hijos. Entre ellos, podemos destacar el más importante, que es conocer el propio origen biológico, reconocido como un derecho fundamental que engloba la dignidad de las personas y que afecta al propio desarrollo de la identidad de cada ser humano⁵⁷⁴.

Así lo interpretó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria en un procedimiento en el que el Instituto Canario de Infertilidad implantó material reproductivo erróneo a una mujer. El tribunal consideró que la reparación de los daños debía ser tanto de tipo material como moral. El daño causado a los niños como daño moral por la pérdida de lazos paternofiliales fue reconocido por la Audiencia como insuficiente, tachando de «anormal» la situación sufrida; a la vez, el tribunal interpretó que, curiosamente, esta misma situación se vive de forma «normal» por la sociedad cuando se trata de hijos de familias monoparentales⁵⁷⁵, por lo que podemos interpretar que los hijos de familias monoparentales viven dentro de la «normalidad» de la sociedad aunque les falte una parte de sus lazos paternofiliales, no siendo ello un hecho «anormal».

Si partimos de la idea de que los hijos no piden venir a este mundo, sino que son los padres mediante sus acciones de procreación (de forma natural o mediante técnicas de reproducción humana asistida) traen niños al mundo, no podemos entender que el tribunal sostenga que el hecho de ser hijo de familia

⁵⁷³ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)”, p. 1052.

⁵⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria 951/2016, de 16 de mayo. Sección 5ª, de lo Civil. ECLI:ES:APGC:2016:951.

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

monoparental es vivido dentro de la sociedad como un hecho «normal», porque de igual forma se produce el daño moral a un niño que a otro si se le niega su derecho a la filiación.

Este caso presenta una característica especial frente al derecho a conocer el propio origen biológico de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida, y es que la mujer fecundada pidió ser inseminada con el esperma aportado por su marido, que prestó su consentimiento. Y esto es justo lo que no sucedió, sino que fue inseminada por error con material genético de un donante anónimo.

La interpretación que realiza el tribunal suscita una interesante reflexión sobre si estos niños podrían ejercer el derecho a investigar su paternidad, frente al derecho a la intimidad de los donantes de embriones y gametos, cuando la ley establece que este último prevalece por encima del derecho a la identidad. En este supuesto específico, a los niños se les quiebra el interés superior con respecto al derecho a la identidad que tienen todos los hijos a conocer su paternidad, haciéndose prevalecer la intimidad del donante⁵⁷⁶.

El tribunal cree “que el hecho de tener o no tener un padre no produce un daño”⁵⁷⁷ y afirma que existen muchas personas que, desconociendo su paternidad, son plenamente felices, mientras que a otras que tienen reconocida su filiación paterna “este hecho solo les ha generado inseguridades y problemas”⁵⁷⁸. Consideramos que esta apreciación se emite desde la perspectiva de quien nunca ha desconocido su propio origen, pero sí conoce las inseguridades y problemas de conocer su propia paternidad.

⁵⁷⁶ María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, “Identidad genética, responsabilidad, daño moral e interés superior del menor, p. 1515.

⁵⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria 951/2016, de 16 de mayo. Sección 5ª, de lo Civil. ECLI:ES:APGC:2016:951.

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

El tribunal reconoce que el daño sufrido lesiona los derechos de la personalidad, como lo es el de la dignidad humana⁵⁷⁹. Interpreta que, el hecho de privar a un hijo de conocer su identidad, la procedencia biológica de sus antepasados paternos y tener siempre preguntas sin contestar sobre su historia, lesiona el derecho a la identidad generando un daño indemnizable. Bajo esta interpretación podemos determinar que a cualquier hijo de familia monoparental sin reconocimiento paterno sí se le lesiona su derecho a la dignidad.

4.4.1 El posible daño moral y su responsabilidad civil en las relaciones familiares

Cuando nos referimos al daño moral tenemos que tener en cuenta, como elemento indispensable, que exista una acción u omisión antijurídica, negligente, que produzca un daño resarcible patrimonial o moral. Se utiliza el calificativo de daño, tanto para el determinar el interés vulnerado como para establecer la indemnización de las consecuencias patrimoniales o no patrimoniales⁵⁸⁰.

En el ámbito del Derecho comparado, Uruguay obliga expresamente a reconocer a los hijos en su Ley N°17.823 del Código de la Niñez y la Adolescencia, de 14 de septiembre de 2004. Dispone el artículo 28:

“(Derecho y deber a reconocer los hijos propios). Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos”.

⁵⁷⁹ “Considera la Sala que en el presente caso el daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmateriales como personas, a su dignidad (artículo 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, es superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que como indica la parte actora se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas. Ciertamente la Constitución Española en el artículo 39 recoge como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos, y exige a la ley posibilitar la investigación de la paternidad. La identidad personal es producto de la confluencia de diversos elementos, entre los que forma parte esencial el origen y la integración del individuo en un entorno, desde la herencia genética y familiar, la pertenencia a un grupo étnico, o a un Estado. Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable” *Ibidem*.

⁵⁸⁰ María Dolores CASAS PLANES, “De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)”, p. 64.

Obsérvese que no distingue la obligación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales a la hora de aplicar esa obligación, aunque sí distingue, al describirlos, como hijos legítimos o hijos naturales⁵⁸¹. En España no existe una obligación expresa de reconocimiento de la filiación del hijo.

En la Constitución Española se dedica el título primero a los derechos fundamentales; en concreto, el artículo 10.1 establece que toda persona tiene el derecho a que se respete su dignidad humana, a los derechos inviolables que le son inherentes por el hecho de nacer y a poder desarrollar su propia personalidad. A todos estos derechos hay que unirle el garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución que otorga el derecho a la integridad moral, dentro del que se encuentra el derecho al honor junto otros que protegen el entorno personal como son el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen⁵⁸². Todos ellos, en la actualidad, son reconocidos como autónomos e independientes y regulados por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyo artículo noveno recoge expresamente el término «indemnización por daño moral» frente a la intromisión ilegítima en los mencionados derechos, cuando se acredite la vulneración.

En el ámbito de la relaciones parentales y familiares existen algunos supuestos que han dado lugar a sentencias que condenaron a indemnizar por daño moral. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre⁵⁸³, basa el argumento del daño moral en la actuación dolosa por parte de los verdaderos progenitores biológicos, que ocultaron la verdad biológica de la concepción de tres hijos que hicieron creer al demandante que eran fruto del matrimonio con su esposa. El tribunal estimó que el dolo radica en

⁵⁸¹ “Entiéndese, en todo el ordenamiento jurídico, las expresiones ‘hijo legítimo’ e ‘hijo natural’ como ‘hijo habido dentro del matrimonio’ e ‘hijo habido fuera del matrimonio’, respectivamente”. División Estudios Legislativos, Cámara de Senadores, República Oriental del Uruguay, Código Civil, actualizado al 26 de febrero de 2010. Artículos 227-242-1

⁵⁸² María Dolores MORENO MARÍN, *El daño moral causado a las personas jurídicas*, p. 39.

⁵⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre. Sección séptima. ECLI:ES:APV:2004:4688.

los demandados, que rompieron el vínculo afectivo que existía entre los niños y el demandante, que era el propio de una relación paternofamiliar: el conocimiento posterior de la verdad fue el desencadenante de un daño moral por el que se le debía resarcir.

Esta misma sentencia hace hincapié en la doctrina que el Tribunal Supremo ha utilizado respecto al daño moral⁵⁸⁴. El Tribunal Supremo señala, en una sentencia dictada con anterioridad, que los daños morales no están contemplados en el Código Civil, si bien el artículo 1107 dispone que el deudor debe responder de todos los daños y perjuicios, además de compensar por toda la pérdida de ganancias que ha dejado de obtener como consecuencia de su obligación de cumplimiento cuando haya incurrido en dolo, negligencia o morosidad.

Esta doctrina se ha ido construyendo de forma progresiva a lo largo del tiempo⁵⁸⁵ y ya estaba presente en las sentencias del Tribunal Supremo 142/1912 y de 19 de diciembre de 1949, en las que se decía que, aunque la valoración de la prueba no se pueda lograr de forma directa y objetiva, eso no condiciona a los tribunales la posibilidad legal de cuantificar el perjuicio cuando realmente ha sucedido. La doctrina más actual dictada sobre los daños morales por la jurisprudencia del Tribunal Supremo la encontramos en las sentencias del Tribunal Supremo 421/1991, de 3 de junio; 931/1995, de 3 de noviembre; 867/1996, de 21 de noviembre; y 964/2000, de 19 de octubre. Éstas han señalado que se deben tener en cuenta y sopesar las particularidades de cada caso, porque la indemnización por los daños morales no es para restaurar la merma del patrimonio, sino para ayudar a soportar el sufrimiento de quien lo padece en la esfera personal.⁵⁸⁶

Con relación al daño moral, ya existe una línea doctrinal y jurisprudencial que agrupa todas las manifestaciones psicológicas que angustian al perjudicado

⁵⁸⁴ *Ibidem*.

⁵⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 1163/2003, de 9 de diciembre. ECLI:ES:TS:2003:7877.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

o las personas más cercanas a él vinculadas de forma afectiva o familiar por la conducta ilícita que soporta la persona lastimada y que no es de naturaleza patrimonial. La jurisprudencia ha tratado de delimitar el daño de forma progresiva, señalando que lo importante es demostrar la existencia de los daños, tanto económicos como morales. En esa línea, debe entenderse como daño moral todo lo que integre la sustracción que merma la esfera personal del afectado y que suponga una inmisión que angustie su personalidad⁵⁸⁷.

En conclusión, entendemos que, para que el daño moral pueda ser considerado, debe acreditarse la existencia de un menoscabo en la integridad de la esfera personal de la persona, infiriéndole dolor, padecimiento, angustia, pena, desazón o intranquilidad y que quede demostrada su existencia. En la jurisprudencia analizada no hemos encontrado referencia a un posible daño moral en los hijos como consecuencia de la ocultación de su filiación; la única parte perjudicada analizada por la jurisprudencia y la doctrina es la del padre engañado, pero, por el momento, nada se dice sobre los hijos.

4.4.1 Los posibles daños producidos por el no reconocimiento de la filiación paterna

La familia representa una parte sustancial en el marco de la sociedad actual y, como tal, deben establecerse todos los mecanismos jurídicos para garantizar su protección⁵⁸⁸. La protección de la familia no solo debe recaer en el Estado, por ser el administrador de los medios jurídicos, sino también en los deberes y obligaciones de cada uno de los individuos que componen la sociedad. Los niños son personas especialmente vulnerables y, por esa condición, deben ser protegidos en especial por sus padres para el pleno desarrollo de su integridad

⁵⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 139/2001, de 22 de febrero. ECLI:ES:TS:2001:1264.

⁵⁸⁸ Así lo dispone el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.

personal. La ausencia de reconocimiento de la filiación perjudica el desarrollo pleno y acorde de la personalidad del niño.⁵⁸⁹

En la normativa de Argentina se ha consagrado la función preventiva de la responsabilidad civil; ésta no solo determina el resarcimiento de los daños sufridos, sino que busca impedir la causa de esos daños o que se agraven los ya producidos.

La función de prevención de la responsabilidad civil es un complemento perfecto que se agrega a los clásicos modos de resarcimiento que, según la expresión del principio *neminem laedere*, significa no causar daño a nadie y, si se daña, resarcir el daño ocasionado.⁵⁹⁰ Ninguna persona está llamada a lo inalcanzable de asumir un deber o una obligación excesiva. Por eso, los actos que se realizan están acotados por la obligación de evitar daños dentro de las propias posibilidades físicas o intelectuales. Por esta razón existe el deber de prevenir los daños que puedan dar como resultado un peligro ajeno, siempre que ello no comporte un riesgo excesivo para uno mismo o para los demás.⁵⁹¹

La denominada «tutela preventiva o inhibitoria» está ahora presente en la normativa, establecida como un instrumento del ordenamiento con la función de prevenir la producción de daños; entre ellos, los que se puedan ocasionar por la falta de reconocimiento voluntario paterno que, en la mayoría de casos, tiene un carácter irreversible⁵⁹². La prioridad del sistema de una sociedad que reacciona contra los daños inaceptables es evitar que se produzcan: la prevención es una forma de evitar la futura la responsabilidad por daños⁵⁹³.

⁵⁸⁹ Laura Evangelina FILLIA, “El rol de la madre en la acción de daños por la falta de reconocimiento voluntario paterno”, p. 66.

⁵⁹⁰ Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Tratado de responsabilidad civil*, p. 9.

⁵⁹¹ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, p.186.

⁵⁹² Laura Evangelina FILLIA, “El rol de la madre en la acción de daños por la falta de reconocimiento voluntario paterno”, p. 69.

⁵⁹³ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, p. 89.

Ante la doctrina de la prevención del daño, cabe reflexionar sobre si existe alguna obligación por parte de la madre ante el no reconocimiento voluntario paterno y si se le puede exigir que impulse la acción de reclamación de la filiación paterna en representación de su hijo con el propósito de evitarle posibles perjuicios. Nadie está obligado a realizar lo que la integridad del ordenamiento normativo no dispone como un imperativo legal y, de igual forma, tampoco puede ser impedido de realizar lo permitido por la ley⁵⁹⁴. Por ello, la actitud que adopte la madre en la prevención del daño, como garante de la protección de su hijo, delimitará su eventual responsabilidad en el resarcimiento por el daño que se llegue a padecer⁵⁹⁵.

En el Código Civil español no existe la acción preventiva de la producción del daño, mientras que en el artículo 1711 del Código Civil y comercial de la nación, ley 26.994, de 1 de 2014, de la república de Argentina, se establece la antijuricidad por omisión en la que podría incurrir la madre y la responsabilidad que podría derivar de la omisión de lo dispuesto en el artículo 1711 del mismo texto legal⁵⁹⁶.

En el artículo 583 del Código Civil y Comercial de la Nación, de Argentina, se fija un deber jurídico a la prevención del daño al hijo, que obliga a la madre a dar la identidad del presunto padre biológico, junto a toda la información que pueda ofrecer para su individualización y localización.

En el Código Civil español y en el Código Civil de Cataluña no hay ninguna obligación normativa que obligue a la madre a instar un procedimiento de averiguación del padre ante la falta de reconocimiento voluntario de la filiación paterna, por lo que el acto jurídico del reconocimiento es potestativo.

⁵⁹⁴ Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Tratado de responsabilidad civil*, p. 69.

⁵⁹⁵ Laura Evangelina FILLIA, "El rol de la madre en la acción de daños por la falta de reconocimiento voluntario paterno", p. 70.

