



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La atribución y determinación de la filiación, confluencias y divergencias de los ordenamientos civil y canónico

Vicente Benedito Morant



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- Compartitqual 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - Compartitqual 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-ShareAlike 3.0. Spain License.**

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

LA ATRIBUCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN, CONFLUENCIAS Y DIVERGENCIAS DE LOS ORDENAMIENTOS CIVIL Y CANÓNICO

Director/a: Santiago Bueno Salinas

Tutor/a: María Corona Quesada González

VICENTE BENEDITO MORANT

BARCELONA, 2016

SUMARIO

SUMARIO.....	3
ABREVIATURAS	13
RESUMEN.....	15
RESUM	17
INTRODUCCIÓN	19

Capítulo I. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA ATRIBUCIÓN Y DETERMINACIÓN

JURÍDICA DE LA FILIACIÓN	27
--------------------------------	----

1. Introducción	27
2. La filiación en el derecho romano y la influencia del Cristianismo	29
2.1. El derecho Romano clásico	29
2.2. Influencia de la Iglesia respecto del Derecho Romano.....	36
3. La filiación en el Derecho medieval	36
3.1. Influencia del Derecho germánico.....	36
3.2. Presencia del Derecho Islámico en los territorios cristianos y su influencia.....	38
3.3. Legislación Hebraica	39
3.4. Legislación canónica	39
3.5. Derecho medieval Castellano y Catalán.....	41
4. La filiación en las Decretales y su influencia en el Derecho común	45
5. El renacimiento romanista y el Derecho común	49

6. La filiación en la legislación de la edad moderna	51
6.1. La legislación canónica tridentina y postridentina	51
6.2. La legislación de la Nueva y Novísima Recopilación.....	53
6.3. Las recopilaciones de les Constitucions i altres Drets de Catalunya	53
7. En la legislación Civil hasta la actualidad.	54
7.1. Legislación del Código Civil Español hasta la reforma del 81	54
7.2. Derecho civil catalán de filiación hasta el Codi Civil de Catalunya	57

PARTE I.- LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CANÓNICO

Capítulo II.- ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CANÓNICO.....	65
--	-----------

1. Principios doctrinales que fundamentan el Derecho canónico de filiación.....	65
1.1. fundamentos doctrinales generales	65
1.2. La adopción en la doctrina de la Iglesia	75
1.3. La reproducción asistida en la doctrina de la Iglesia	77
1.4. La clonación en la doctrina de la Iglesia Católica	86
2. Concepto de filiación subyacente en el Derecho canónico	94
2.1. Ausencia de definición en la legislación y conceptos utilizados por la doctrina.....	95
2.2. La filiación como fin del matrimonio	100
3. La atribución de la filiación en el ordenamiento canónico	103

4. La adopción como atribución jurídica de la filiación	105
4.1. Canonización de la norma civil en materia de adopción en el CIC 83.....	106
4.2. Problemática de las adopciones contrarias a la doctrina de la Iglesia	113
4.3. Reconocimiento de efectos a la adopción civil en el CCEO.....	119
5. Las técnicas de reproducción asistida y la atribución de la paternidad en el Derecho canónico	120
5.1. Hijos concebidos por la técnica de la fecundación artificial homóloga.....	120
5.2. Hijos concebidos por la técnica de la fecundación artificial heteróloga	121
6. Clonación humana y filiación en el Derecho canónico.....	126
7. Clasificación de la filiación en el Derecho canónico	130
7.1. Filiación por naturaleza y por adopción.....	130
7.2. Cognatio espiritual	130
7.3. Filiación legítima y filiación ilegítima.....	131

**Capítulo III.- EL DERECHO A LA LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD
Y MATERNIDAD EN EL DERECHO CANÓNICO**

1. Introducción.....	149
2. Principios canónicos en los que se sustenta el derecho a la libre investigación de la paternidad y maternidad	149
2.1. Derecho a la educación	150
2.2. Derecho a la intimidad.....	152

3. Cauces procesales y procedimentales para conocer la filiación	154
3.1 La vía administrativa.....	155
3.2. La vía judicial	158
4. Medios directos para el ejercicio del derecho a la libre investigación de la paternidad	163
4.1. Presunciones de paternidad y maternidad	164
4.2. La inscripción del bautismo	173
4.3. Los documentos seculares	187
4.4. Declaraciones de los padres	188
 RELACIÓN CONCLUSIVA DE LA PRIMERA PARTE.....	 193

PARTE II.- LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CIVIL

Capítulo IV.- INVESTIGACIÓN DE LA FILIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	203
 1. Derecho a la libre investigación de la paternidad.....	 203
1.1. Principio constitucional.....	203
1.2. Desarrollo legislativo y cauces jurídicos para la investigación de la paternidad y maternidad.....	210
1.3. Análisis jurisprudencial	225
1.4. Derecho a la libre investigación de la paternidad en el Derecho internacional suscrito por España	239

2. El derecho a conocer el origen biológico; principios constitucionales conexos	244
2.1. Derecho a conocer el origen biológico al margen de la determinación de la filiación y sus efectos.....	244
2.2. El principio de integridad física y moral y el derecho a conocer el propio origen	252
2.3. El principio de libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conocer el propio origen	253
2.4. El derecho a la intimidad y el conocimiento del propio origen.....	258
2.5. El principio de libertad de conciencia y el derecho a conocer el propio origen	262
3. Cauces procedimentales para el conocimiento del propio origen biológico	268
4. El principio de igualdad en razón del origen.....	270

Capítulo V.- LA ATRIBUCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN DERECHO CIVIL ESPAÑOL	275
--	------------

1. Distinción entre atribución, Determinación y acreditación de la filiación en el derecho estatal	275
1.1. Divergencias entre filiación biológica y jurídica en la norma civil española.....	276
1.2. Las divergencias entre filiación jurídica y biológica en la práctica jurídica	279
1.3. Jurisprudencia respecto de la impugnación de la filiación jurídica por no coincidir con la biológica	282
2. La atribución de la filiación.....	283

3. La determinación Civil de la filiación	285
3.1 Medios de determinación de la filiación en el Código Civil.....	288
3.2 Determinación de la filiación en el Codi Civil de Catalunya	313