⁵⁹⁶ Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Tratado de responsabilidad civil*, p.18

En Argentina no fue fácil que se aceptase que el no reconocimiento voluntario de la filiación paterna causa daños a los miembros de la familia. Hay quienes sostienen su argumento bajo la tesis negativa, afirmando que el reconocimiento de la filiación es voluntario, y por eso no tiene por qué existir el resarcimiento por omisión; además, entienden que la falta de reconocimiento de la filiación no resulta irreversible, de modo que la normativa debe impulsar que se produzca, pero sin menoscabar la posibilidad de hacerlo a sabiendas de que va a comportar una indemnización. Esta tesis se sustentaba en que el derecho de familia imposibilita emplear la normativa jurídica de la responsabilidad civil para satisfacer las secuelas derivadas de actos que suceden dentro del ámbito familiar y que, de hacerlo, tendría efectos que fomentarían los litigios y perjudicarían las relaciones familiares.⁵⁹⁷

Estos argumentos fueron abandonados a partir de la sentencia de la jueza Delma Cabrera, de 9 de marzo de 1988, que dispuso el resarcimiento por los daños sufridos por falta de reconocimiento paterno.⁵⁹⁸ El fundamento utilizado fue el derecho constitucional del niño a la identidad, dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 22 de noviembre de 1969. En la sentencia afirmó:

“Existe un derecho subjetivo de reconocerlo. De este modo, si se incumple este deber, se configura una conducta antijurídica como presupuesto de la responsabilidad civil (...), ya que si fuera lícito no reconocer al hijo no habría acción para establecer la filiación con sanciones derivadas de dicha omisión”⁵⁹⁹.

En conclusión, entre los principios básicos del derecho civil se encuentra el de resarcir el daño que injustamente se haya sufrido; dentro del ámbito familiar es inexcusable la reparación del daño si se reúnen los requisitos establecidos de la responsabilidad civil.⁶⁰⁰ Ante esto, como principal requisito, debe existir la

⁵⁹⁷ Laura Evangelina FILLIA, “El rol de la madre en la acción de daños por la falta de reconocimiento voluntario paterno”, p. 71.

⁵⁹⁸ *Ibidem*.

⁵⁹⁹ *Ibidem*.

prueba de que el supuesto padre biológico tiene constancia de la paternidad que se le atribuye, su conducta debe haber sido dolosa o, como mínimo culposa, para que se le impute una conducta antijurídica que pueda comportar la reclamación resarcitoria por los perjuicios ocasionados.⁶⁰¹

Por tanto, para que concurra la reparación del daño moral debe existir una conducta ilícita por parte del obligado, como consecuencia de no haber realizado el reconocimiento voluntario de la filiación y que este hecho haya producido un daño extrapatrimonial o patrimonial, además de que exista un nexo causal entre el hecho y el daño producido⁶⁰².

4.5 La evolución de la jurisprudencia con respecto al daño moral en la jurisprudencia de Argentina

En diversas sentencias analizadas de Argentina nos encontramos con diferentes valoraciones, pero con un mismo criterio con respecto a las consecuencias negativas de la falta de reconocimiento del hijo. En uno de los casos⁶⁰³ el tribunal consideró que el niño tiene el derecho constitucional y supranacional a obtener una filiación y afirmó que no reconocerlo constituye un acto antijurídico que vulnera el artículo 1066 del Código Civil. Este mismo

⁶⁰⁰ Graciela MEDINA, “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y comercial unificado de Argentina”, p. 35.

⁶⁰¹ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”, p. 671; Augusto César BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia*, p. 299.

⁶⁰² Graciela MEDINA, “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y comercial unificado de Argentina”, p. 34.

⁶⁰³ “Y para tenerla, debió haber sido reconocido—, toda vez que ese derecho, y el de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, el derecho a la identidad individual y familiar y, subyacente a ellos y como principio fundamental, el interés superior del niño, se hallan consagrados en los arts. 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional sobre derechos humanos que integra el bloque de constitucionalidad argentino (cfr. art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). El ataque a esos derechos fundamentales configura por sí, precisamente, el daño moral, sin perjuicio de la existencia de otros daños en concreto que pudieran acreditarse”. Sentencia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, Expediente n° 61.585/10- Juzgado 12, de 26 de octubre de 2016. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. <https://n9.cl/fjlo4>

principio ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial actualizada en el artículo 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación⁶⁰⁴.

En la misma línea, prosigue la sentencia señalando que, con la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se ha incluido un precepto específico sobre el daño de no reconocer a los hijos⁶⁰⁵. Es interesante la interpretación que realiza con respecto a la identidad del hijo. El tribunal afirma que la falta de la figura paterna en los primeros años de vida hace mermar la identidad espiritual del hijo⁶⁰⁶.

Lo más trascendental de esta sentencia es que el tribunal estimó que la madre del hijo también debía de ser indemnizada por daño moral⁶⁰⁷. El tribunal basó su argumentación en la prohibición del trato discriminatorio de la parte actora como mujer, principio reconocido tanto en la Constitución argentina como en los tratados internacionales incorporados a la legislación de ese Estado. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la

⁶⁰⁴ *Ibidem*.

⁶⁰⁵ “El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código” Artículo 587 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994

⁶⁰⁶ “Finalmente, tengo en cuenta la gravedad y la intensidad que razonablemente cabe presumir en relación a los menoscabos extrapatrimoniales concretos que el hecho ilícito que se debate ha generado en J.E.C. En este sentido, comparto los fundamentos expuestos por la actora al verter su primer agravio, en el sentido de que la corta edad del niño no constituye un parámetro determinante para limitar la cuantía del resarcimiento que corresponde abonar al responsable. Y es que, durante los primeros seis años de su vida, la falta de la figura paterna da lugar, en la vida de cualquier niño, a una mengua en su identidad espiritual, que está contenida más ampliamente en su derecho a la identidad: “*ser uno mismo, con sus propios caracteres y acciones, constituyendo la propia verdad de la persona*”. Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, Expediente n° 61.585/10- Juzgado 12, de 26 de octubre de 2016. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina.

⁶⁰⁷ “En el contexto de esta segunda serie de acepciones, es mi convicción que la madre del niño J.E.C. resulta ser damnificada directa a raíz de la lesión de sus intereses espirituales generados no sólo por la indiferencia del padre del menor sino por su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en el entorno familiar y social de R.E.C. No puede ignorarse que el desconocimiento del demandado de sus obligaciones parentales de contribuir a la formación, el cuidado y la educación del hijo, obligó a la actora a asumir sola responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias –todas ellas– que han generado un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor y que configuran el deber de resarcir a R.E.C. como víctima directa, necesaria e inmediata del perjuicio producido por su conducta” *Ibidem*.

mujer incorporó la expresión sobre esta discriminación femenina⁶⁰⁸, lo que llevó al tribunal a estimar que la madre sufrió un agravio por parte del demandado, que le produjo un daño moral como consecuencia directa de su acción ilícita “que se traduce en el caso en el intenso dolor que la actora deberá sobrellevar por largo tiempo”⁶⁰⁹.

En el año 2017 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil reitera que la falta de reconocimiento público de la paternidad daña un crecimiento completo acorde con la personalidad del niño y el adolescente⁶¹⁰. El tribunal hace alusión a lo ya manifestado por la doctrina sobre los efectos negativos sobre el niño, que perjudican su proyecto de vida ante la carencia de una figura paterna. Afirma que los niños aprenden los mecanismos de destreza social a través de la observación de los referentes adultos, especialmente de los padres⁶¹¹.

La jurisprudencia de Argentina ha ido creando doctrina a lo largo de las diversas sentencias que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha ido dictando, pero todas y cada una de las que estamos analizando coinciden en que la omisión del reconocimiento paterno es un acto ilícito. Las diferentes sentencias citadas hacen referencia a la acreditación del daño moral cuando los actos son discriminatorios y que, por analogía, son válidos para supuestos de la simple comprobación del acto ilícito (por la vía de la omisión)⁶¹².

⁶⁰⁸ “Denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981.

⁶⁰⁹ *Ibidem*.

⁶¹⁰ Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, Expediente nº 10.970/2012, Juzgado número 97, de 13 de diciembre de 2017. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. <https://n9.cl/ezuag>

⁶¹¹ *Ibidem*.

⁶¹² “El daño moral que sufre quien padece un acto discriminatorio debe entenderse como aquellos que se desprenden de la mera comprobación del ilícito (daño in re ipsa) en tanto “la propia calidad de la conducta y la condición del afectado que permiten inferir la trascendencia del agravio espiritual padecido” Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H,

En una de las sentencias más actuales, la jurisprudencia de Argentina señala las consecuencias que origina la omisión del reconocimiento por el progenitor; la sentencia reconoce la lesión de los sentimientos de un hijo que se siente rechazado por su padre desde el nacimiento⁶¹³. La falta de reconocimiento filial por parte del progenitor padre genera en el hijo “un sufrimiento espiritual que va más allá de la órbita de las sensaciones afectivas de la persona y dejará su huella marcada para su futuro, ocasionándole un padecimiento espiritual que se traduce en daño moral”⁶¹⁴. La persona que desconoce sus orígenes biológicos puede pasarse toda su vida haciéndose preguntas sobre porqué lo abandonó su padre, o quién era su padre, sin llegar nunca a ninguna convicción si no descubre la verdad y averigua su propio origen biológico.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece que la relación causal como consecuencia de un acto dañoso es reparable⁶¹⁵. La simple relación de causalidad que obliga al padre a reconocer al hijo y la inmoralidad de desconocer el estado de familia, ya es causa de daño moral reconocido como *is re ipsa*, por el simple hecho de omitir el reconocimiento de la filiación del hijo⁶¹⁶.

La causalidad por la existencia de un nexo biológico entre el padre y el hijo implica responsabilidades jurídicas, aunque el reconocimiento sea un acto voluntario y no se haya producido. Los niños tienen derecho a tener una filiación, ya que es un derecho reconocido constitucionalmente e internacionalmente como un derecho humano. La antijuricidad es considerada como cualquier acto

Expediente n° 9.755/2017, de 21 de marzo de 2017. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. <https://n9.cl/nvexl>

⁶¹³ Sentencia número 36 Juzgado en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación, Sección 5, de 16 de septiembre de 2022. Poder Judicial de Córdoba (Argentina) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. <https://n9.cl/6e2rz>

⁶¹⁴ *Ibidem*.

⁶¹⁵ Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Artículo 1726.

⁶¹⁶ Sentencia número 36 Juzgado en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación, Sección 5, de 16 de septiembre de 2022. Poder Judicial de Córdoba (Argentina) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina.

que produce un daño a otra persona, ya sea por acción o por omisión, por lo que si la conducta es ilícita se extiende a todo el ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico de Argentina es garantista del derecho de todo niño a ser reconocido por su padre. La antijuricidad de la conducta nace desde el momento en el que existe un deber legal de reconocer a los hijos integrado en el ordenamiento jurídico⁶¹⁷. Si partimos de la obligación que tiene el padre de reconocer a su hijo, la injusticia del desconocimiento por parte del hijo de su vinculación filial se eleva a causa del daño moral en cuanto queda probado que el padre, conociendo su existencia, se niegue a reconocerlo voluntariamente. De ahí que le sea imputable haber lesionado el derecho a la identidad de su hijo, vulnerando su derecho a poseer la posición filial que le corresponde⁶¹⁸.

Aunque la presunción *iuris et de iure* del daño es un elemento claro por el mero hecho de no reconocer la paternidad, el tribunal a la hora de establecer la indemnización debe hacerlo atendiendo al principio de individualización del daño; se tienen que considerar diferentes aspectos como son: la edad de la parte actora, el tiempo que ha pasado sin el reconocimiento paterno, el daño psicológico ocasionado, los daños que le ha ocasionado ser hijo de familia monoparental sin reconocimiento paternofilial o los sentimientos del niño al ser rechazado por su padre⁶¹⁹.

5 LA MEDIACIÓN

En la actualidad, la mediación tiene una gran aceptación como sistema de gestión de conflictos dentro de las crisis familiares. Como ya hemos indicado, principalmente, el auge de la aplicación de la mediación se está instaurando en

⁶¹⁷ Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Artículo 583.

⁶¹⁸ Sentencia número 36 Juzgado en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación, Sección 5, de 16 de septiembre de 2022. Poder Judicial de Córdoba (Argentina) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

las crisis matrimoniales derivadas de una separación o un divorcio de la pareja. Admitiendo los amplios beneficios que la técnica de la mediación está aportando a estos procesos de crisis, creemos que tiene una excelente cabida en materia de adopción y gestión del derecho a conocer el propio origen.

La mediación no es una práctica nueva de la sociedad actual, ha existido siempre; antiguamente, líderes religiosos o autoridades con cierta influencia intervenían de manera directa en la resolución de los conflictos. Las siglas ADR (*Alternative Dispute Resolution*) fueron creadas en los Estados Unidos a mediados de los años 70, con el propósito de resolver los conflictos en el ámbito familiar⁶²⁰.

La mediación consiste en un proceso entre las partes en conflicto con el objetivo de llegar a una solución favorable para ambas partes. Las partes deben acudir de forma voluntaria y facilitar vías de diálogo en la búsqueda de un acuerdo sobre la disputa. El mediador o mediadores actúan como terceros, deben guardar confidencialidad, su intervención debe ser imparcial y no tienen competencia para tomar decisiones por las partes.

El mediador no tomará determinaciones respecto del camino que deban seguir ni intervendrá en las decisiones que adopten: su intervención únicamente será la de acompañarlos y orientarlos para que encuentren su propia vía de solución. Ambas partes deben estar motivadas, respetarse mutuamente durante el proceso y respetar los acuerdos alcanzados.

La gran diversidad de formas de familia que existe actualmente ha hecho surgir nuevos tipos de conflictos; la mediación familiar posibilita la comunicación entre personas que están en liza, siendo un elemento necesario dotar a ambas partes de recursos comunicativos de calidad para poder llegar a pactos.

El principal problema de los conflictos radica en la mala comunicación. Las interpretaciones incorrectas sobre lo que la otra parte ha querido decir

⁶²⁰ Fermín ROMERO NAVARRO, "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador", p. 33.

siempre hacen surgir reacciones defensivas ante lo que se considera una ofensa, Esto provoca que aumente la tensión y el conflicto, perjudicando una vía rápida de solución. Cuando las partes tienen una comunicación clara en la que todos entienden lo que quieren decir, pueden llegar a entender que el problema que los separaba tiene solución trabajando conjuntamente⁶²¹.

En la mediación se sustituye el concepto que tradicionalmente se tiene ante cualquier conflicto entre varias partes sobre el «ganar» o «perder», porque esta concepción dificulta el proceso y afecta a los resultados. La solución que ambos alcancen debe estar elaborada desde la concepción que satisface a ambas partes (*win-win*)⁶²².

La mediación abarca diferentes ámbitos de aplicación en el entorno que nos ocupa en este trabajo, el familiar, y específicamente la mediación familiar puede ser muy útil en la búsqueda de los orígenes biológicos. Esta mediación consiste en que el mediador actúe como tercero en el proceso de averiguación y que establezca puentes de diálogo y comunicación como primer acercamiento a los padres biológicos, la progenitora o el progenitor.

El inicio de la mediación en la búsqueda del propio origen es normalmente iniciado por los hijos a partir de su mayoría de edad, momento en el que se emancipan legalmente. Pueden iniciar esta búsqueda antes de la mayoría de edad, pero necesitarán el acompañamiento y el consentimiento de sus representantes legales.