Capítulo VI.- ATRIBUCIÓN JURÍDICA DE FILIACIÓN POR NATURALEZA Y POR ADOPCIÓN EN DERECHO CIVIL ESPAÑOL.....327

1. Atribución jurídica de la filiación; la adopción.....	327
1.1 Definición de Adopción en el ordenamiento civil español actual.....	327
1.2.- Adopción como atribución jurídica de la filiación en el derecho civil.....	329
1.3 Determinación de la filiación adoptiva y el derecho a conocer el origen biológico del hijo adoptivo.....	346
2. Atribución y determinación de la filiación en los casos de reproducción asistida	374
2.1. Base legislativa de la filiación por reproducción asistida	374
2.2. Supuestos que no constituyen un medio específico de atribución y determinación de la filiación.....	380
2.3. Atribución y determinación de la filiación del cónyuge o pareja de la mujer sometida a técnicas de reproducción asistida Heteróloga	389
2.4. Atribución y determinación de la filiación por consentimiento a las técnicas de reproducción asistida en el Codi Civil de Catalunya	414
2.5. Derecho a conocer el origen biológico del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga	417

3. Atribución y determinación de la filiación en los casos de maternidad sustitutiva	423
3.1. Diversos conceptos en relación a esta materia	424
3.2. Regulación del Derecho Civil Español contraria a la maternidad sustitutiva	425
3.3 La atribución y determinación de la filiación en caso de gestación por sustitución, en la norma civil española.....	427
4. Clonación, constitución de preembriones y derecho a la determinación de la filiación.....	439
4.1. Clonación Reproductiva	439
4.2. La constitución de preembriones y clonación no reproductiva	440
RELACIÓN CONCLUSIVA DE LA SEGUNDA PARTE.....	443

PARTE TERCERA.- CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS DE AMBOS ORDENAMIENTOS

Capítulo VII.- ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE FILIACIÓN.....	459
1. Verdad biológica.....	459
1.1. El principio de veracidad biológica y sus límites en la filiación por naturaleza	460
1.2. Relación entre el criterio de verdad biológica y bien del menor.....	464
2. Seguridad jurídica	467

2.1. Distinta relevancia del principio de seguridad jurídica en los ordenamientos civil y canónico	467
2.2. La relevancia del principio de seguridad jurídica en el derecho de filiación de ambos ordenamientos	469
2.3. La figura Canónica de “quienes hacen las veces de padres” en la educación del menor	473
3. Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la intimidad entendido de una manera positiva	480
4. Libertad de Conciencia	483
4.1. La libertad de conciencia como fundamento del derecho a conocer el origen biológico y clave de encaje de ambos ordenamientos.....	483
4.2 Confluencias y divergencias en materia de libertad de conciencia como fundamento del derecho a investigar la paternidad y conocer el propio origen	486
5. Estudio comparado del principio de Libre investigación de la Paternidad y Maternidad	489
5.1 Relación entre el principio de libre investigación de la paternidad y maternidad y el interés del menor en ambos ordenamientos.....	491
5.2 Límites civiles a la investigación y determinación de la paternidad y la articulación de ambos ordenamientos	493
5.3. Estudio comparado de los sistemas de investigación de la paternidad y maternidad.....	499
6. Estudio comparado del derecho a conocer el propio origen.....	505
7. Diferencias en materia de clasificación de la filiación; el principio de no discriminación por el nacimiento.....	507
7.1. Distinción en virtud del matrimonio de los progenitores ...	507

7.2. Distinción entre filiación por naturaleza y filiación adoptiva.....	509
--	-----

Capítulo VIII.- ESTUDIO COMPARADO DE LA INVESTIGACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.....511

1. Diferencias y similitudes de ambos ordenamientos respecto a la atribución y determinación de la filiación	512
1.1. Razones para la distinción entre atribución y determinación de la filiación en el estudio comparado	512
1.2. Efectos de la distinción entre atribución y determinación de la filiación en la relación de ambos ordenamientos	515
1.3 La institución de quienes hacen las veces de padre como medio de articulación de la filiación determinada civilmente y en el Sistema canónico.....	517
2. La adopción en ambos ordenamientos	518
2.1. Estudio comparado de la atribución de la filiación por adopción.....	518
2.2. El derecho a conocer el origen biológico del hijo adoptado en ambos ordenamientos y la atribución y determinación de la filiación por naturaleza	523
3. Supuestos filiatorios generados por las técnicas de reproducción humana asistida	530
3.1. Respecto de las técnicas de reproducción humana asistida homóloga	530
3.2. Respecto de las técnicas de reproducción asistida heterólogas.....	533
3.3. Encaje de ambos ordenamientos respecto de la doble maternidad civil	545

4. Supuestos de gestación por subrogación en ambos ordenamientos	553
4.1. Atribución y determinación de la filiación en los supuestos de maternidad sustitutiva en ambos ordenamientos.....	554
4.2. Maternidad sustitutiva y adopción en ambos ordenamientos.....	555
4.3. Los supuestos de doble paternidad civil	556
5. Estudio comparado en los supuestos de clonación	557
5.1 Clonación con fines reproductivos en ambos ordenamientos.....	558
5.2. Clonación y constitución de embriones y pseudoembriones con fines no reproductivos.....	562
RELACIÓN CONCLUSIVA DE LA TERCERA PARTE	569
CONCLUSIONES.....	589
BIBLIOGRAFÍA.....	603

ABREVIATURAS

AADC	Anuario Argentino de Derecho Canónico
AAS	Acta Apostolicae Sedis
AC.	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADEE	Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
Apol	Apolinaris
BMJ	Boletín del Ministerio de Justicia
BP	Bularium Papae
BAC	Biblioteca de Autores Cristianos
C.	Canon
CDN	Convención de Derechos del Niño
C.E.E.	Comunidad Económica Europea
CEE	Conferencia Episcopal Española
CP	Código Penal Español
CC.	Código Civil Español
CCC.	Codi Civil de Catalunya
CIC 17	Código de Derecho Canónico de 1917
CIC 83	Código de Derecho Canónico de 1983
CCEO	Código de Cánones de las Iglesias Orientales
Comm	Communicationes
D	Digesto
DH	Dignitatis Humanae
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DV.	Instrucción Donum Vitae
DP	Instrucción Dignitas Personae
EUNSA	Estudios Universidad de Navarra
FC	Encíclica Familiaris Consortio
GE	Decreto Gravisimum Educationis
GS	Constitución apostólica Gaudium et spes