Al solo existir procedimientos de mediación regulados en España para acompañar a las personas adoptadas, nos limitaremos a especificar y detallar cómo funciona la mediación en la búsqueda de los orígenes biológicos en la adopción y su acomodo a la búsqueda del propio origen.

⁶²¹ Manuel DE ARMAS HERNÁNDEZ, “La mediación en la resolución de conflictos”, p. 127.

⁶²² *Ibidem*.

5.1 La incorporación de la mediación familiar en los procesos de la adopción

Las primeras incorporaciones de la mediación familiar en la normativa interna estatal en España fueron en Cataluña, a través de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña, y, posteriormente, en Galicia, por la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar. Tras ellas, fueron legislando otras Comunidades Autónomas⁶²³. Estas leyes fueron desarrolladas como instrumentos para resolver de forma efectiva la solución de conflictos y las discordancias entre matrimonios o parejas, de igual forma que en posibles problemas de las relaciones personales entre padres e hijos. Este tipo de procedimientos consiste en la recomposición, de una forma rápida y tolerante, de los desacuerdos en los que interviene un tercero, ajeno a ambas partes y experto en la materia que, con imparcialidad, facilite que lleguen por sí misma a una solución a las desavenencias.

En 2012 se incorporó a la normativa estatal de ámbito nacional la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, entre los que se incluyen los conflictos transfronterizos. Esta ley se crea como instrumento para la resolución de controversias de conflictos de competencia legislativa estatal en el ámbito civil. Fue incorporada así a la legislación interna la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta se limitaba a establecer unas normas mínimas para promover la mediación de pleitos trasfronterizos que afectasen a las materias civiles o mercantiles.

En los procesos de adopción, el mediador es una figura neutral e imparcial (como en todos los procesos de mediación, sean en el entorno familiar, o no). El mediador debe facilitar la comunicación en los casos de conflicto de todo tipo de familias, ya sean por adopción o por naturaleza. Las familias con hijos adoptados son un tipo más de las que hay en la sociedad actual, pero sí tienen un

⁶²³ Jaime LEDESMA DEL BUSTO (Coord.), Ana BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y Enrique VILA TORRES, *Mediación familiar en búsqueda de orígenes: 'el encuentro con mi espejo biológico'*, p. 67.

componente añadido, que es el hecho de que, aunque el hijo conozca su condición de adoptado, suelen existir periodos de crisis (sobre todo en la adolescencia) en los que la comunicación entre padres e hijos se resiente. En esos momentos es precisa la figura de un mediador especializado con nociones sobre psicología de la adopción para que construya o reconstruya una comunicación y confianza entre ambos que evite el alejamiento⁶²⁴.

En familias compuestas por hijos biológicos y adoptados⁶²⁵ suelen existir conflictos de rivalidad, por un sentimiento de no pertenencia, que puede hacer sentir al adoptado que se encuentra en la familia equivocada. En estos conflictos, los padres adoptivos se suelen posicionar a favor del hijo adoptado, lo que incrementa aún más la tensión entre hermanos⁶²⁶.

En los procesos de separación y divorcio de los padres, cuando en el matrimonio o la pareja existen hijos adoptivos, la mediación es de gran ayuda porque actúa en un momento muy delicado para los hijos adoptados (por la posibilidad de que surja el síndrome de abandono, que el hijo puede vivirlo como la segunda vez que es abandonado y con las consecuencias psicológicas que pueda ocasionarle⁶²⁷).

5.2 La protección jurídica en la búsqueda del propio origen

De todas las partes que intervienen en la búsqueda de los orígenes, la parte más delicada es la familia biológica. Esta es la formada por los progenitores que han abandonado a sus hijos biológicos otorgando el consentimiento de la adopción a otras personas. La adopción suele surgir como consecuencia de un abandono por parte de los padres biológicos, que provoca que el Estado, en su

⁶²⁴ *Ibidem*, p.75.

⁶²⁵ María Loreto BOBADILLA TOLEDO. *La mediación familiar. Una vía extrajudicial de gestión de conflictos en el ejercicio de los derechos de la infancia y la adolescencia. Un estudio comparado entre Chile y Cataluña*, p.101.

⁶²⁶ Jaime LEDESMA DEL BUSTO (Coord.), Ana BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y Enrique VILA TORRES, *Mediación familiar en búsqueda de orígenes: 'el encuentro con mi espejo biológico'*, p. 75.

⁶²⁷ *Ibidem*, p.76.

obligación de protección de la infancia regule todo el proceso adoptivo y busque una nueva familia.

El legislador está obligado constitucionalmente a dar protección a los niños en situación de desamparo mediante normas jurídicas que regulen la institución de la adopción. El abandono produce la pérdida de la identidad, pero esta pérdida es anterior a la forma de protección que ejerce la adopción. La institución jurídica de la adopción, no solo se limita a proteger al niño desde el momento en el que es establecida, sino que se ha legislado para lograr la restauración y restablecimiento de los derechos inherentes perdidos por los hijos adoptados como un vínculo de filiación en condiciones de igualdad. Nos referimos a que reconoce formas de recuperar el derecho a la identidad a través de la filiación y del establecimiento del derecho a búsqueda de los orígenes biológicos.

Por tanto, la institución de la adopción se refuerza como consecuencia de dar protección a la infancia a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, producida por el abandono de sus progenitores. Ante esta afirmación podemos interpretar que todos los hijos abandonados por su padre o su madre tienen el derecho a que el Estado les proporcione la protección jurídica de poder recuperar el derecho a su identidad a través de atenderles y garantizarles la búsqueda de sus orígenes biológicos. Siendo esto así, no se comprende por qué el legislador no extiende de igual modo la protección a los hijos de familias monoparentales abandonados por su padre biológico sin ser reconocidos. El legislador no establece nada para ellos ni los incluye en las leyes o protocolos que regulan en la búsqueda del propio origen.

De igual forma, no siempre son personas adoptadas las que buscan a su familia biológica porque desconocen la identidad. Nos referimos a los hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial, a los hijos reconocidos por complacencia o a los hijos nacidos por técnicas de reproducción humana asistida a través de donantes anónimos. A todos ellos les une una característica que es la falta de información sobre sus orígenes biológicos.

En los hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofamiliar la información que pueda aportar la madre biológica tiene gran importancia en el éxito de la búsqueda; sin esa aportación sobre la identidad del progenitor padre, el derecho a la identidad a través de la búsqueda del propio origen quedará truncado por carecer de los datos necesarios para realizarla.

Aunque la investigación de este trabajo va enfocada al hijo de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofamiliar, hay que poner de relieve que la diversidad de personas que ignoran la identidad de sus progenitores biológicos es mucho más extensa. Lo relevante es que el legislador y los organismos de las administraciones públicas no contemplen a estos grupos de personas, como ya hemos puesto de relieve en epígrafes anteriores, bajo la carencia legal en la legislación interna de la búsqueda del propio origen solo contemplada en las Comunidades Autónomas⁶²⁸ para personas adoptadas. Este vacío legislativo resulta discriminatorio en el tratamiento y en las oportunidades y atenta contra el principio de igualdad ante la ley, al obstaculizar el derecho de toda persona a su reconocimiento pleno como persona⁶²⁹.

5.3 La mediación en los hijos que buscan su propio origen biológico

A lo largo de la vida, quien desconoce la identidad de alguno de sus progenitores suele hacerse preguntas sobre sus orígenes biológicos. En ese momento está iniciando un camino de difícil asunción emocional y psicológica, por las posibles dificultades que se puede encontrar en la búsqueda⁶³⁰. Necesita

⁶²⁸ En los Servicios Sociales de cada una de las Comunidades Autónomas existe un organismo especializado en la intermediación en la búsqueda de orígenes biológicos. Benedicto GARCÍA (Coord,) *Manual de recomendaciones para la búsqueda de orígenes*, p. 10. Visitada el 13/12/2021. <https://shre.ink/Qhz9>

⁶²⁹ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad. 71º Periodo ordinario de sesiones, 30 de julio al 10 de agosto de 2007. Rio de Janeiro, Brasil. OEA/Ser.Q. CJI/doc.276/07 rev.1. p.4.

⁶³⁰ La consecuencia del abandono por los padres biológicos desencadena en los hijos diferentes sentimientos, denominados como la «herida primaria» a la que se deben enfrentar antes del inicio de la búsqueda. Entre esos sentimientos podemos destacar el temor a un nuevo abandono de los padres biológicos si no quieren tener contacto con el hijo abandonado o han fallecido. *Ibidem*.

respuestas para entender el abandono que ha sufrido y parte de ellas las puede encontrar en esa búsqueda de su propio origen. El día que toma la iniciativa de buscar su origen biológico es fundamental que el hijo se apoye en “la ayuda de su familia, en su entorno para comprender, elaborar y aceptar su origen diferente. Esta ayuda va a facilitar la necesaria búsqueda y reflexión interna que permitirá una construcción sana de su identidad”⁶³¹.

Diversos son los obstáculos que un hijo que empieza esa búsqueda tiene que afrontar, y el primero de ellos es el conflicto de lealtad⁶³². El hijo debe comunicar a su familia que tiene la necesidad humana de iniciar la búsqueda de sus orígenes, y que esa decisión no comporta ser desagradecido ni debe ser interpretada como un desaire a su familia. De hecho, es muy probable que él haya antepuesto en muchas ocasiones sus propias necesidades a conocer su propio origen reprimiendo sus deseos y posponiendo o incluso abandonando la idea de la búsqueda para no comprometer ese sentimiento de lealtad.

La búsqueda debe ir acompañada de un trabajo personal de gestión emocional sobre los temores de ser rechazado por la madre biológica, los hermanos/as, el padre biológico u otros familiares relacionados con su origen. A lo largo de la vida de una persona que ha sido abandonada por alguno de sus padres biológicos ha habido momentos de rabia y rencor, pero estos

⁶³¹ *Ibidem*.

⁶³² “Durante décadas, los tabúes sociales y culturales frente a la paternidad y filiación adoptiva, cultivaron la idea de que la persona adoptada debía estar “agradecida” a su madre y/o padre adoptivo, así que el hecho de que quisiera buscar a “los otros” era interpretado, por parte de la familia adoptiva, como un desaire, como un rechazo, provocando mucho dolor en unos y otros. Esta interpretación generaba irremediabilmente un conflicto de lealtades en la persona adoptada tanto hacia la familia adoptiva como hacia la familia biológica o familia de origen, lo que dificultaba enormemente el poder vivir de una forma natural y sana su necesidad de saber y entorpecía en el proceso o inicio de la búsqueda. El hecho de no haber resuelto o superado el conflicto de lealtades afecta negativamente a nivel emocional y el inicio del proceso de búsqueda”. *Ibidem*.

Este conflicto de lealtad no es único y exclusivo de los hijos adoptados, sino que se da también en los hijos de mujeres solteras que han criado a sus hijos solas sin la ayuda del padre biológico.

sentimientos negativos deben trabajarse para poder iniciar una búsqueda con la suficiente fortaleza emocional y afrontarla con éxito⁶³³

La realización de la búsqueda del propio origen sin utilizar la mediación comporta un riesgo para la persona que la inicia, si no está lo suficientemente preparada emocional y psicológicamente para asumir las posibles consecuencias. Tanto la persona que busca como las que son encontradas tienen que adaptarse a unas nuevas condiciones en sus vidas, por lo que el mediador establecerá un primer contacto con los padres biológicos para tender puentes de comunicación entre ellos.

Para iniciar el proceso de la búsqueda es aconsejable que se vean apoyados por profesionales que faciliten los diferentes recursos, dependiendo de los acontecimientos que vayan trascurriendo en cada momento; lo más adecuado es que se disponga de un mediador familiar, con formación psicología, en educación social, trabajo social y derecho, todos ellos deben contar con formación específica en apoyo a la búsqueda⁶³⁴.

Las redes sociales ofrecen muchas posibilidades de establecer rápidamente una conexión, pero no ofrecen a las partes la posibilidad de planificar con tiempo y de prepararse emocionalmente. Las redes sociales fomentan la impulsividad y impaciencia, mientras que la búsqueda de orígenes debe ser un proceso lento de adaptación y de serenidad. Se tiende a que minimizar el sufrimiento por el desconocimiento del pasado y la incertidumbre del futuro.

La utilización de la mediación en la búsqueda de los orígenes biológicos puede ser un instrumento muy útil para lograr un final positivo y bien aceptado. Puede ayudar tanto al acercamiento y a propiciar el entendimiento de todos los agentes que se encuentren implicados como a minimizar el conflicto que pueda ocasionarse.

⁶³³ *Ibidem.*

⁶³⁴ *Ibidem.*

La búsqueda no está necesariamente compuesta por dos sujetos (progenitor e hijo), sino que está implicada una pluralidad de individuos. La situación familiar en la que se encuentren los padres biológicos en el momento de ese encuentro puede generar un conflicto; los padres biológicos pueden estar casados y con hijos y nunca haber revelado a nadie de su familia el abandono de ese niño que ahora lo está buscando.

El primer contacto con alguno de los progenitores biológicos no lo debe realizar la persona que busca directamente, sino que debe hacerlo una tercera persona, con la intención de que abra la comunicación y el entendimiento entre ambas partes. Este es el papel que puede desempeñar un mediador. Si el primer acercamiento no se hace correctamente puede ser muy negativo y contrario al efecto deseado.

La búsqueda de los orígenes no necesariamente termina con el encuentro con la familia biológica; cada persona que comienza la búsqueda la lleva a cabo con un objetivo diferente: algunos solo quieren saber las circunstancias que dieron lugar al abandono, obtener datos sobre genética familiar o rasgos físicos, pero sin la intención de establecer un contacto directo con la familia de origen.

Aunque la mayoría de búsquedas de personas adoptadas van enfocadas a buscar a la madre biológica con el objeto de establecer el vínculo físico del espejo biológico entre ambas partes con el que uno se quiere identificar, también existen personas no adoptadas que buscan al padre biológico. El fin de la búsqueda es el de comprender, entender el porqué del abandono. Averiguar si existen hermanos o familiares directos, como pueden ser tíos, primos o incluso abuelos que desconozcan su existencia y establecer lazos familiares con ellos, si es posible.

La búsqueda no termina con encontrar el objetivo que uno se ha señalado; cuando ha dado su fruto hay que ir ordenando en uno mismo todo lo encontrado. Son momentos de gran ansiedad para la persona que ha buscado. La mayoría de veces la búsqueda puede tardar años, incluso décadas y, por lo tanto, el momento en el que uno se encuentra con sus orígenes es un

acontecimiento en el que hay que realizar un gran trabajo personal para ir asimilando lo encontrado.

5.4 Fases del procedimiento de mediación en la búsqueda del propio origen

La búsqueda del propio origen está formada por un conjunto de factores: asesoramiento, mediación y ayuda psicológica, que estarán presentes en cuatro fases de las que puede componerse la búsqueda⁶³⁵.

La primera fase consiste en conocer la historia personal. En esta fase es imprescindible que los progenitores, en el caso de que el hijo sea una persona adoptada, le cuenten su verdadera historia sobre la adopción. Si se trata de hijos de familia monoparental sin reconocimiento paterno es fundamental que la madre le cuente la historia y le revele la identidad del padre biológico.

En la segunda fase ya entra en juego el mediador con todos sus principios de actuación, pero será necesario que las personas convocadas asuman que no se trasladará ningún tipo de información a la otra parte sin su consentimiento; el mediador debe ser respetuoso con la decisión de confidencialidad como un gesto de intimidad a la libertad de la familia biológica. Al ser un proceso voluntario, se les convoca para explicar el funcionamiento de la mediación y la importancia del consentimiento. Esta convocatoria se puede realizar a través de diversos modos (por carta, por una llamada de teléfono o mediante la presencia en el domicilio), pero lo fundamental es obtener los datos de contacto para realizarla. En esta fase se negociará con las partes implicadas qué información se intercambiará y ninguna de ellas conocerá los datos de identificación o localización del otro porque son las partes quienes decidirán si van avanzando hacia el encuentro⁶³⁶.

⁶³⁵ Ana BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y Blanca GÓMEZ-BENGOECHEA (Coords.), *Los retos de la postadopción: balance y perspectivas*. Experiencias de trabajo en el apoyo a la búsqueda de los orígenes, p. 142.

⁶³⁶ *Ibidem*, p.144.

El ritmo de esta segunda fase lo tienen que marcar ambas partes, ajustándose a la necesidad de cada una para el acercamiento. Durante esta fase las partes decidirán si quieren realizar intercambios de cartas, fotos, audios o videos. Estos intercambios pueden ayudar a integrar en el acercamiento a personas cercanas a ambas partes, fortaleciendo la colaboración de las relaciones de la familia adoptiva y viceversa⁶³⁷.

Una vez que los participantes en la segunda fase han podido establecer un camino de comunicación entre ambas partes se deben ajustar sus expectativas y delimitar el alcance del contacto.

La tercera fase sería el establecimiento del encuentro directo con las dos partes que participan. No se produce, en todos los casos este encuentro a veces una de las partes toma la decisión de que ya dispone de la suficiente información y no quiere un encuentro personal. El contacto también puede abrir el camino para establecer una relación más amplia dentro de la familia de origen con el resto de familiares biológicos⁶³⁸.

La cuarta y última fase sería la reconstrucción de una relación con la familia biológica de forma continuada en el tiempo. Esta fase necesita de apoyo y trabajo psicológico para afrontar el estrés de las relaciones familiares nuevas e integrarse en los nuevos roles de la familia de origen⁶³⁹.

⁶³⁷ *Ibidem*.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 145.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 146.

CONCLUSIONES

I. Las relaciones parentales

La naturaleza de las relaciones familiares suele nacer como consecuencia de un vínculo biológico, si bien en ocasiones ese lazo se concibe a través de la convivencia; en ambos casos surgen relaciones jurídicas de derechos y obligaciones. Esta investigación se ha estado centrado en la relación jurídica que existe entre padres e hijos biológicos.

La terminología del «parentesco» únicamente consta en el Código Civil, referida a la sucesión intestada, cuando se establecen los grados que forman las líneas directas o colaterales. La línea directa es la constituida entre personas que descienden unas de otras; por regla general existe entre ambas partes un lazo sanguíneo. Pero hay otros tipos de relaciones en las que se establece el grado de línea directa sin que coexista un vínculo biológico entre ascendientes y descendientes: nos referimos a la adopción, a los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida y a los reconocimientos por complacencia.

Para el derecho civil es de gran importancia determinar qué tipo de parentesco une a las personas que conviven en un grupo familiar o afines a ella, porque la normativa establece derechos y obligaciones dependiendo del grado de parentesco que tengan entre sí. De ahí la importancia de determinar la filiación no reconocida.

En este trabajo hemos analizado la relación de consanguinidad que vincula al hijo no reconocido con su progenitor. Utilizamos el término «progenitor» y no el de «padre», por entender que, la palabra «padre» apunta más a quien ha practicado las cualidades de carácter protector y afectivo, mientras que «progenitor» atiende a quien ha engendrado.

Cuando el Código Civil hacía referencia a la figura del «buen padre de familia», pretendía denotar la obligación de diligencia, de emplear todos los medios al alcance para prevenir los daños. De ahí que, si se actuaba con la

diligencia del buen padre de familia ante la acción u omisión de un daño producido a otra persona, podría eximirse la responsabilidad civil que correspondiese.

II. El reconocimiento de la filiación

La Constitución estableció el principio de igualdad para todas las personas, sin que pueda existir discriminación por razón de nacimiento. Con anterioridad a ella, se establecían tres tipos de filiación: legítima, ilegítima y legitimada; y aun existía otra diferenciación dentro de la ilegítima, que distinguía entre filiación ilegítima natural y no natural.

La forma legal de adquirir la filiación de los padres era a través de la institución del matrimonio, como la única fuente de creación de derechos en la procreación. Las figuras jurídicas de los hijos legítimos e ilegítimos fueron suprimidas del ordenamiento jurídico, por ser contrarias a los principios constitucionales.

En la actualidad, los hijos ilegítimos naturales y no naturales son designados simplemente como «hijos no matrimoniales», sin ningún tipo de discriminación entre sí. Cosa distinta ha sucedido con la igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, pues aunque se ha avanzado en aras de la igualdad, aún falta un largo camino por recorrer para equipararlos en derechos, porque existen importantes diferencias en cuanto a su reconocimiento.

La determinación y prueba de la filiación está regulada en el artículo 113 del Código Civil, que se acredita por la inscripción en el Registro Civil a través de documento, de sentencia o por la presunta paternidad matrimonial. El hecho de que una relación sentimental esté inscrita en el Registro Civil como matrimonial hace que el nacimiento de un hijo en común se presuma del marido, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos en los artículos 115 a 119 del Código Civil.

En cambio, si las personas inscritas en un registro de parejas de hecho conciben un hijo, éste no es considerado presuntamente como tal a efectos de inscripción en el Registro Civil. La filiación paterna debe determinarse a través

del reconocimiento voluntario por parte del padre y no por el simple hecho de nacer de una relación inscrita.

En el artículo 235-10 del Código Civil de Cataluña existe la presunción de paternidad de los hijos no matrimoniales; se establece que el hombre que haya convivido con la madre en el lapso legal de la concepción y que haya mantenido relaciones sexuales en el mismo período se presume que es el padre del hijo no matrimonial. Esta presunción no es aplicable para la inscripción de la filiación en el Registro Civil, sino que es una mera prueba acreditativa para el procedimiento de reclamación de paternidad; por el contrario, la presunción matrimonial sí es inscribible.

Por ello concluimos que en la actualidad existe discriminación por razón de nacimiento, por la diferente aplicación para hijos matrimoniales y no matrimoniales de la presunción de paternidad en la inscripción en el Registro Civil. El Proyecto de la nueva ley de familia que actualmente está en proceso de tramitación por vía de urgencia trata de intensificar la acción protectora del Estado a las familias, igualando su protección social, sean o no de origen matrimonial.

En países como Argentina existe una disposición de defensa de los derechos de la personalidad del niño que dispone la obligación, por parte del Registro Civil, de comunicar al ministerio fiscal la falta de inscripción cuando solo se determine la filiación materna. El ministerio fiscal debe emprender las acciones necesarias para determinar la paternidad y el reconocimiento del hijo por parte de su progenitor. Creemos que una inclusión de estas características en nuestra normativa garantizaría los derechos de la personalidad y su efectividad.

El Proyecto de ley de familia pretende hacer avanzar nuestro derecho hacia una sociedad abierta a los cambios sociales, adaptándose a los nuevos modelos parentales. El propio Tribunal Constitucional, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han interpretado que la familia no queda limitada a la de origen matrimonial; se han pronunciado en diversas sentencias con respecto al derecho al respeto de la vida privada y familiar dispuesto en el artículo 8 del

Convenio Europeo de Derechos Humanos, al obligar a los poderes públicos a asegurar la igualdad en la diversidad familiar.

III. La familia monoparental

El avance cultural y social que ha sufrido la sociedad en los países más desarrollados ha impulsado a los poderes públicos hacia la protección social, económica y jurídica, en especial en lo que se refiere a las familias.

Las estructuras y las composiciones familiares han cambiado sobremanera en los últimos cincuenta años. Los nuevos principios rectores se establecieron en diversos artículos del texto constitucional, en especial en el artículo 39, en el que se fijó una genérica obligación de protección de la familia, pese a que, en aquellos años, tampoco se entendía socialmente como en la actualidad. Desde ahí han sido la legislación, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo las que han ido haciéndola evolucionar.

La primera reforma sobre la familia que se realizó en el Código Civil fue muy cerca de la promulgación de la Constitución, a través 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. En especial, podemos destacar el gran cambio normativo que supuso esta reforma para la igualdad entre hombres y mujeres: la desaparición del *paterfamilias* significó un avance esencial, pasando la patria potestad a la potestad coparental de ser exclusiva del padre a ser compartida por ambos progenitores.

Otro cambio importante que realizó la reforma fue la derogación de la adopción del propio hijo natural reconocido, que era una práctica habitual en los procedimientos de adopción del hijo del cónyuge, y que suponía también la adopción del hijo por parte de la madre biológica. Esas adopciones eran calificadas como permisivas por parte del legislador, pero consideradas polémicas por la doctrina, al entender que eran mayores los derechos adquiridos por el reconocimiento de la filiación materna que los adquiridos por la adopción.

La familia monoparental, formada por madre soltera con hijo, no era bien vista ni aceptada por la sociedad aún en los tiempos próximos o coetáneos a la democracia.

En la actualidad existe una parte importante de madres solteras que conviven solamente con sus hijos. Entre las familias monoparentales nos encontramos, entre otras, diversas circunstancias que motivan este tipo de convivencia familiar: las madres divorciadas que tienen asignada la guarda individual o compartida de sus hijos, las mujeres que han decidido de forma unilateral ser madres a través de las técnicas reproducción humana asistida o las mujeres viudas con hijos; todas ellas tienen un elemento en común, que son familias monoparentales.

La competencia normativa en materia de familia la tienen atribuida las Comunidades Autónomas a las que se les ha atribuido; esto motiva diferencias normativas en función de la Comunidad Autónoma de residencia. Esta situación puede comportar discriminaciones por razón del lugar de residencia. Cataluña fue la primera en regular sobre la familia monoparental seguida de Galicia, la Comunidad Valenciana, las Islas Baleares la Cantabria.

El hecho de que haya un lapso de ocho años de diferencia entre la primera y la última es contrario al principio de igualdad en perjuicio de aquéllas en las que se ha tardado más en legislar. Aunque en la actualidad se ha aprobado el Proyecto de ley de familia, en el que se admite la diversidad familiar, las Comunidades Autónomas deberán adaptar su normativa a las disposiciones que realice la nueva ley.

IV. La inscripción del nacimiento a través del reconocimiento voluntario de la filiación y los efectos del no reconocimiento

Las relaciones parentales se canalizan a través de la relación jurídica que se determina con la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. El nacimiento comporta el despliegue de los efectos asociados a los derechos de la personalidad jurídica, aunque existían diversas teorías sobre en qué momento se adquiere. A partir de la modificación del artículo 30 del Código Civil realizada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la personalidad jurídica se

adquiere en el momento del nacimiento con vida y desprendimiento del seno materno. Queda atrás la necesidad de esperar veinticuatro horas para obtener el reconocimiento de la personalidad jurídica. Se avanzó en la adaptación de la normativa a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño. Al reconocer la personalidad jurídica desde el momento del nacimiento se reivindicó la consecuencia necesaria de la protección de la dignidad humana.

Las personas tienen derecho a obtener el reconocimiento de las dos filiaciones, la materna y la paterna, pero esto no siempre se cumple. La materna queda determinada por el parto, con independencia de si el hijo es matrimonial o no matrimonial, pero no sucede igual con respecto al padre; la inscripción en el Registro Civil de la paternidad como consecuencia de la presunción paterna solo es inscribible *ex lege* si los hijos son matrimoniales y reúnen los requisitos legales, mientras que la de los hijos no matrimoniales no goza de la presunción de la paternidad, ni siquiera en el caso que los padres estén inscritos en el registro de parejas de hecho.

La Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil fue derogada de forma progresiva por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Esta reforma suprimió la división del registro en secciones, creando un único registro individual para cada persona a la que se asigna un código identificativo en la primera inscripción. La inscripción también se rige por el todavía vigente Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

La inscripción de la filiación en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos, al contrario que las meras anotaciones, que solo tienen un valor informativo. El artículo 15 de la Ley del Registro Civil establece el principio de publicidad, gracias al que todos los ciudadanos tienen el libre acceso a sus datos registrales individuales; además, el artículo 80.4 otorga la posibilidad de acceder de forma excepcional a la información de los datos inscritos con el fin de realizar investigaciones familiares, históricas o científicas. Esta excepción, inspirada en el artículo 39.2 de la Constitución sobre la posibilidad de investigar la paternidad, da la opción de poder acceder a datos referentes a familiares biológicos.

Pero el anterior derecho no es accesible en la práctica a todos los grupos de personas que lo tienen teóricamente reconocido. De poco sirve lo dispuesto en el artículo 80.4 de la Ley del Registro Civil, si no se complementa con normas o con protocolos de actuación que garanticen la búsqueda en ese Registro, como sí lo han desarrollado algunas administraciones públicas autonómicas para arbitrar la búsqueda del propio origen de las personas adoptadas.

De *lege ferenda* sería necesaria una reforma normativa que reconozca de forma clara el derecho a la búsqueda del propio origen y que ampare a todas las personas que carezcan de filiación paterna, garantizándola a través de leyes complementarias o de protocolos de actuación ante los organismos públicos. De *lege lata* es preciso que los legisladores, tanto estatales como autonómicos, hagan un exhaustivo análisis de las normas actuales sobre este particular, porque en toda la normativa existente sobre la búsqueda del propio origen solo se incluye hoy por hoy a las personas adoptadas. Las demás figuras son discriminadas e ignoradas, pese a tener idéntico derecho constitucional.

A la hora de legislar se debe tener en cuenta la diferencia entre el derecho a conocer el propio origen y el derecho a la filiación, pues ambas instituciones tienen relación, pero poseen objetivos diferentes: la primera opción no genera efectos jurídicos en las personas, solo pretende y se agota en la simple averiguación del origen biológico; la segunda opción tiene la finalidad de averiguar el origen biológico y de establecer vínculos jurídicos entre ambas partes. Esta distinción se realiza en la normativa existente sobre la búsqueda de los orígenes biológicos de las personas adoptadas: la condición de irrevocable de la adopción abre la posibilidad de poder averiguar el propio origen sin que surjan por ello efectos jurídicos. Nuestra Constitución no pensaba en la adopción cuando se debatió el artículo 39.2 de la Norma Suprema sobre la investigación de la paternidad y, en cambio, al regular la búsqueda del propio origen, se ha atribuido ese derecho en exclusiva a las personas adoptadas.