Gl-----	Glosa
HV-----	Humanae Vitae
Ibidem-----	Igual a la cita anterior
IJLF-----	International Journal of Law Policy and the Family
Inst-----	Institutiones
JUR-----	Base de datos Westlaw ES (Aranzadi), (fuente jurisprudencial general)
LCG-----	Ley de Cambio de Género
LEC-----	Ley de Enjuiciamiento Civil
LG-----	Lumen Gencium
LIB-----	Ley de Investigación Biomédica
LOLR-----	Ley Orgánica de Libertad Religiosa
LRC-----	Ley del Registro Civil
LTRHA-----	Ley de Técnicas de Reproducción humana asistida
OMS-----	Organización Mundial de la Salud
UNLP-----	Universidad Nacional de la Plata
REDC-----	Revista Española de Derecho Canónico
RDGRN--	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
REDUR----	Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja
RJC-----	Revista Jurídica de Catalunya
RJN-----	Revista jurídica del Notariado
Roj-----	Repertorio oficial de Jurisprudencia
ROPA-----	reproducción de ovocitos de la pareja (TRHA)
TEDH-----	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SEX-----	Liber Sextus
SEDICI (UNLP)-----	Repositorio de la Universidad Nacional de La Plata.
SRR-----	Sentencia de la Rota Romana
SRRD-----	Sacrae Romanae Rotae Decisionis seu Sententiae
STC-----	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH----	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS-----	Sentencia del Tribunal Supremo
X-----	Liber Extra

RESUMEN

Los cambios sociales y en los modelos de familia producidos como consecuencia de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, la aprobación de los matrimonios entre el mismo sexo y otros fenómenos sociales y técnicos-científicos han requerido una regulación específica en el Derecho de filiación. Desde el Derecho civil español se han ido produciendo una serie de reformas para atender las nuevas situaciones en materia de paternidad maternidad y filiación desde sus propios principios constitucionales. A este respecto, el Codi Civil de Catalunya, más influido por la tradición canónica y romana, evidencia una mayor sensibilidad en el principio de veracidad material y de libre investigación de la paternidad. No obstante la relevancia de estos principios ha sido creciente en todo nuestro ordenamiento civil. En cuanto al ordenamiento canónico parte de la concepción antropológica y de matrimonio de la doctrina de la Iglesia como una base para dar respuesta a las cuestiones que plantean las diversas realidades filiatorias actuales. Con este fin se observa una evolución y concreción en el Derecho y la doctrina de la Iglesia desde los mismos principios doctrinales.

A nivel histórico estudiamos como el Derecho civil se ha ido resituando respecto del ordenamiento canónico, con el cual ha compartido una base fundamental. En esta materia hemos estudiado la distinta vigencia de los principios formales y de verdad material en las diferentes tradiciones jurídicas. Así, la disminución de la relevancia del principio formalista en el Derecho civil español ha acercado la normativa del Código Civil a los propios principios del Derecho civil catalán y al ordenamiento canónico.

A nivel sistemático, partimos de una racionalidad jurídica complexiva que permite comparar y articular ambos ordenamientos. Desde esta base, en el ámbito del Derecho canónico hemos intentado responder a la necesidad de una reflexión doctrinal y jurisprudencial que actualice los propios instrumentos legislativos en materia de filiación. En el Derecho civil hemos procurado aportar

criterios que permitan dar una racionalidad que fundamente las soluciones dadas a las distintas situaciones filiatorias y la normativa al respecto. En este sentido, ambos ordenamientos jurídicos parten de dos principios comúnmente reconocidos: el derecho a la libre investigación de la paternidad y el de no discriminación por razón del nacimiento, pero las concreciones normativas son diversas.

Además, desde esta investigación comparada a nivel axiológico, hemos procurado profundizar en la comprensión de los principios constitucionales en materia de filiación. En este sentido hemos puesto en relación el principio de libertad de conciencia con los distintos principios con los que la doctrina ha abordado el derecho a conocer el origen biológico y la investigación de la paternidad. Así mismo, partiendo de la distinción entre una atribución biológica o jurídica de la filiación y la determinación jurídica de la misma, hemos analizado las coincidencias y divergencias de ambos ordenamientos en la materia. Por último hemos investigado también articulación de ambos ordenamientos. Esta articulación se evidencia como necesaria atendiendo a la distinta naturaleza y fines de ambos sistemas jurídicos; pero también a su concurrencia en las mismas personas que son, a la vez, ciudadanos y fieles.

RESUM

Els canvis socials i en els models de família produïts com a conseqüència de l'aplicació de tècniques de reproducció assistida, l'aprovació dels matrimonis entre el mateix sexe i altres fenòmens socials i tècnics-científics han requerit una regulació específica en el Dret de filiació. Des del Dret civil espanyol s'han anat produint una sèrie de reformes per atendre les noves situacions en matèria de paternitat, maternitat i filiació des dels seus propis principis constitucionals. Referent a això, el Codi Civil de Catalunya, més influït per la tradició canònica i romana, evidencia una major sensibilitat en el principi de veracitat material i de lliure investigació de la paternitat. No obstant la rellevància d'aquests principis ha estat creixent en tot el nostre ordenament civil. En quant a l'ordenament canònic parteix de la concepció antropològica i de matrimoni de la doctrina de l'Església com una base per donar resposta a les qüestions que plantegen les diverses realitats filiatòries actuals. Amb aquesta finalitat s'observa una evolució i concreció en el Dret i la doctrina de l'Església des dels mateixos principis doctrinals.

A nivell històric estudiem com el Dret civil s'ha anat resituant respecte l'ordenament canònic, amb el qual ha compartit una base fonamental. En aquesta matèria hem estudiat la diferent vigència dels principis formals i de veritat material en les diferents tradicions jurídiques. Així, la disminució de la rellevància del principi formalista en el Dret civil espanyol ha apropiat la normativa del Codi Civil als propis principis del Dret civil català i l'ordenament canònic.

A nivell sistemàtic, partim d'una racionalitat jurídica complexiva que permet comparar i articular tots dos ordenaments. Des d'aquesta base, en l'àmbit del Dret canònic hem intentat respondre a la necessitat d'una reflexió doctrinal i jurisprudencial que actualitzi els propis instruments legislatius en matèria de filiació. En el Dret civil hem procurat aportar criteris que permetin donar una racionalitat que fonamenti les solucions donades a les diferents situacions filiatòries i la normativa referent a això. En aquest sentit, tots dos

ordenaments jurídics parteixen de dos principis comunament reconeguts: el dret a la lliure investigació de la paternitat i el de no discriminació per raó del naixement, però les concrecions normatives són diverses.

A més, des d'aquesta recerca comparada a nivell axiològic, hem procurat aprofundir en la comprensió dels principis constitucionals en matèria de filiació. En aquest sentit hem posat en relació el principi de llibertat de consciència amb els diferents principis amb què la doctrina ha abordat el dret a conèixer l'origen biològic i la investigació de la paternitat. Així mateix, partint de la distinció entre una atribució biològica o jurídica de la filiació i la determinació jurídica de la mateixa, hem analitzat les coincidències i divergències d'ambdós ordenaments en la matèria. Finalment hem investigat també l'articulació de tots dos ordenaments. Aquesta articulació s'evidencia com a necessària atenent a la diferent naturalesa i fins de tots dos sistemes jurídics; però també a la seva concurrència en les mateixes persones que són, alhora, ciutadans i fidels.

INTRODUCCIÓN

Los cambios en materia de filiación y Derecho de familia, así como su relevancia social hacen que las cuestiones relativas a estos temas hayan alcanzado un especial interés en la doctrina y jurisprudencia civil; pero también en la doctrina de la Iglesia, y comienza a replantearse como cuestión canónica de relevancia. Entre los motivos tenemos que destacar los nuevos modelos de familia y los avances científicos que han supuesto también un cuestionamiento de la naturaleza misma de las relaciones familiares incluidas las de paternidad, maternidad y filiación.

Todos estos cambios sociales han exigido cambios jurídicos en profundidad en el ordenamiento civil en materia de filiación. También han supuesto una reflexión y profundización en la naturaleza de las relaciones familiares y específicamente de filiación para que el sistema jurídico dé una respuesta coherente a las nuevas exigencias y nuevas situaciones. Todo ello ha ido cuajando en un proceso de reformas en el Derecho civil de filiación para atender desde los principios constitucionales las nuevas situaciones y exigencias de la sociedad y de las ciencias humanas. No obstante, entendemos que más allá de la respuesta específica a las distintas situaciones que van surgiendo se echa de menos una racionalidad complexiva desde los mismos principios del derecho. Esta reflexión, que es necesariamente doctrinal, además debería de aportar unos criterios válidos para abordar las nuevas situaciones desde estos principios fundamentales. En esta tarea, entendemos que una investigación comparativa con el Derecho canónico puede aportar puntos de vista diversos y de gran interés. Esta consideración nos ha motivado a realizar esta investigación.

El estudio del Derecho civil catalán de filiación evidencia una tradición jurídica con mayor influencia del Derecho canónico en el que se ha tenido más presente siempre el principio de veracidad material y de libre investigación de la paternidad. En este sentido aporta distintas formas y medios para la investigación de la filiación y para abordar la cuestión de la atribución y

determinación de la paternidad y maternidad. Por tanto, la mayor confluencia de los principios civiles y canónicos en la legislación catalana en materia de filiación permite aportar elementos nuevos a la reflexión acerca de los sistemas civil y canónico.

El Derecho canónico parte de sus propios presupuestos doctrinales y confesionales para la regulación de las nuevas situaciones filiatorias. Esto implica que sigue considerando el matrimonio como el marco más adecuado para la filiación. No obstante, la regulación de las consecuencias de la filiación y sus implicaciones no se han reducido al ámbito matrimonial, sino que se recogen en toda la regulación de la educación, sacramentos y derechos fundamentales de los fieles. En definitiva, observamos que el ordenamiento canónico presupone la concepción antropológica y de matrimonio de la doctrina de la Iglesia como una base válida y sólida para dar respuesta a los nuevos retos que plantean las diversas realidades familiares actuales.

La doctrina de la Iglesia y el Derecho canónico han ido evolucionando también para dar una respuesta adecuada a estas nuevas realidades sociales y familiares desde los mismos principios doctrinales. En esta dinámica entendemos que ha sido un punto fundamental la visión personalista del Vaticano II en materia de familia. Esta renovación doctrinal permitió una profundización en las relaciones familiares, matrimoniales y también del bien de los hijos. Así, en el CIC 83 y CCEO se produjo una preocupación y revalorización jurídica de la dimensión educativa de la relación paterno-filial. Más recientemente el Sínodo de las familias ha supuesto un esfuerzo ingente para dar respuestas eficaces a las diversas situaciones familiares pero sin entrar propiamente en el ámbito de la filiación. Sin embargo, en materia de filiación entendemos que, aunque el ordenamiento canónico cuenta con disposiciones suficientes para dar respuesta a las nuevas situaciones, requiere una concreción y aplicación en la realidad social y familiar actual. Por ello consideramos que falta una reflexión doctrinal y jurisprudencial que actualice los instrumentos legislativos que el Derecho canónico brinda en esta cuestión. Esta tesis pretende ser una aportación en esa reflexión doctrinal, de manera comparada.

En este sentido, ambos ordenamientos jurídicos parten de dos principios comúnmente reconocidos: el derecho a la libre investigación de la paternidad y el de no discriminación por razón del nacimiento. Es cierto que en el caso del Derecho canónico el primer principio ha tenido una fuerte vigencia siempre, y en cuanto al principio de igualdad el ordenamiento civil ya eliminó los últimos vestigios nominales. Pero, a pesar de que estos principios se reconocen tanto por el ordenamiento canónico como por el civil a todos los niveles, las concreciones normativas son diversas.

De esta manera el Derecho civil se ha ido resituando históricamente respecto del ordenamiento canónico, con el cual ha compartido una base fundamental. Así, el sistema jurídico civil ha ido desarrollando medios para ejercer sus competencias en materia de filiación de forma autónoma. En este sentido, el Derecho castellano vino más influido por la tradición germánica menos sensible que la romana y la canónica al principio de libre investigación de la paternidad. De distinta forma en el Derecho catalán se seguía aplicando en materia de filiación las Decretales y subsidiariamente el Derecho romano. El Código Civil español de 1898, influido por el Derecho napoleónico, evolucionó a un formalismo motivado por la seguridad jurídica en las relaciones familiares. Las reformas posteriores a la Constitución han supuesto un cuestionamiento de tal principio formalista y de los modelos de familia tradicionales que actualmente no monopolizan la sociedad. Este cuestionamiento del principio formalista resulta más acorde con los principios de la regulación de la compilación de Derecho civil catalán de 1960, pero también con los propios del Ordenamiento canónico.

En la actualidad no podemos hablar de una influencia directa de la doctrina de la Iglesia respecto de los modelos familiares presentes en la legislación civil. Así el modelo de familia presente en el Derecho canónico ha pasado a ser una posibilidad más sujeta a las normas del Estado. Pero la atenuación del principio formalista por parte del Derecho civil ofrece nuevos puntos de conexión con el ordenamiento canónico.