Los hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial, para conocer su propio origen biológico. se ven abocados a presentar demanda de reclamación de paternidad. En el caso de personas menores de edad debería ser obligatorio que su representante legal reclamase la paternidad en su nombre

la con el fin de salvaguardar sus derechos de la personalidad y de establecer efectos jurídicos que garanticen el interés superior del niño. El concepto cambia en el caso de personas mayores de edad, cuando su única pretensión es conocer el propio origen biológico sin querer obtener el reconocimiento de la filiación paterna. En este caso, la posibilidad de acceso a la investigación de la paternidad es prácticamente imposible ante las barreras administrativas y jurídicas que les dificultan ejercer este derecho.

El principio de igualdad y no discriminación por razón de filiación debería quedar implícito en todas y cada una de las normas jurídicas establecida por las legislaciones competentes. *De lege lata* en el Código Civil y en el Código Civil de Cataluña, así como en las diversas Comunidades Autónomas, ya está reconocida la búsqueda del propio origen para personas adoptadas; por lo tanto, creemos que la forma más adecuada sería establecer una acción meramente declarativa destinada a conocer el propio origen biológico, que incluyese a cualquier persona que carezca de la filiación paterna.

Este proceso puede establecerse en un procedimiento de jurisdicción voluntaria ajeno a cualquier acción de reclamación de la filiación o a través de un procedimiento administrativo que realice la Entidad de Protección de la Infancia y la Adolescencia de cada una de las Comunidades Autónomas (como ya están realizando en la actualidad en los procedimientos de búsqueda del propio origen de personas adoptadas). Este procedimiento no debería producir ningún tipo de efecto jurídico relativo a la determinación o la impugnación de la filiación, sino simplemente establecer la posibilidad de conocer el propio origen, para dar cumplimiento al derecho a la identidad. Además, *de lege ferenda*, la acción declarativa de la búsqueda del propio origen debería poderse inscribir en el Registro Civil con el único propósito de que las generaciones futuras puedan averiguar sus raíces familiares.

La falta del reconocimiento de la filiación paterna produce efectos negativos en el niño, como son la pérdida del derecho a la identidad como signo distintivo de su dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y a la libertad física y moral. La búsqueda de los orígenes biológicos es un derecho innato e inherente que nace de la propia persona. Por esa razón, entendemos que existe

discriminación por razón de nacimiento si los poderes públicos no salvaguardan y garantizan la protección de la verdadera filiación paterna de cualquier niño al que no se inscriba inmediatamente la filiación correspondiente tras su nacimiento.

V. La igualdad y no discriminación por razón de nacimiento

La promulgación de la Constitución de 1978 instauró en España los principios fundamentales inspirados en la normativa internacional sobre derechos humanos; éstos han ido concretándose de forma progresiva a través de la doctrina del Tribunal Constitucional.

El principio de igualdad y no discriminación, reconocidos en el artículo 14, ampara, además de la no discriminación por razón de nacimiento, todas las condiciones o circunstancias personales o sociales que la puedan comportar. Este texto que fue incluido a partir de la reflexión que hizo el Portavoz del grupo Parlamentario *Entesa del Catalans*, Luis M. XIRINACS DAMIANS, al entender que si no se especificaban con claridad todas las variantes se entendía que cualquier otra discriminación podía ser aceptada.

El derecho fundamental a la igualdad fue debatido por los encargados de redactar el Proyecto de Constitución y defendido en el Congreso de los Diputados frente a la desigualdad que hasta entonces existía entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales. Este derecho tiene un carácter relacional, por lo que la igualdad no se puede anunciar con imprecisión. Esa es una de las razones por las que entendemos que la regulación normativa específica sobre la búsqueda del propio origen enfocada únicamente a las personas adoptadas vulnera el derecho a la igualdad, discriminando por razón de nacimiento al resto de personas que carecen de los datos sobre su propio origen.

Esto significa que la filiación por adopción se iguala a la filiación por naturaleza en todos sus aspectos normativos, pero no a la inversa; al carecer de normativa específica sobre la búsqueda del propio origen, los hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial que desconocen su propio origen biológico se ven discriminados por razón de nacimiento.

El verdadero objetivo de los padres de la Constitución cuando debatieron el artículo 39.2 de la Constitución sobre el derecho a la investigación de la paternidad era amparar a los hijos de mujeres solteras y a sus madres; así lo alegó el portavoz del Grupo Parlamentario de Progresistas y Socialistas Independientes, VILLAR ARREGUI, cuando apuntó la posible discriminación que se produciría si no se recogía este derecho. Para él suponía una diferenciación ilegítima entre madres solteras y casadas, habida cuenta de que, estadísticamente, hay mayor número de hijos de madres solteras que de hijos de mujeres casadas concebidos con varón distinto de su marido. Pero ambos supuestos comportan la posibilidad de investigar la paternidad. Entendemos que el mandato constitucional de igualdad no se cumple al carecer de normativa específica que regule la investigación de la paternidad, independientemente de la razón del nacimiento.

En ninguna de las sesiones del Senado sobre el artículo 39.2 del Proyecto de la Constitución hubo debate sobre el derecho a la búsqueda de la paternidad pensando en la figura jurídica de las personas adoptadas y, sin embargo, esto es lo único que se ha regulado tanto a nivel estatal como autonómico. El debate constitucional se centró en la antigua figura de los hijos ilegítimos y en la discriminación que sufrían las madres y los hijos por razón de nacimiento no matrimonial, en especial, en el caso de las madres solteras abandonadas por el padre de sus hijos.

La figura jurídica del hijo ilegítimo ha sido borrada de un plumazo por mandato constitucional. La posibilidad de averiguar la paternidad de un hijo de madre soltera que no ha sido reconocido jurídicamente no está contemplada en ninguna regulación jurídica en España. El derecho reconocido en el artículo 39.2 de la Constitución no ha sido complementado por leyes que hagan eficaz este derecho a todas las personas que carezcan de los datos sobre su paternidad. Y esto no solo vulnera el derecho a la igualdad sino, lo que es más grave, el principio informador del mismo nombre que vincula a los poderes públicos.

Sorprende que los debates constituyentes de la Constitución de 1978 centrasen su argumentación del artículo 39.2 en que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”, utilizando el término «paternidad» para referirse

al padre y que este concepto no se haya interpretado por los operadores jurídicos para establecer que el mandato constitucional obliga a hacerlo posible.

VI. El derecho a la identidad

El derecho a la identidad no fue amparado por ningún artículo de la Constitución de 1978. Aparece por primera vez en la proclamación de los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del niño de 1989. Esta propuesta, realizada por la asociación de las Madres de la Plaza de Mayo de Argentina fue realizada como consecuencia de la desaparición forzosa de cientos de personas durante la dictadura militar, muchas de ellas embarazadas. Eso llevó a que se introdujera el reconocimiento del derecho a la identidad en la Convención.

El derecho a la identidad ha sido considerado como un derecho inherente al ser humano, íntimamente ligado al derecho de filiación. La identidad de la persona se forma a través de la identidad estática y la identidad dinámica; la primera es la formada por el nombre, la nacionalidad y los aspectos identificativos que distingue a unos ciudadanos de otros; la segunda se forma como consecuencia de los aspectos de la personalidad de cada ser humano, como un ser único y singular.

La identidad dinámica evoluciona y se forma a lo largo de la vida de la persona: es la esencia pura de que cada ser humano es único en el mundo. El desarrollo de la identidad va ligado a su ascendencia genética y conocer su origen biológico es fundamental para empezar a formar una identidad propia real, no a partir de especulaciones o falsedades.

En los procedimientos de adopción, las normas jurídicas que regulan la búsqueda de los orígenes biológicos garantizan y amparan el derecho a conocer el propio origen a todas las personas adoptadas. Las investigaciones y los estudios psicológicos han puesto de relieve los perjuicios que causa desconocer la identidad de la familia biológica.

Las técnicas de reproducción humana asistida han facilitado la posibilidad de ser padres sin necesidad de compartir material genético con los hijos. A los

niños nacidos a partir de esos métodos se les establece la filiación legal igualándola a la establecida por naturaleza. En España, en estos casos, prevalece el derecho del donante al anonimato por encima del derecho a la identidad, mientras que en otros países se está prohibiendo la donación anónima.

Debemos tener en cuenta que todo ser humano tiene el derecho inherente a poder completar su propia identidad desde el conocimiento de sus orígenes biológicos por ser parte integrante de la dignidad humana. Los hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paterno pierden la posibilidad de acceder a la identidad de parte de su familia biológica, como consecuencia del abandono y la falta de reconocimiento por el progenitor inmediatamente después del nacimiento. De igual forma que las personas adoptadas pierden la identidad de su familia biológica en el momento que son abandonadas por ellos.

Los datos que constan en los expedientes de adopción no cubren las necesidades que el derecho a la identidad de cualquier persona necesita para entender el abandono. El simple hecho de tener el nombre y los apellidos de uno o de ambos progenitores y el hospital donde nació, serían los mínimos necesarios para emprender la búsqueda del propio origen. Los datos identificativos de los progenitores no son los únicos datos que la persona que busca sus orígenes biológicos necesita para completar su identidad. Para las personas que lo han sufrido es importante completar la historia de su abandono y poder entender por qué sucedió. Por muy dura que sea esa realidad, es parte de su existencia y le pertenece en exclusiva él.

VII. El interés superior del niño en la determinación de la filiación paterna

El legislador configura el principio del interés superior del niño con la finalidad de salvaguardar su seguridad e integridad psíquica y física, para que prevalezcan por encima de cualquier norma procesal o para que inspiren el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En el derecho de familia debe primar por encima de cualquier otro derecho el *favor filii*, cuando la cuestión afecte a niños, y así lo estableció la Ley 11/1981,

de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto del *favor filii* a colación de la interpretación del artículo 39.2 de la Constitución sobre la libre investigación de la paternidad; señala que el interés superior del niño se garantiza a través de la averiguación de la filiación biológica, dirigida a prestar la asistencia y el cuidado tanto material como moral, como consecuencia de hacer surgir las obligaciones parentales.

Conocer el propio origen biológico beneficia a las personas que carecen de esa información a nivel personal y social. La sinceridad en el conocimiento de la verdad sobre el origen biológico atenúa el posible daño emocional. La formación de la identidad de una persona precisa de la información que envuelve su vida desde su concepción, las circunstancias en que se produjo la gestación y el nacimiento; solventar estos interrogantes de la vida es necesario para el desarrollo de la personalidad. La ocultación del propio origen biológico perjudica en gran medida el interés superior del niño, produciendo sentimientos negativos en las relaciones sociales.

El Comité de los Derechos del Niño, señala que la personalidad del niño se forja por las vivencias de su entorno familiar; añade que es primordial, para garantizar su interés superior, la búsqueda de su origen biológico desde que tiene suficiente madurez para ser escuchado y para entender las consecuencias que puedan derivar de la búsqueda. El Comité añade que el interés superior del niño acarrea la obligación de preservar la cultura de su familia biológica, además de poder acceder a la información de esa familia como parte integrante de su propia identidad. Está claro que el Comité no pensaba en los hijos de familia monoparental sin reconocimiento jurídico paternofilial cuando dictó la Observación general número 14 (2013), pero tampoco pensaba nuestra Constitución en la adopción cuando se redactó el artículo 39.2 y eso no ha impedido que toda la normativa referente a la búsqueda del propio origen esté focalizada en esta figura.

El Comité señala que preservar el interés superior del niño debe entenderse desde una triple dimensión:

- a) La primera, como derecho sustantivo. El interés superior debe considerarse como un derecho fundamental cuando estén en juego intereses que afecten a un niño.

Atendiendo a este derecho sustantivo concluimos que el derecho a la filiación paterna y el interés superior del niño no se encuentran en un mismo plano de derechos, sino que el interés del niño pasa por encima de cualquier otro. Por ello, y por mor del interés superior del niño, su derecho sustantivo se debe hacer efectivo y garantizar los derechos de la personalidad en el caso de que la filiación paterna no haya sido inscrita en el Registro Civil. La decisión unilateral del padre, supone decisiones sobre el niño, privándole de derechos fundamentales y de la aplicación de principios constitucionales.

- b) La segunda es que este principio jurídico debe ser interpretado como fundamental cuando exista más de una interpretación que devenga en diferentes resultados; en esa tesitura, siempre debe aplicarse la interpretación más positiva para el niño.

Reflexionando sobre esta dimensión, entendemos que las consecuencias que implica la falta del reconocimiento paterno en el Registro Civil perjudican al hijo y, por tanto, no es la opción más satisfactoria y positiva para el interés superior del niño.

- c) La tercera dimensión es que en el procedimiento se deben valorar específicamente las consecuencias (positivas y negativas) que las decisiones tomadas puedan comportar para el niño; de ahí que las decisiones deban estar claramente motivadas por quien las dictó.

La decisión unilateral por parte de la madre de únicamente inscribir la filiación materna en el Registro Civil afecta negativa y directamente al niño.

Por ello, concluimos que el derecho a la filiación está íntimamente unido a la dignidad humana y al derecho de todo ser humano a formar su identidad en el ámbito de la vida privada (en la que se incluye la relación jurídica entre padres e hijos). Estos derechos deben garantizar su efectividad desde el nacimiento, con la inscripción de la filiación materna y paterna en aras del interés superior del niño.

VIII. La donación anónima en las técnicas de reproducción humana asistida y el derecho a conocer el propio origen

Las nuevas posibilidades de concebir hijos mediante las técnicas de reproducción humana asistida han obligado a legislar adaptándose a los mandatos constitucionales y a las normas ya existentes.

Los derechos constitucionales de la igualdad y la no discriminación por razón de nacimiento se han aplicado en la normativa que contempla la situación de los niños nacidos a través de estos métodos. En la actualidad, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece el anonimato de los donantes de esperma o de óvulos; de ahí que los niños nacidos a través de la donación de gametos o de preembriones, no puedan ejercer su derecho a la búsqueda del propio origen biológico reconocido en el artículo 39.2 de la Constitución.

En estos casos, puede que la verdad biológica y la verdad jurídica no coincidan, porque es posible que la madre y/o el padre no sean quienes han aportado material genético para la inseminación. El reconocimiento de la filiación materna queda determinado por el parto (aunque esa no sea la verdad biológica) y la de la filiación paterna por el consentimiento realizado por el padre formal, previo y en documento expreso que se considerará indubitado.

En los últimos años, la donación anónima ha abierto a nivel internacional una nueva corriente, que ha llevado a prohibir el anonimato de los donantes en países como Suecia, Finlandia, Noruega, Reino Unido, Holanda, Alemania o Portugal. La sociedad avanza hacia la transparencia de los datos de los donantes de gametos, con base en el derecho que tiene todo ser humano, inherente a su dignidad humana, a conocer su propio origen biológico.

Los avances de las técnicas de reproducción humana asistida también han conducido una nueva praxis, la conocida como gestación subrogada o gestación por sustitución. En España está vetada en la actualidad. Los hijos nacidos a través de la gestación por sustitución también se pueden encontrar con dificultades a la hora de ejercer su derecho a conocer su propio origen biológico. La gestante es jurídicamente reconocida como madre, al quedar determinada por el parto, por lo que la gestante y el niño mantendrán un vínculo jurídico determinado legalmente.