En esta área del derecho de filiación observamos que en el ámbito civil, a pesar de la abundancia de estudios respecto del Derecho de filiación, resulta bastante novedoso un estudio comparado con el Derecho canónico más allá del dato histórico-jurídico después del CIC 83. Por ello hemos puesto especial atención a realizar una investigación a nivel de los principios rectores de la legislación actual en ambos ordenamientos. Este estudio a nivel axiológico de la atribución y determinación de la paternidad maternidad y filiación permite una mejor comprensión y profundización de los principios constitucionales en materia de filiación, su importancia y sus concreciones. Así mismo, aporta una perspectiva complexiva y sistemática de los medios de determinación de la filiación en los nuevos supuestos derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y de investigación biomédica. Esta perspectiva la pretendemos conseguir profundizando tanto en las coincidencias como en las divergencias de ambos ordenamientos.

En el análisis del Derecho canónico también resulta de especial importancia un estudio comparado de los principios generales que afectan a la materia de filiación y de aquellos más específicos. Solo este estudio comparado permite evidenciar los criterios de articulación con el ordenamiento civil en materia de filiación. La importancia de la articulación de ambos ordenamientos viene dada porque un adecuado estudio del Derecho canónico de filiación debe entenderse como una regulación jurídica confesional que coexiste dentro de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico. Por tanto, como una opción de vida familiar y de concepción de la filiación, paternidad y maternidad dentro del pluralismo.

La metodología empleada ha sido básicamente de carácter sistemático. Entendemos que es la mejor manera de llegar a comprender la lógica de las legislaciones civil y canónica en esta materia. De esta manera, hemos querido profundizar en la comprensión y los fundamentos de los sistemas civil y canónico actuales en materia de filiación. Sin embargo hemos partido de una aproximación histórica que consideramos necesaria para entender la legislación

actual a partir de la influencia de las distintas tradiciones históricas y sus propios principios que han influido en la legislación actual. Además esta introducción histórica permite explicar los distintos cauces históricos de articulación de ambos ordenamientos en la actualidad. De esta manera nos pueden dar luz en el actual estudio de los medios actuales para cohonestar ambas legislaciones.

También hemos querido evidenciar la conexión de este Derecho de filiación con múltiples materias de Derecho matrimonial, procesal, o con cuestiones bioéticas, y en el caso del ordenamiento canónico con el Derecho sacramental. Esto supone necesariamente hacer referencia a las mismas para tratar con profundidad y rigor el objeto de la tesis tal y como lo hemos delimitado. Sin embargo, estos aspectos resultan colaterales y por tanto (aunque los hemos referido) no se han desarrollado, pues esto supondría dispersarnos del tema propio de la tesis. Sobre estos temas nos hemos extendido sólo respecto de aquellos aspectos que afectan de forma directa al derecho de filiación.

Estos mismos motivos han supuesto que no hayamos tratado cuestiones que afectan a la paternidad y la maternidad pero que no cuestionan ni la filiación ni el origen biológico, como es la incidencia de la transexualidad. También hemos profundizado en un aspecto de la filiación que no es propiamente la determinación pero que está inseparablemente unido al principio de veracidad material: el derecho a conocer el propio origen y los principios constitucionales en que se fundamenta. Así hacemos un especial desarrollo del principio de libertad de conciencia, por su repercusión a la hora de fundamentar el derecho a conocer el origen biológico y de articulación de ambos ordenamientos en materia de filiación.

Sin embargo, aunque desarrollamos los aspectos de los procesos civiles de reclamación e impugnación de la filiación que nos sirven para hacer un estudio comparativo con el ordenamiento canónico, soslayamos los aspectos procesales técnicos de reclamación e impugnación de la filiación que no

resultan de utilidad para el objeto de este trabajo. Tampoco abordamos aquellas pruebas que solo pueden ser practicadas dentro de un proceso judicial o procedimiento administrativo. La misma dinámica seguiremos también en el desarrollo de los procedimientos administrativos dirigidos a la atribución y determinación de la filiación. Así mismo, nos ceñimos al Derecho interno español y catalán, pero nos hemos referido también a las normas internacionales suscritas por España y la jurisprudencia internacional que afecta al derecho interno y a la interpretación de la misma.

El orden sistemático escogido comienza por una aproximación histórica del Derecho civil y canónico partiendo de las normas en materia de relaciones de paternidad, maternidad y filiación de la tradición jurídica romana y la evolución posterior con sus distintas influencias. Seguidamente hemos procedido a estudiar los principios doctrinales y jurídico-canónicos relativos a la materia de filiación, y la ausencia del concepto de filiación en el Derecho canónico, así como la clasificación de la misma. También hemos estudiado los principios de libertad para investigar la filiación, de veracidad biológica y aquellos en los que se fundamenta la libertad de investigación de la filiación, es decir el derecho a la educación, la libertad para escoger el estado de vida y el derecho a la intimidad.

En una segunda parte hemos estudiado los principios del Derecho civil en materia de atribución y determinación de la filiación. Esto ha supuesto que, además de los principios de libre investigación de la filiación, interés del menor y veracidad biológica, hemos tratado los límites a estos principios en función de la seguridad jurídica y la estabilidad en las relaciones familiares del hijo. Tras el estudio de estos principios, hemos abordado como la legislación del Código Civil español y del Codi Civil de Catalunya han desarrollado estos principios en unos medios para reclamar e impugnar la filiación. En este apartado hemos incluido las referencias a la legislación internacional suscrita por España. Además hemos proseguido también con un estudio jurisprudencial y de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

Posteriormente hemos estudiado la atribución y determinación de la filiación en el Derecho civil tanto en general como en los supuestos particulares de filiaciones. Así, hemos tratado específicamente la filiación por adopción, la filiación mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida y dentro de la misma la doble maternidad. También hemos abordado la filiación en los contratos de gestación por sustitución y particularmente la doble paternidad, y por último la incidencia de la clonación.

La tercera parte ha sido un estudio comparativo de ambos Derechos siguiendo el mismo orden que las partes anteriores. Por tanto primero hemos hecho la comparación a nivel de principios y posteriormente respecto de la atribución y determinación de la filiación, estudiando específicamente cada uno de los supuestos particulares de forma comparada. En este estudio comparativo se han reflejado las convergencias, las diferencias y las vías de articulación de ambos ordenamientos.

Según observamos, los objetivos de esta investigación van más allá de estudiar las coincidencias y diferencias de los ordenamientos civil y canónico. Pretende también poner a la luz las razones de su compatibilidad y cauces de articulación de ambos ordenamientos. Así mismo nos planteamos una lógica jurídica desde la cual ambos ordenamientos puedan dar respuestas a las nuevas situaciones que la sociedad plantea a los ordenamientos civil y canónico en materia de filiación.

Capítulo I.- APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA ATRIBUCIÓN Y DETERMINACIÓN JURÍDICA DE LA FILIACIÓN

1.- Introducción

Si bien la tesis tiene como objeto principal el derecho vigente, no es posible comprender los ordenamientos actuales Civil y Canónico, sus aspectos comunes y divergentes, sin una aproximación a las distintas tradiciones jurídicas de las que se nutre y la evolución en el tiempo. Esto requiere necesariamente una aproximación histórica que no puede consistir en la evolución reciente, cuestión que ya tratamos en los distintos apartados. Se trata de un análisis de la evolución y la influencia de las distintas tradiciones jurídicas desde el Derecho Romano. Este estudio permite darnos cuenta de la evolución del concepto de filiación en el derecho y la fidelidad del derecho canónico al concepto de filiación como un concepto natural. Además, la aproximación histórica nos permite darnos cuenta de la evolución de la relación del ordenamiento civil y canónico en una materia en que necesariamente se ven implicados. Por otra parte, también dentro del Derecho Civil este estudio nos permite tomar conciencia de las distintas influencias de tradiciones jurídicas que inciden en el Código Civil español y el Codi Civil de Catalunya. Desde estas distintas influencias se explica como el principio de veracidad biológica se ha tenido más presente en el Derecho civil catalán y como en este aspecto existe un mayor nivel de coincidencia con el ordenamiento canónico.

Según lo antedicho, previamente a abordar la ley de filiación debemos de recordar que en esta aproximación histórica no estamos haciendo un estudio exhaustivo de la legislación en cada momento. En este capítulo pretendemos estudiar la recepción de las distintas tradiciones jurídicas y la evolución de los principios jurídicos en materia de filiación. Así, el objetivo es explicar desde el punto de vista jurídico-histórico los principios de las legislaciones actuales y los cauces de integración de los ordenamientos civil y canónico.

Históricamente el derecho del hijo a investigar su filiación para que le fuera determinada respecto de sus padres y madres biológicos ha venido restringida

como consecuencia de la relación jurídica filiación y unión de los padres. Si bien esta limitación ha sido desigual en las distintas etapas y en los distintos ordenamientos y se ha debido a causas muy distintas. En este sentido, la legislación canónica históricamente ha sido menos restrictiva en materia de la prueba de la filiación, no conteniendo un elenco cerrado de pruebas. En el ordenamiento hispano, históricamente, la prueba para impugnar la filiación matrimonial se limitaba a la imposibilidad de mantener relaciones sexuales en el periodo temporal cercano a la concepción. No obstante hay que destacar como tanto en uno como en otro las restricciones venían impuestas a nivel probatorio, sin embargo el criterio biológico y la posibilidad de hacer valer este criterio a la hora de la atribución y determinación de la filiación ha sido una constante en la tradición histórica hispana hasta la promulgación del Código Civil. Fue la Influencia del Derecho napoleónico en el Código de 1898 la que impuso mayores restricciones al derecho de libre investigación de la paternidad. Así a las restricciones de orden probatorio se imponen restricciones para salvaguardar el estatus familiar y la seguridad jurídica. Esta situación se mantendrá hasta la Constitución de 1978 en la que se dio el pleno reconocimiento del derecho a la libre investigación de la paternidad y se materializó en la reforma del Código Civil de 1981.

Como estudiaremos más adelante, estas restricciones a las que nos hemos referido afectaron en mucha menor medida al Derecho Civil Catalán. El motivo resulta evidente, la consideración del Código Civil español como derecho supletorio de 2º grado (orden), después del derecho propio y del propio Derecho canónico. Así tanto el Derecho histórico catalán, aún más influido por el derecho romano que el propio Derecho histórico castellano de mayor influencia germánica, como el Derecho canónico, atendían fundamentalmente al criterio de veracidad biológica. Esto explica que si bien en el Derecho civil catalán, como todos los ordenamientos seculares, se puede distinguir una determinación de la filiación al margen de su atribución biológica, la base de la misma resulta la biología. De esta manera el reconocimiento del derecho a investigar y determinar la filiación basada en la verdad biológica encontró

muchos menos límites que en la propia legislación del Código Civil, más influida por el Derecho napoleónico.

Por su parte, el Derecho canónico, siempre ha reconocido la libertad de prueba a la hora de investigar y determinar la filiación. Esto ha sido una consecuencia de no considerar otra filiación que la biológica y del principio de supremacía de la veracidad material frente a la formal. Sin embargo la praxis del propio ordenamiento canónico ha venido constantemente condicionada por la praxis civil.

A lo largo de la historia la relación de la filiación con el matrimonio ha sido una constante jurídica que ya estaba presente en el derecho romano. Esta relación ha tenido como resultado una clasificación de la filiación y unas consecuencias jurídicas discriminatorias para el hijo con motivo de su nacimiento. La norma de la Iglesia a este respecto ha ido oscilando entre una pretendida defensa de la unión matrimonial mediante la clasificación de filiación y la defensa de la inocencia del hijo respecto de la conducta de sus padres. Sin embargo el principio de igualdad y la profundización en el mismo se ha ido concretando en el principio de no discriminación por razón de nacimiento.

2.- La filiación en el Derecho romano y la influencia del Cristianismo¹.

2.1.- El Derecho romano clásico

Previamente a abordar la filiación hay que tener en cuenta como el derecho Romano Justiniano reconocía dos tipos de parentesco: aquél que surge de la

¹ C. Pecorella, "Filiazione", in: *Enciclopedia di Diritto*, Varese 1968, 449 a 451; J. García Garrido, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 2000; P. Fuenteseca, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978; A. D'Ors, *Derecho Privado Romano*, VI ed., Pamplona 1986; J. Iglesias, *Derecho Romano*, Madrid, 2001; P. Voci, *Studi di Diritto Rommano I*, Padova 1985, 197 a 211 y 404 a 479; M. Amelotti, "Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti", in: Estudios en honor de Alvaro D'Ors, Pamplona, 1987; Hans Ankum, "La sponsa adultera problemes concernant 'l'acusatio adulteris'", in: Estudios en honor de Alvaro D'Ors, Pamplona, 1987.

patria potestad, *-agnaticio*-²; y aquel parentesco de sangre, *-cognaticio*-. El primero es en el que se funda la familia civil y resulta exclusivo del varón que se constituía en el *pater familias*; en cambio respecto de la madre solo se tenía el parentesco *cognaticio* o de sangre³.