Es bastante habitual que la madre gestante no aporte material genético en la concepción por lo que, biológicamente, no existirá entre el hijo y la gestante ningún el mayor vínculo genético. Y, por otra parte, puede que tampoco ninguno de los comitentes aporte material genético para la concepción, por lo que el niño que nazca nunca podrá llegar a ejercer el derecho a conocer el origen de los donantes, a no ser que, en el país donde se haya llevado a cabo la gestación por sustitución, la donación no sea anónima.

A nuestro entender, no todo vale para ser padre. La sanción legal de nulidad que establece la ley española sobre la gestación por sustitución basa su argumento en la posible explotación de las mujeres que se someten a estas prácticas. La gestación por sustitución no está considerada en España como un delito ni se sanciona administrativamente, pero, si se establecen este tipo de pactos o de contratos sobre filiación, son nulos de pleno derecho sin que produzcan ningún tipo de efecto jurídico.

Desde la perspectiva ética y moral debe tenerse en cuenta la posición en la que queda el hijo nacido como consecuencia de la gestación por sustitución y de la propia criatura durante la gestación. No se puede obviar la existencia de estas prácticas y el hecho de que los hijos nacidos conviven en España con sus comitentes creyéndolos sus padres; y tampoco se puede olvidar la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección y los derechos de los niños nacidos por estos métodos.

IX. El abandono de un hijo y el daño ocasionado

Empatizar con una persona que ha sido abandonada por uno o ambos progenitores puede resultar complejo. Que hayan renunciado a ella sus padres suele comportar el denominado «sentimiento de abandono», daño que sufren los hijos como consecuencia del desamparo. Este daño no desaparece con el tiempo, sino que convive con el niño a lo largo de su vida adulta. El abandono produce una herida en el niño que, con el tiempo cicatrizará, pero sus secuelas permanecen para siempre.

Los hijos son conscientes de la situación familiar en la que conviven, por lo que un niño que crece en ausencia de uno de sus progenitores siempre se preguntará por qué no tiene a su lado esa figura paterna o materna; en nuestra sociedad, hacerse esta pregunta es algo innato. Todos tenemos un padre y una madre en origen. Cuando somos pequeños no nos preguntamos si son biológicos o no, o si en el momento del nacimiento alguien se desentendió de las responsabilidades parentales. Por naturaleza, todo ser humano es concebido por el material genético aportado por un hombre y por una mujer, independientemente de la forma de gestación.

La familia actual ha experimentado modificaciones significativas y ello ha comportado que no siempre convivan padres e hijos. Se han creado nuevos modelos de familias monoparentales compuestas de formas muy diversas. La familia resulta un engranaje fundamental de la sociedad y, como tal, se debe garantizar su protección a través de mecanismos jurídicos, tal como se ha hecho en la normativa constitucional e internacional.

La protección de la familia no es exclusiva del Estado, sino que los derechos, potestades, funciones, deberes y obligaciones recaen en cada uno de los individuos que la componen. Los niños, como personas especialmente vulnerables, deben ser protegidos en especial por sus padres para completar el total desarrollo de su integridad personal; la falta de reconocimiento de la filiación perjudica el pleno desarrollo de su personalidad.

La jurisprudencia española no ha tratado en profundidad el daño moral en la filiación como consecuencia del no reconocimiento voluntario de la filiación

paterna; solo se ha pronunciado sobre el daño moral fundamentado en la responsabilidad civil de la madre ante la ocultación de la verdad biológica de los hijos falsamente atribuidos al marido. Ante tal engaño en la relación matrimonial, la jurisprudencia ha basado, en diversas sentencias, el daño moral indemnizatorio en la norma genérica «*alterum non laedere*», que debe contener explícitamente una ocultación dolosa. También se dan en la jurisprudencia posiciones contrarias con respecto al dolo, que mantienen que es suficiente con que la conducta haya sido culposa o negligente, ambos elementos admitidos en los artículos 1902 y 1089 del Código Civil.

La jurisprudencia, en el ámbito de las relaciones familiares se ha limitado en exclusiva a los deberes conyugales y a la naturaleza negocial del matrimonio; en este sentido, ha señalado que, dentro de la institución del matrimonio, el daño moral causado por la infidelidad no puede ser indemnizatorio; el tribunal lo calificó como daño moral, pero sin carácter resarcible.

El daño moral pertenece a los perjuicios intrínsecos que afectan a la persona en su esfera emocional. Se trata de daños difíciles de determinar. Calificar el daño que ha sufrido un hijo por la falta de reconocimiento paterno es de compleja prueba, máxime porque, en la normativa española, el daño debe acreditarse y demostrarse el nexo causal.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 951/2016, de 16 de mayo, consideró que el daño causado a los niños como daño moral por la pérdida de lazos paternofiliales es insuficiente para ser reconocido como daño moral. Afirma que los hijos de familias monoparentales sin reconocimiento paterno viven dentro de la normalidad de la sociedad, aunque les falte una parte de sus lazos paternofiliales y que este hecho no provoca daño moral alguno.

Sorprende la anterior apreciación de la Audiencia Provincial y no podemos entender que el tribunal sostenga que el hecho de ser hijo de familia monoparental es vivido dentro de la sociedad como un hecho «normal», porque de igual forma se produce el daño moral a un niño que a otro si se le niega su derecho a la filiación. El tribunal afirma que muchas personas que desconocen

su paternidad son plenamente felices, mientras que a otras que la tienen reconocida les genera inseguridades y problemas.

El tribunal señala que privar a un hijo de conocer su identidad, la procedencia biológica de sus antepasados paternos y tener siempre preguntas sin contestar sobre su historia, lesiona el derecho a la identidad, generando un daño indemnizable. Bajo esta interpretación podemos determinar que a cualquier hijo de familia monoparental sin reconocimiento paterno también se le lesiona su derecho a la dignidad.

En conclusión, entendemos que esta apreciación se emite desde la óptica de quien nunca ha desconocido su propio origen, pero que sí conoce las inseguridades y problemas de descubrir su propia paternidad; estas afirmaciones tienen mucho que ver con la empatía de las personas sobre las emociones y sentimientos de quienes padecen las situaciones, aunque al final el tribunal sí aprecie la existencia de daños al niño al que falta el reconocimiento voluntario de la filiación.

La sentencia del Tribunal Supremo, 629/2018, de 13 de noviembre, señala que, para referirnos al daño moral, se debe contar con el elemento indispensable de la existencia de una acción u omisión antijurídica, negligente y que haya producido un daño resarcible de carácter patrimonial o moral.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre, estableció la existencia de daño moral ante la ocultación dolosa de la verdad biológica sobre la concepción de los tres hijos, al hacer creer al marido que eran fruto del matrimonio, realizada por parte de los verdaderos progenitores biológicos. El tribunal interpretó que los verdaderos progenitores provocaron el daño moral al romper el vínculo afectivo existente entre los niños y el presunto padre matrimonial. El tribunal no se pronuncia sobre el daño moral inferido a los niños, sino únicamente lo hace con respecto al que creía ser el padre y no lo era.

En la jurisprudencia argentina encontramos diferentes valoraciones, pero con un mismo criterio, con respecto a las consecuencias negativas que produce la falta de reconocimiento voluntario de la filiación. Se afirma que la omisión del reconocimiento de la filiación constituye un acto antijurídico y que la falta de la

figura paterna en los primeros años de vida menoscaba la identidad espiritual del hijo. En este sentido, el daño moral se produce también hacia la madre y es resarcible, basando esta interpretación en la prohibición de discriminación, reconocida tanto constitucionalmente como en los tratados internacionales ratificados por el República Argentina.

La Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina afirma que la falta de reconocimiento voluntario de la filiación paterna perjudica el desarrollo completo de la personalidad del niño; la carencia de la figura paterna perjudica su proyecto de vida al faltar el referente del padre. La tesis de los tribunales argentinos hace referencia a la acreditación del daño moral cuando los actos son discriminatorios y a que, por analogía, son válidos para supuestos de la simple comprobación del acto ilícito (por la vía de la omisión).

La ingente jurisprudencia existente sobre el daño moral por falta de reconocimiento de la filiación de los tribunales en Argentina, nos hace reflexionar sobre la importancia que tiene en ese país la filiación. El ordenamiento jurídico de Argentina garantiza el derecho de todo niño a ser reconocido por su progenitor. La falta de reconocimiento es considerada como una conducta antijurídica que contraviene la obligación parental de establecer la filiación paterna a través del reconocimiento.

Concluimos afirmando que el daño moral que produce la falta de reconocimiento voluntario de la filiación paterna no es interpretado en la jurisprudencia de los tribunales españoles de igual forma que en la de los tribunales argentinos. Lo acaecido en ese país durante la dictadura militar ha derivado en una sociedad sensible al derecho a la identidad. Este derecho fue impulsado por Argentina y gracias a ella se redactó el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

X. La salvaguarda del interés superior del niño en la determinación de la filiación

Llegamos a este punto concluyendo que el principio del interés superior del niño no está garantizado en España para los hijos no matrimoniales. Los poderes públicos no aseguran la protección del niño ni salvaguardan sus derechos de la

personalidad, que debían garantizarse desde el momento en el que no se inscribe la filiación paterna en el Registro Civil. Nuestro sistema consiente que el progenitor, de forma unilateral, sea el que decide si realiza o no la inscripción de la filiación del hijo, eludiendo los deberes parentales que le son inherentes como padre biológico.

Los legisladores discriminan por razón de nacimiento, y no garantizan por igual el derecho a la búsqueda del propio origen a todas las personas que carecen de esa información. La legislación sobre esta búsqueda se centra únicamente en la obligación de los poderes públicos de asegurarla en caso de adopción.

De toda la doctrina y la jurisprudencia analizada se desprende que la falta de reconocimiento voluntario paterno produce un daño en el hijo; aunque en España no se considere que deba ser resarcida si no es acreditada de forma fehaciente, sí que se reconoce que existe un daño real que afecta a la esfera personal del niño.

En Argentina, la jurisprudencia sostiene que la falta de reconocimiento produce en el niño una merma en su identidad espiritual, que le ocasiona un daño moral, que atenta contra la formación de su personalidad y que perjudica su proyecto de vida; reconoce que se trata de un acto ilícito, discriminatorio y lesivo de los sentimientos, al sentirse rechazado por su padre desde el mismo momento de su nacimiento.

El perjuicio reconocido por la doctrina que produce la falta de reconocimiento paterno vulnera el interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España e integrada en nuestra normativa.

BIBLIOGRAFÍA

Nota: Para la elaboración de las referencias y citaciones bibliográficas de este trabajo se han empleado los [Criterios de la Universidad de Barcelona](#).

ACEDO PENCO, Ángel. *Introducción al derecho privado y derecho de la persona*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2019, 246 p. ISBN: 978-841-3243-42-9.

AGUILERA GARCÍA, José Luis y ANDRÉS CANDELAS, Mario. “Niños, niñas, adolescentes... ¿o simplemente “menores”? un cambio semántico necesario en la educación social”, en Francisco José DEL POZO SERRANO y Carlos PELÁEZ PAZ (Dir.) *Educación social en situaciones de riesgo y conflicto en Iberoamérica*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2014, p.330-336. ISBN: 978-84-697-0289-5.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Los sujetos en el reconocimiento de la filiación natural”. *Anuario de derecho civil*, 1951, Vol. 4, nº 2, p. 533-568.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. *Curso de derecho civil*. 12ª edición. Madrid: Edisofer S.L., 2013, 3340 p. (Tomo IV. Derecho de familia). ISBN: 978-84-1527-614-2.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *El reconocimiento de la filiación natural*. Barcelona: Ed. Bosch, 1954, 248 p. ISBN: 978-84-7162-294-5.

ALBARRÁN GARCÍA, Rosa. *La relación entre filiación biológica y filiación jurídica: supuestos relevantes se su quiebra*. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2007, 325 p. [Tesis doctoral].

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes. “Reconocimiento de la filiación por complacencia”. *La ley, derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2016, nº 9, p. 2.

ALFERILLO, Pascual Eduardo. “Reflexiones sobre la propagación de nuevas tipologías de daño”. *Revista ibero-latinoamericana de seguro*, julio-diciembre 2016, vol. 45, nº 25, p. 105–150.

ALKORTA, Itziar et FARNÓS AMORÓS, Esther. “Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio”. *Oñati socio-legal series*, 2017, vol. 7, p. 148-178.

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. “Notas sobre la consideración socio-jurídica de la familia navarra al inicio del siglo XXI”. *Príncipe de Viana*, 2010, año 71, vol. 250, p. 553–606.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. *Derecho político español según la Constitución de 1978: Constitución y fuentes del Derecho*. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (prólogo). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2021, 694 p. [2 volúmenes]. ISBN: 978-84-1381-004-1.

ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio. “Procedimiento de filiación: principio de prueba”. *RCEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2005, nº 48, p. 279-294.

AZNAR-MARTÍNEZ, Berta, LORENTE DE SANZ, Judith y PÉREZ-TESTOR, Carles. “La gestación subrogada desde la perspectiva psicológica”. En: DUPLÁ MARÍN, María Teresa. *Cuestiones actuales del derecho de familia. Una visión inclusiva e interdisciplinaria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 67-76. ISBN: 978-84-1130-978-3.

BAELO ÁLVAREZ, Manuel. *La adopción: historia del amparo socio-jurídico del menor*. La Coruña: Universidad da Coruña, 2013, 383 p. [Tesis doctoral].

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María. “Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto. (Comentario a La STS de 21 de septiembre de 1999)”. *Derecho privado y Constitución*, 1999, nº 13, p. 37–80.

BARANDARIÁN, José León. *Tratado de derecho civil: comentarios al Código Civil de 1936 al Código Civil de 1984*, Tomo II. Lima (Perú): Editorial Gaceta jurídica, 2002, 1350 p.

BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de derecho de familia*. 7ª edición (1ª reimpresión). Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004, 604 p. ISBN: 950-508-579-6.

BERASTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana y GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca (Coords.). *Los retos de la postadopción: balance y perspectivas*. Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Información administrativa y publicaciones, 2008, 213 p. ISBN: 978-84-8417-279-6.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. “Artículos 154 a 161 del Código civil”. En: AMORÓS GUARDIOLA, Manuel *et al.* *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 1045–1047. ISBN: 978-84-3091-023-6.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. “La determinación de la filiación por reconocimiento. Su eventual impugnación”. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2015, año nº 91, nº 750, p. 2235–2265.

BETTI Emilio, MONEREO PÉREZ, José Luis y MARTÍN PÉREZ, Antonio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Comares, 2000, 530 p. ISBN: 978-84-8444-225-7.

BOBADILLA TOLEDO, Maria Loreto. *La mediación familiar. Una vía extrajudicial de gestión de conflictos en el ejercicio de los derechos de la infancia y la adolescencia. Un estudio comparado entre Chile y Cataluña*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 201, p.101. [Tesis doctoral].