Otro concepto esencial para poder entender la filiación en el derecho Romano es el de patria potestad. Se trató de una potestad que ejercía el *pater familias* respecto de todos los descendientes por parentesco de agnación. Hay que decir que si bien esta patria potestad fue cuasi-plenipotenciaria según los mores maiorum, fue disminuyendo su poder posteriormente a lo largo del tiempo. Efectivamente, según Martínez Diez “La potestas del *pater familias* era en un principio prácticamente plena e ilimitada aunque más tarde fuera suavizada por las costumbres y la acción normativa del pretor y las constituciones imperiales. Por lo tanto el bien del menor no era un fin de la potestad paterna en sí mismo”⁴. Así la patria potestad facultaba al padre y le otorgaba entre otros derechos respecto de los hijos los siguientes: derecho a la vida y la muerte de sus hijos; derecho a vender a sus hijos como esclavos; derecho a entregar al hijo para que pague él con sus servicios el daño causado⁵. Esto que fue así en la época de los *mores maiorum* fue atenuándose cada vez más a lo largo de la historia del derecho romano.

Tal potestad se daba sobre personas libres ya que los esclavos estaban sometidos al *dominium* en régimen de propiedad. También se relacionaban con la familia en una situación distinta a la de la patria potestad los *Alumni* niños

² C. Maynz, *Curso de Derecho Romano, T. I*, Valencia 1982, p. 440: “La agnación es el parentesco fundado sobre la familia romana de la cual el poder paterno es la base y el carácter distintivo. Hay agnación entre dos personas siempre que una de ellas está bajo el poder de la otra, ó que ambas se encuentran bajo el mismo poder, ó han estado sometidas a esta misma potestad, ó hubieran podido estar en esta sumisión, con tal que en estos dos últimos casos la causa en virtud de la cual no se encuentran bajo el mismo poder sea un acontecimiento natural, es decir, la muerte del padre de familia. Así pues, son agnados: el padre y el hijo que se encuentra bajo el poder del padre; dos hijos de un padre que vive y que los tiene bajo su poder; dos hermanos o hermanas cuyo padre haya muerto; dos hermanos ó hermanas, uno de los cuales ha nacido después de la muerte del padre...”.

³ A. D’Ors, *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 267-8.

⁴ G. Martínez Diez, “la Filiación en el Derecho Histórico Español”, in: *Simposio sobre Paternidad y filiación, Organizado por: Institució Alfons el Magnànim y Institució Valenciana de Estudis i Investigació, Valencia 1985*, pp. 70-1.

⁵ *Ibidem* pp. 70-1.

abandonados recogidos cuya situación era similar a la de los esclavos. Así mismo quedaban vinculados a la familia los antiguos esclavos libertos respecto a sus antiguos dueños, *patroni*, en el régimen llamado de *clientela*⁶.

Tanto del concepto de parentesco *agnaticio* y *cognaticio* como de patria potestad se derivó dos tipos de familia: “La familia *proprio iure* nos la presenta Ulpiano como el núcleo de personas que están sometidas a la única potestad del paterfamilias...ya sea creando un parentesco por razones naturales o de sangre (lazos cognaticios) procedentes del matrimonio legítimo o por cualquier acto jurídico que generador de dichos vínculos parentales (lazos agnaticios) como era la *adoptio*, *adrogatio* y la *conventio i manum*...Mientras que la familia *communi iure* es la formada, siguiendo el texto de Ulpiano, por todos los que se encontraban bajo la potestad del anterior paterfamilias, antes de su muerte o *capitis deminutio*, al pertenecer todos a la misma casa o estirpe”⁷. Parece, pues, que el parentesco agnaticio tuvo un mayor protagonismo en las primeras etapas del Derecho romano. Sin embargo el parentesco de sangre o cognaticio fue el predominante en el grupo familiar conforme fueron llegando épocas posteriores⁸. Ello nos muestra que la familia romana fue una institución en evolución y que tuvo que ir adaptándose a las cambiantes circunstancias sociales de cada momento.

Así si la filiación frente a la madre siempre era por naturaleza, ya que era solo *cognaticia*. La filiación paterna que atribuía la sumisión a la patria potestad se adquiría por adopción, o por nacimiento con las siguientes condiciones: a) legitimidad del matrimonio, ya que se aplicaba la regla de *pater is est quem nuptiae demonstrant*; b) Del hecho de producirse el parto tras los 6 meses que siguen la extinción del matrimonio por divorcio o muerte del padre; c) de la aceptación del hijo por su padre o del reconocimiento judicial, si bien se podía incoar una acción para que el padre reconociese a sus hijos habidos en

⁶ A. D’Ors, *Derecho Privado...*, op.cit., pp. 269-80.

⁷ C.f. M. E. Fernández Baquero, “Definición jurídica de la familia en el Derecho romano”, in: *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012, p. 153.

⁸ Gayo Inst., 1, 158; Ulpiano D.1,1,1,3.

matrimonio legítimo⁹. De estas condiciones se deduce claramente que en derecho romano clásico no se podía hablar de un concepto de filiación de forma autónoma al matrimonio o unión entre los padres. Efectivamente, la condición de hijo va unida a las distintas uniones que gozan del favor o desfavor de la sociedad y del derecho. Cabe señalarse que esta falta de autonomía del concepto de filiación ha perdurado hasta la actualidad.

La filiación en el derecho romano clásico, se clasificó siguiendo el criterio del tipo de unión entre sus padres. Así, la filiación se clasificaba en justa o legítima, natural o "spurii o vulgo concepti". De esta manera, se consideraba hijo legítimo a aquel que era fruto de una "Iusta Nuptiae", según el derecho Romano. - Se entendía como hijo natural a aquel que provenía de un concubinato y que pudiendo legalizar su situación no lo hacía o que posteriormente a la concepción se les prohibiera a los padres celebrar matrimonio. – El hijo era "Spurii o vulgo concepti" si provenía de una unión que no podía ser asimilada al matrimonio.

Los diversos tipos de filiación suponían distintos derechos y deberes para los hijos. En este sentido, las consecuencias propias de la filiación legítima eran varias. Fundamentalmente suponía la adquisición de la condición civil del padre. A demás, los hijos quedaban bajo la patria potestad del padre. También tenían frente al padre los siguientes derechos: derecho a ser alimentados y a la sucesión. Como deberes tenían el de "obsequium y pietas", y el de alimentar al padre en caso de necesidad.