BONVICINI, Eugenio. *Il danno a persona. Il danno risarcibile e Il suo accertamento*. Milano: Dott. a. Giuffrè Editore, 1958, 333 p.

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A.. *Manual de derecho de familia*. 6ª edición. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea, 2004, 712 p. ISBN: 978-95-0508-653-5.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel y PANIZO ROBLES, José Antonio (coords.). *Protección social: seguridad social y discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*. Madrid: Ediciones Cinca, 2014, 447 p. ISBN: 978-84-15305-70-5.

CALVEIRO, Pilar. *Poder y desaparición, los campos de concentración en Argentina*. Buenos Aires (Argentina): Ediciones Coluhue S.R.L, 180 p. ISBN: 978-950-581-185-4.

CARPENTER, Charli (Ed.). *Born of war: protecting children of sexual violence survivors in conflict zones*. España: Kumarian Press., 2007. 288 p. ISBN: 978-1-56549-237-0

CASAS PLANES, María Dolores. “De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la S.T.S. de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)”. *Anuario de derecho civil*, 2021, vol. 74, nº 2, p. 407-542.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores. “El menor como sujeto damnificado en la reproducción asistida humana”. *Revista actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, nº 13, p. 682-715.

CICU, Antonio. *La filiación*. Madrid: Revista de derecho privado, 1930, 255 p. ISBN: mkt0000016341.

COBREROS MENDAZONA, Edorta. “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”. *Revista Española de derecho Constitucional*, 2007, año nº 27, nº 81, p. 71–114.

COMISIÓN DE LIBERTADES PÚBLICAS Y DE ASUNTOS INTERIORES. *Informe anual sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea*. ESTEBAN MARTÍN, Laura (Ponente). Bruselas: Parlamento europeo, 1 de julio de 1996, 48 p. [A4-0223/96(1994)].

COMITÉ DE ASUNTOS SOCIALES, SANIDAD Y DESARROLLO SOSTENIBLE CONSEJO DE EUROPA. *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children* [en línea]. Estrasburgo: Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 20 de febrero de 2019 (Doc. 14835). Disponible en: <https://acortar.link/bnUfL4>

COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA. *El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2016, 31 p.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe del comité de bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos* [en línea]. Madrid: Comité de bioética de España, 2020, 54 p. Disponible en: <https://acortar.link/KJqBcC>

CÓRDOBA, Mariana, y LIPKO, Paula. "Identidad personal y genética: reflexión sobre la cristalización de una estrategia". *Sophia, Colección de Filosofía de la Educación*, 2013, nº 15, p. 268–287.

CORRAL TALCIANI, Hernán. "Determinación de la filiación y acciones en la reforma de la ley nº 19.585, 1998". *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1999, p. 39–109.

CORTÈS BRAÑA, María Lourdes. *Ayuda humanitaria a los niños europeos víctimas de la primera y segunda guerra mundial*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2016, 572 p. [Tesis doctoral].

CHÁVEZ MIRANDA, GERSON. *Derecho genético*. Chimbote (Perú): Universidad Católica los Ángeles de Chimbote, 2009. 254 p. [Tesis doctoral].

DE ARMAS HERNÁNDEZ, Manuel. "La mediación en la resolución de conflictos". *Educar*, 2003, nº 32, p. 125-136.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. "Los llamados derechos de la personalidad". *Anuario de derecho civil*, 1959, vol. 12, nº 4, p. 1237-1276.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en el derecho español*. Madrid: Ed. Tecnos, 1975, 280 p. ISBN: 978-84-3090-603-1.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. "Identidad genética, responsabilidad, daño moral e interés superior del menor". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, año nº 94, nº 767, p.1507-1518.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. "La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, año nº 87, nº 726, p. 2217-2226.

DE LORENZI, Mariana, GALLEGO MOLINERO, Aránzazu y FERNÁNDEZ MORENO, Paulina E. “Adopción y derechos. El acceso a los orígenes en Argentina, Chile y España”. *América latina hoy: Revista de ciencias sociales*, 2019, vol. 83, (Ejemplar dedicado a: Infancias, adolescencias y juventudes), p. 7-23.

DE LORENZI, Mariana. “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿una materia pendiente?”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2016, nº 8, p. 101-124.

DE LORENZI, Mariana. *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2015, 863 p. [Tesis doctoral].

DE MENDOZA Y FRANCIA, Arias Gonzalo. *Conferencias eclesíásticas de la diócesis de Angers, celebradas de orden de los señores obispos de aquella diócesis*. Madrid, 1808, 446 p. Disponible en: <https://n9.cl/lb1x>

DEL ÁGUILA TUESTA, Frieda Roxana. “Identidad genética y filiación”. *Vox Juris*, 2014, vol. 28, nº 2, p. 225-245.

DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. “Sentencias comentadas: El reconocimiento de filiación natural “en otro documento público” según artículo 131 del Código Civil”. *Anuario de derecho civil*, 1967, vol. 20, nº 3, p. 600-610.

DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. “El reconocimiento incidental de la paternidad natural”. *Anuario de derecho civil*, 1968, vol. 21, nº 3, p. 551–578.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de derecho civil. Derecho de sucesiones*. 10ª Edición. Madrid: Tecnos, 2006, 560 p. (Vol. IV, tomo 2). ISBN: 978-84-3094-433-0.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 7ª edición. Madrid: Tecnos, 1990, 670 p. (Vol. 1). ISBN: 978-84-3090-813-4.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “La filiación en el derecho civil de Cataluña”. *Anuario de derecho civil*, 1962, vol. 15, nº 1, p. 81–96.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, 363 p. ISBN: 84-470-1269-7.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio. “La posesión de estado en materia de filiación”. En: HERRERA CAMPOS, Ramon (coord.). *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Granada: Universidad de Granada, Universidad de Jaén, and Universidad de Almería, 2000, p. 455–474. ISBN: 84-8284-430.

DURÁN RIVACOBIA, Ramón. “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”. *Ius et Praxis*, 2010, vol. 16, nº 1, p. 3–54.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel, 1994, 360 p. ISBN: 978-8434-41-115-9.

“El concepto de identidad”. En: VV.AA. *Vivre ensemble autrement* [en línea]. VELASCO, Elsa (Trad.). Bruselas: Olivier Balzat, MINTH, octubre de 2002, 44 p. [Dosier pedagógico]. Disponible en: <https://acortar.link/zOJfyz>

FARLANE LEUPIN, Kenneth Mac. “Los derechos humanos de las generaciones futuras (La contribución jurídica de J. Cousteau”. *Última década*, 1997, nº 8, p. 1-12.

FARNÓS AMORÓS, Esther. “Paradiso y Campanelli c. Italia: los casos difíciles crean mal derecho”. *Revista de bioética: publicaciones del Máster en bioética y derecho*, 2017, nº 40, p. 231–242.

FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MADRES SOLTERAS. *Las familias monoparentales en España*. Madrid: Instituto de las mujeres, Secretaría de Estado de igualdad y contra la violencia de género, Ministerio de igualdad, 2019. 246 p. NIPO: 050-21-027-7.

FEDERICO, Gabriel F. *El embarazo musical. Estimulación, comunicación y vínculo prenatal a través de la música*. Buenos Aires (Argentina): Kier, 2004, 160 p. ISBN: 978-95-0171-258-2.

FERNÁNDEZ CORDÓN, Juan Antonio y TOBÍO SOLER, Constanza. “Las familias monoparentales en España”. *Revista española de investigación sociológicas*, 1998, nº 83, p. 52–85.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura. “El control de viabilidad previo de las demandas de filiación: necesaria modificación del artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil”. *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, nº 34, p. 168–197.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura. *El derecho a la identidad: tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*. Santander: Universidad de Cantabria, 2016, 690 p. [Tesis doctoral].

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Daño a la identidad personal”. *Themis: Revista de derecho*, 1997, nº 36, p. 245–272.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea, 1992, 489 p. ISBN: 978-95-0508-367-1

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”. *Derecho y cambio social*, 2007, año 4, nº 12, p. 1–14.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI recurso electrónico”. *Revista electrónica mensual de derechos existenciales*, diciembre de 2003, vol. 24, nº 1, p. 1–19. Disponible en: <https://acortar.link/h2bsdp>

FERNÁNDEZ GUERRA ORBE, Aureliano. *Legis Romanae Wisigothorum Fragmenta Ex Codice Palimpsesto Sanctae Legionensis Ecclesiae Protulit Illustravit Ac Sumptu Publico Edidit Regia Historiae Academia Hispana*. Madrid: Apud Ricardum Fe, Regiae Academiae Typographum, 1896, 439 p.

FILLIA, Laura Evangelina. “El rol de la madre en la acción de daños por la falta de reconocimiento voluntario paterno”. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2020, año 45, nº 101 (II), p. 65-84.

FUENTESECA DEGENEFTE, Margarita. *El delito civil en Roma y en el derecho civil español*. Alicante: Universitat d’Alacant, 1995, 363 p. [Tesis doctoral].

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique. *La filiación natural en el derecho histórico español*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1968, 444 p. [Tesis doctoral].

GALLO VÉLEZ, Ana Sílvia. *Los reconocimientos de complacencia en el derecho común español*. Madrid: Dykinson, 2017, 404 p. ISBN:978-84-9148-189-8.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino. Primera parte Instituta-Digesto* [en línea]. Barcelona: Jaime Molina ed., 1889 ISBN: 978-84-7557-275-8. Disponible en: <https://acortar.link/0MyO03>

GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. “El embrión humano o nasciturus como sujeto de derechos”. *Revista USCS*, julio-diciembre de 2009, año 10, nº 17, p. 91–108.

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial a cargo de F. Abienzo, 1852, 4 vols. ISBN: 84-600-5937-5.

GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor. “Artículo 10. Gestación por sustitución”. En: INIESTA DELGADO, Juan José (Coord), CORBACHO GÓMEZ, José Antonio (Dir.). *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Navarra: Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007, p. 353–394. ISBN:978-84-8355-426-5.

GARCÍA POVEDA, Carmen. “El principio de prueba en los juicios sobre filiación”. *Revista de derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 2003, nº 20, p. 279–294.

GARCÍA POVEDA, Carmen. “El principio de prueba en los procesos de filiación tras la entrada en vigor de la Ley 1/2002”. *Revista general Informática de derecho*, 2003, nº 2, p. 26–31.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada. “El derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”. En: MAUTYA, Vibha y INSÚA CERECEDA, Mariela (Coords.), *Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hispanismo general*. BIADIG: Biblioteca áurea digital v.6, 2011, p. 237- 265. ISBN: 84-8081-216-8.

GARCÍA SERRANO, Francisco De Asís. “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”. *Anuario de derecho civil*, 23 de septiembre de 1972, nº 3, p. 799–851.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. “La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil”. *Anuario de derecho civil*, 2013, tomo LXVI, fasc. IV, p. 1503–1604.

GARRIDO LESTACHE, Antonio. *La identidad del ser humano*. España: Autor-Editor, 2015, 688 p. ISBN: 978-84-6171-880-1.

GARRIGA GORINA, Margarita. “El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero”. *Derecho privado y Constitución*, 2007, nº 21, p. 167–228.

GETE ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen. *Determinación de la filiación en el código de familia de Catalunya*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, 218 p. ISBN: 978-84-8442-720-9.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith. “La filiación”. En: GETE-ALONSO CALERA, M^a del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith (coords.). *Tratado de derecho de la persona física*. Navarra: Cizur Menor, Civitas, 2013, (Vol. 1) p. 307–369. ISBN: 978-84-4704-293-79.

GOFFMAN MORENO, Erving. *Estigma: la identidad deteriorada*. Buenos Aires (Argentina): Amorrortu Editores, 2009. ISBN: 978-950-518-199-5.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. “La acción civil del delito”. *Revista derecho privado*, marzo de 1949, tomo XXXIII, p. 185–212.

GONZALES PÉREZ DE CASTRO, Maricela. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Editorial Dykinson, 2013, 374 p. ISBN: 978-84-9031-661-0.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Rut. “La diversidad de la realidad familiar”. En: GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena, BERTI DE MARINIS, Giovanni y ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia. *Los nuevos retos del derecho de familia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 551–562. ISBN: 978-84-1378-604-9.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. Madrid: Editorial Librería de Sánchez, 1862, Tomo primero, 724 p.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. “Paternidad responsable: Mandato constitucional”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2020, vol. 17, nº 2, p. 125-143.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal y VALDÉS MARTÍNEZ, María del Carmen. “Voluntad Proceacional”. *Oñati Socio-legal Series*, 2015, vol. 7, nº 1, p. 75–96.

HENAREJOS LÓPEZ, Juan Francisco. “Religión y matrimonio: Reflexiones en torno a la concesión de dispensas matrimoniales. XVIII-XIX”. En: SERRANO MARTÍN, Eliseo (Coord.), *De la tierra al cielo. Líneas recientes de investigación en Historia Moderna. I encuentro de jóvenes investigadores en historia moderna*. Zaragoza, 2013, p. 223-232. ISBN: 978-84-9911-234-3.

IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio. “El ejercicio de la guarda del menor inherente a la guarda asistencial y a la tutela *ex lege*. El artículo 172.3 del Cc”. En: IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela “ex lege” y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs, 1996, p. 333-401. ISBN 978-84-8917-126-8.

KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Espasa libros, 2016, 160 p. ISBN: 978-84-6704-781-3.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso Odièvre c/ France”. En: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (Coords.). *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. A Coruña: Constitución y leyes, COLEX, 2004, p. 511-530. ISBN: 978-84-7879-853-7.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”. En AAVV. *Derecho de Daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*. Buenos Aires (Argentina): La Rocca, 1991. ISBN: 978-95-0971-415-1.

LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al.* *Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia*. 4ª edición. Madrid: Dykinson, 2010, 476 p. ISBN: 978-84-9849-968-1.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de familia*. Barcelona: José M. Bosch editor, 1974, 512 p. ISBN: 84-7294-012-8.

LAMM, Eleonora y RUBAJA, Nieve. “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”. *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, nº 37, p. 149–170.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios del derecho civil I*, 23ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2017, 422 p. (Tomo I. Parte general y derecho de la persona). ISBN: 978-84-91236-71-9.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de derecho civil*. 11ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2012, 384 p. (Tomo VI. Derecho de familia). ISBN: 978-84-15664-09-3.

LÁZARO GUILLAMÓN, María del Carmen. “Redescubriendo a las mujeres de la antigua Roma: los derechos sucesorios de la mujer soltera en el Derecho Romano arcaico y preclásico”. *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, 2019, nº 23, p. 228-272.

LEDESMA DEL BUSTO, Jaime (Coord.), BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana y VILA TORRES, Enrique. *Mediación familiar en búsqueda de orígenes: el encuentro con mi espejo biológico*. Madrid: Editorial Grupo 5, 2012, 296 p. ISBN: 978-84-9389-482-5.

LEDESMA DEL BUSTO, Jaime *et al.* *Manual de recomendaciones para la búsqueda de orígenes* [en línea]. España: CORA. Coordinadora de asociaciones de adopción y acogimiento, junio de 2019, 55 p. Disponible en: <https://acortar.link/00k5hy>

LEÓN HILARIO, Leysser. “El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?” *Ius et veritas: Revista de la asociación ius et veritas*, 2001, nº 22, p. 36-52.

LEWONTIN, Richard. C., STEVEN, Rose y KAMIN, Leon J. *No está en los genes. Racismo, genética e ideología*. Barcelona: Ed. Crítica, 1987, 360 p. ISBN: 978-84-7423-305-6.

LINACERO DE LA FUENTE, María. *Tratado del registro civil: adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro civil*. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 579 p. ISBN: 978-84-9033-260-3.

LINACERO DE LA FUENTE, María. *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*. 2ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, 630 p. ISBN: 978-84-1113-678-5.

LLEBARÍA SAMPER, Sergio. “Las adopciones de hijos ilegítimos no naturales ante la reforma del derecho de familia”. *Revista jurídica de Catalunya*, 1986, vol. 85, nº 4, p. 1001-1016.

LLORCA, Raquel Evangelio. “El concepto de posesión de estado de filiación”. En: MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 2001, p. 1855–1878. (Vol. 2). ISBN: 978-84-8004-450-9.

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura. “Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad.

Comentario a la S.T.S. de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)". *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2019, nº 48, p.1139-1179.

LÓPEZ MONTEAGUDO, Sonia. *El sentimiento de abandono en niños adoptados*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2017, 65 p. [Trabajo fin de Máster]. Disponible en: <https://acortar.link/cz69nj>

MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. "El daño moral". En: CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *Derecho privado europeo*. A Coruña: Constitución y leyes, Colex, 2003, p. 857–882. ISBN: 84-7879-778-5.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. "Reconocimiento de complacencia: comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2016 (494/2016)". En YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Madrid: Dykinson, 2008-2020, p. 347-362. ISBN: 978-84-9849-818-9.

MEDINA, Graciela y GUILLERMO ROVEDA, Eduardo. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires (Argentina): Abeledoperrot, 2016, 272 p. ISBN: 978-950-20-2735-7.

MEDINA, Graciela. "Daños en el derecho de familia en el Código civil y comercial unificado de Argentina". *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2015, nº 3, p. 15-46.

MENDOZA CÁRDENAS, Héctor Augusto. "La voluntad procreacional: un caso de inseminación artificial casera atípico". *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, nº 35, p. 345-361.

MERCHÁN MURILLO, Antonio. "El interés superior del menor como cuestión de fondo". *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020, vol. 12, nº 1, p. 635-644.

MORENO MARÍN, María Dolores. *El daño causado a las personas jurídicas*. Córdoba: Universidad de Córdoba. Facultad de Derecho, 2016, 109 p. [Tesis doctoral].

MORENO MÍNGUEZ, Almudena. "Las familias monoparentales en España". *Revista internacional de sociología*, 2000, nº 26, p.39-63.

MIZRAHI, Mauricio Luis. “La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica”. En: LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *et al. Perspectivas del derecho de Familia en El Siglo XXI: XIII Congreso internacional de derecho de familia: abstracts aceptados*. Sevilla: Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, 2004, p. 148. ISBN: 84-609-3858-1.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis F. “El reconocimiento de complacencia ante notario”. *Revista de Derecho Civil*, octubre–diciembre, 2017, vol. 4, nº 4, p. 237-264.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis F. “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2014 (Ejemplar dedicado a: Las fronteras del derecho biosanitario), nº 18, p. 289-329.

NAVARRO ROMERO, Fermín. “La mediación familiar”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2002, nº 40, p. 31-54.

NAVARRO, Marysa. “Los derechos humanos de las mujeres”. *Debate feminista*, 1994, nº 10, p. 217-224.

NEVADO CATALÁN, Verónica. “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2018, nº 4, p. 2-51.

NIETO ALONSO, Antonia. “Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)”. *Anuario de derecho civil*, 2006, vol. 59, nº 3, p. 1115-1198.

NIETO ALONSO, Antonia. “El derecho constitucional a conocer el propio origen biológico”. *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2004, vol. 13, nº 1, p. 121-161.

OTINIANO BARRANTES, Franklin Giovanni y COTRINA BACH VILLAVICENCIO, Milagros Katherine. *Razones jurídicas para el reconocimiento legal de la obligación*

recíproca alimentaria entre el padre e hijo afín. Cajamarca (Perú): Universidad privada Antonio Guillermo Urrelo, 2021, 98 p. [Trabajo final de máster].

PESET REIG, Mariano. “Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821”. *Anuario de derecho civil*, 1975, vol. 28, nº 1, p. 29-100.

PIFERRER, Juan Francisco. *Real cédula de 1796 de S.M. por la que manda observar el reglamento inserto para la policía general de expósitos de todos sus dominios*. [en línea] Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 17 p. (Repositorio: Memoria Digital de Cataluña). Disponible en: <https://acortar.link/KgXQUJ>

PIÑAR LÓPEZ, Blas. “Legitimación por concesión real”. *Anuario de derecho civil*, 1957, vol. 10, nº 2, p. 393-446.

PIZARRO, Carlos Gustavo y VALLESPINOS, Ramón Daniel. *Tratado de responsabilidad civil*. Buenos Aires (Argentina): Rubinzal - Culzoni Editores, 2018, 2420 p. (Tomo I. Parte general). ISBN: 978-98-7300-832-0.

PRIETO VENTURA, Adán. “En torno al ‘nasciturus’” En: CIENFUEGOS SALGADO, David y MACÍAS VÁZQUEZ, María del Carmen (Coords). *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 273-300. ISBN: 970-32-3789-4.

PRONO, Santiago N. “Rawls y Habermas sobre el principio de igualdad. Un análisis desde la teoría del discurso”. En: *Rostros del igualitarismo: discusiones y desafíos filosóficos*. Buenos Aires (Argentina): Teseo, 2020. P. 111–130. ISBN: 978-987-86-3369-5.

PUIG I FERRIOL, Lluís. “Constitución y protección de la familia”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2002, nº 40, p. 177-191.

PUY MUÑOZ, Francisco de Paula. “El derecho a la igualdad en la Constitución española”. En: VV.AA. *El principio de igualdad en la Constitución española*. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia de España, 1989, p. 133–56. (Volumen 1). ISBN: 84-7787-081-0.

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”. *Anuario de derecho civil*, 1994, vol. 47, nº 2, p. 237-304.

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. “La prueba del ADN en los procesos de filiación”. *Anuario de derecho civil*, 2005, vol. 58, nº 2, p. 493-594.

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. “Principio de prueba y cosa juzgada en los procesos de filiación (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de octubre de 2003”. En: ABRIL CAMPOY, Juan Manuel y AMAT LLARI, María Eulalia (Coords.). *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1963–1994. ISBN: 84-8456-505-X.

QUICIOS MOLINA, María Susana. *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho, 1996, 556 p. [Tesis doctoral].

REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA. *Las siete partidas. Conmemoración del octavo centenario del nacimiento de Alfonso X (1221-2021)*. Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, 795 p. (Colección Leyes Históricas de España. 3 Tomos). [PDF]. ISBN: 978-84-340-2756-5. Disponible en: <https://onx.la/cb20b>

REMENTERIA PIÑONES, Ariel. *Obligación moral, guía nº 8* [en línea]. Santiago de Chile: Universidad de Santiago de Chile, 2003, 8 p. [PDF]. Disponible en: <https://acortar.link/pf9Dfs>

REY MARTÍNEZ, Fernando. “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”. *Revista de derecho político*, 2017, nº 100, p. 125–171.

RIERA GAGLIARDONE, Alejandro José. “El daño provocado por el desconocimiento voluntario de la filiación”. *Revista jurídica de la Universidad americana*, 2011, vol. 2, nº 2, p. 165–190.

RIVERA ZAMORA, Xiomara. *El reconocimiento filial de complacencia especial referencia al derecho nicaragüense*. Managua: Universidad centroamericana (Nicaragua), 2021, 401 p. [Tesis doctoral].

RIVERA, Karen. “La afectación del principio del interés superior del niño a partir de la presunción *pater is est*”. *Derecho & Sociedad*, 2018, nº 50, p. 235-248.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. “Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)”. *Anuario de derecho civil*, 2005, vol. 58, nº 3, p. 1049-1114.

ROCA I TRÍAS, María Encarnación y DíEZ-PICAZO, Luis. *Libertad y familia: discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número por la Excmo. Sra. D^a Encarnación Roca Trías y contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, 245 p. ISBN: 978-84-9033-991-6.

ROCA I TRÍAS, María Encarnación. “Familia, familias y derecho de la familia”. *Anuario de derecho civil*, 1990, vol. 43, nº 4, p. 1055-1092.

ROCA I TRÍAS, María Encarnación. “Artículo 39”. En: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María (Dirs.). *Comentarios a la Constitución española* [en línea]. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 1277–1288. (Tomo I). ISBN: 978-84-3402-503-5. Disponible en: <https://acortar.link/PQYqih>

RODRÍGUEZ CACHÓN, Teresa. “Verdad biológica, verdad legal y verdad volitiva en relación a los reconocimientos de complacencia”. En: ACEDO PENCO, Ángel, SILVA SÁNCHEZ y Antonio PERALTA CARRASCO, Manuel (Dirs.). *Derecho de familia: nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 317–325. ISBN: 978-84-9148-034-1.

RODRÍGUEZ DÍAZ, Emma. “A propósito de la *actio iniuriarum* (León, 1997)”. En: GARCÍA SÁNCHEZ, Justo (Dir.). *Fundamentos romanísticos del derecho comparado*. Madrid: Boletín oficial del Estado, 2021, p. 561–570. ISBN: 978-84-340-2716-9.

SAGASTA, María Julieta. *Daños derivados del derecho de familia: ¿podría considerarse un eximente de la responsabilidad la relación familiar?* [en línea]. Tucumán, Argentina: El Dial.com, 29 de octubre de 2020. Disponible en: <https://acortar.link/un1bDe>

SAIF DE PREPERIER, Ruth. “El derecho a la identidad en el derecho internacional privado”. *Foro jurídico*, 2010, vol. 11, p. 39–46.

SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana. “Derecho a la identidad”. *Actualidad civil*, 1999, nº 4, p. 1469-1497.

SÁNCHEZ VILLA, César Mario. “«Los hijos del vicio». El problema del niño expósito y la modernización de la inclusa en España durante el cambio de los siglos XIX y XX”. *Cuadernos de historia contemporánea*, 2016, nº 38 (Dossier: "En cuerpo y alma". Rusia y España bajo la perspectiva transnacional), p. 325-352.

SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho civil. Teoría y práctica*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1973, 677 p. (Tomo III. Derecho de obligaciones: la obligación y el contrato en general, derecho de daños. Volumen 82 de la Serie Tratados generales de derecho privado y público). ISBN: 978-84-7130-245-8.

SEDANO TAPIA, Joaquín. *El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales. Análisis a la luz del derecho comparado* [en línea]. Valencia: Universitat Politècnica de València, 2020. 126 p. ISBN: 978-84-9048-949-9. Disponible en: <https://acortar.link/SmHexr>

SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Luis Daniel. “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”. En: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (Coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: Universidad Autónoma de México, 2011, p. 135–165. ISBN: 978-60-7022-769-1. Disponible en: <https://acortar.link/YzbMxl>

SIERRA BRAVO, Restituto. “La declaración de derechos de Virginia”. *Anuario de filosofía del derecho*, 1969, nº 14, p. 129-146.

SOTELO, Catrian M. y BARCELÓ, Alejandro. “Dignidad de la persona e interés superior del niño”. *Archivos Argentinos de Pediatría*, 2021, nº 119, vol. 2, p. 113–116.

SOUZA PIRES, Adão, POZZOLI, Lafayette y SIQUIERA, Gilmar. “Doctrina social de la Iglesia Católica: trascendencia y derecho en el concepto de dignidad humana”. *Revista Sapientia & Iustitia*, 2018, año 2, nº 3, p. 27-49.

TAMAYO HAYA, Silvia. “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas”. *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2013, nº 6, (Ejemplar dedicado a: Premios García Goyena XII Edición), p. 261-316.

TAMAYO HAYA, Sílvia. “Reproducción asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación”. En: TAMAYO HAYA, Sílvia. *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*. Granada: Editorial Comares, 2015, p. 59–107. ISBN: 978-84-9045-341-4.

VARGAS MORALES, Rocío del Pilar. *El derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est, alcances, límites y necesidad de cambio en el Código civil de 1984*. Lima (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011. 240 p. [Tesis doctoral]. Disponible en: <https://n9.cl/jsbk4>

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Determinación de la filiación en la procreación asistida”. *IUS: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2017, vol. 11, nº 39 (Ejemplar dedicado a: Reproducción asistida, bioética y derecho), p. 109-138.

VERA GONZÁLEZ, Dácil. “Bebés robados: de la cruda realidad a la ficción”. *Revista Latente: Revista de Historia y Estética del Audiovisual*, 2020, nº 18, p. 227-236. Disponible en: <https://acortar.link/Pp5Cn9>

VICENTE DOMINGO, Elena. “El daño”. En: REGLERO CAMPOS, Luís Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (Coords.). *Tratado de responsabilidad civil*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 317-462. ISBN: 978-84-9059-054-6

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (coord.). *Derecho de la persona y la familia*. Barcelona: Atelier, 2020, 790 p. ISBN: 978-84-1824-410-0.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. *¡No hay derecho! Nociones básicas y prácticas para entender la ley y defender tus derechos*. Barcelona: Ed: Atelier. 2020, 480 p. ISBN: 978-84-1824-415-5.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. *Nociones básicas de derecho para la ciudadanía*. Barcelona: Atelier libros, 2021, 320 p. ISBN: 978-84-1824-460-5.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. “La gestació subrogada i la nostra infància sense dret a la seva identitat”. *Revista Món Jurídic*, 2014, nº 285, p. 18-19.

VILLALTA, Carla. *Entregas y secuestros: La apropiación de “menores” por parte del Estado*, Universidad de Buenos Aires (Argentina), 2006, 242 p. [Tesis doctoral].

VILLALTA, Carla. De secuestros y adopciones: el circuito institucional de la apropiación criminal de niños en Argentina (1976-1983). *Historia crítica*, 2009, nº 38, (Ejemplar dedicado a: Objetos y mercancías en la historia (I)), p. 146-171.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. 8ª edición. Madrid: Dykinson, 2022, 784 p. ISBN: 978-84-1122-470-3.

ZANOTTI, Elvio. “Derecho a la identidad, una perspectiva jurídica”. En: LO GIÙDICE, Alicia (Compiladora) y VEIGA, Clarisa (Coord.). *Psicoanálisis restitución, apropiación, filiación* [en línea]. Buenos Aires (Argentina): Centro de atención por el derecho a la identidad, 2005, p. 161–174. [PDF]. Disponible en: <https://acortar.link/OTzNzd>

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *La responsabilidad civil en el nuevo código*. Córdoba (Argentina): Alveroni Ediciones, 2015, 724 p. (Tomo I). ISBN: 978-98-7643-124-8.