Las condiciones jurídicas del hijo natural le colocaban en una situación social y jurídica claramente más desventajosa, si bien seguía teniendo bien definidos bastantes derechos. Su capacidad sucesoria era limitada respecto del padre y varió dependiendo de las oscilaciones de la política imperial. En líneas generales fue común el reconocimiento de hasta un doceavo del haber hereditario en caso de concurrir con hijos legítimos. En todo caso, los hijos

⁹ Ibidem, p. 281-2.

naturales seguían la condición jurídica de la madre, y respecto de ella sí tenían derechos sucesorios, siempre que esta no fuese ilustre.

Las consecuencias jurídicas de la filiación espúrea eran mucho más desventajosas para el hijo que en el caso de las otras dos. Estos seguían la condición civil de la madre, y sólo tenían derechos de ser alimentados respecto la madre y limitado al primer trienio de vida.

Otra consecuencia jurídica aneja a la filiación era la adquisición de la condición de ciudadano romano. En este sentido resulta destacable por su gran repercusión en legislaciones posteriores, la *Lex Minicia*¹⁰. En esta ley se establecía que los hijos nacidos entre padre peregrino y madre romana *Deterioris parentibus sequit*¹¹.

El derecho romano desde los primeros momentos utilizó el reconocimiento como forma de determinar la filiación. Para ello estableció formas y rituales de reconocimiento, como fueron los *Tollere Liberum*, de valor no plenamente conocido. En época de Augusto se dieron otros medios de reconocimiento que eran distintos según fueran los hijos legítimos e ilegítimos. Así los hijos legítimos se reconocían mediante *Profesiones* y los hijos ilegítimos por *Testationes*.

Posteriormente Marco Aurelio obliga a poner en conocimiento de la curia el nacimiento de los hijos. Sin embargo, la forma más común de determinación de la paternidad y la maternidad era por las presunciones derivadas del matrimonio. A tal efecto, en el derecho romano se acogen los plazos fijados por la medicina de Hipócrates como máximo y mínimo del embarazo. Así, a partir de los 180 días de contraer matrimonio y hasta los 300 días tras la disolución del mismo se presumía la paternidad del marido de la mujer, de esta manera lo

¹⁰ Gayo 1,78 Digesto 38, 11, 1; Ulpiano 5, 8 D. 50.1.37.2.

¹¹ S. Bravo Jiménez, "Sobre el matrimonio entre hispanas y romanos: Cicerón de Oratore, I, 40, 183", in: *Euphoros*, Nº. 7, 2004, p. 18: "Por si cabía alguna duda, la *Lex Minicia de liberis* promulgada a mediados del siglo I a.n.e., establecía que el nacido de madre ciudadana romana y padre peregrinus o latinus o latinus, pero nunca ciudadano romano".

recogió Ulpiano en el Digesto¹². También el derecho romano establece acciones para reclamar la legitimidad de los hijos nacidos en el acto o tras la disolución del matrimonio por muerte o divorcio. Se trata de la "actio de liberis agnoscendis" y la "actio partu agnoscendo".

Pero fue en la época imperial cuando se perfecciona un sistema de determinación por reconocimiento diferenciando distintas formas¹³

La primera fue *Per subsequens matrimonium*. Para que por el subsiguiente matrimonio de los progenitores fuera posible la legitimación del hijo debía de no existir una imposibilidad para contraerlo en el momento de la concepción y si el hijo era mayor de edad debía de prestar su consentimiento. La eficacia de tal medio de legitimación era plena; introducía plenamente a los hijos en la familia y les reconocía plenamente los derechos sucesorios.

La segunda se denominaba *Per rescriptum principis*. Posibilidad de reconocimiento del padre de los hijos ilegítimos, cuando la madre había muerto o existían impedimentos para el matrimonio. Solo se podía dar siempre que no existieran hijos legítimos a los que pudiera perjudicar y en caso de que el hijo fuera mayor debía de mediar el consentimiento del hijo. Tal institución permitía a la familia continuar cuando el padre en principio no tenía hijos legítimos. Tenía los mismos efectos que la legitimación por subsiguiente matrimonio.

El tercer medio de legitimación era el llamado *Per Oblationem curia*. Se trató de una institución creada por Teodosio para abastecer de bienes a las entonces maltrechas curias territoriales. Tal medio de legitimación consistía en ofrecer al hijo a la curia con una asignación de bienes para su sustento, o casar a la hija con un decurión atribuyéndole una dote. Esta legitimación tan solo creaba una

¹² Ulpiano, D. 38.16.3.11: "Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem."; Ulpiano, D. 38.16.3.12: "De eo autem, qui centésimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum, nec videri in servitute (3) conceptum, quum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa".

¹³ C. Pecorella; "Filiazione"; in: *Enciclopedia di Diritto*, Varese, 1968, pp. 449 a 451.

relación padre-hijo, en la que se incluían los derechos sucesorios, pero no trascendía a la relación con el resto de la familia.

Merece una especial mención la norma excepcional de Adriano que permitió a los militares reconocer como legítimos a los hijos tenidos durante el servicio de armas. Los hijos reconocidos de esta manera pasaban a ser herederos en el mismo grado de los cuñados.

En el último periodo del imperio se produjo el fenómeno de un aumento del concubinato como forma de convivencia estable y con apariencia matrimonial en muchos casos. Tales uniones concubinarias llegarán a tener relevancia jurídica y se establecerán cauces para la legitimación de la filiación proveniente de estas uniones. Así llegó a admitirse la legitimación por subsiguiente matrimonio de la unión entre gobernadores de provincia y mujeres de la provincia. También se admitió la legitimación de los hijos habidos en matrimonio que adolecía de impedimento cuando el impedimento cesaba, incluso esta legitimación tenía efectos retroactivos desde su concepción.

En conclusión, de las normas del análisis del derecho romano justiniano Rivero manifiesta: "En el derecho Romano, por lo que afecta a la filiación legítima, es evidente y bien claro...que su regulación y tratamiento estuvo impregnado de esa aspiración a la verdad real y paternidad auténtica o biológica...a) El régimen abierto de impugnación de paternidad marital, con la gama sumamente amplia de posibilidades de impugnación contenida en el texto fundamental de Ulpiano (D, 1, 6, 6)...b) Los numerosos pasajes de las fuentes, referidos a cuestiones de paternidad, donde aparece con claridad que la duda que pueda haber sobre la paternidad en cuestión se resolverá en el sentido de la verdadera, o sea investigando la verdad...(D, 22, 3, 29, 1)... (D, 22, 3, 13)...(Celsus, lib XXX, Dig.)...Preocupación por la verdad biológica y libertad de prueba de la verdadera paternidad que se da también para la filiación

extramatrimonial en numerosos pasajes...(D, 35, 1, 83)...(Paulus lib. XII, Resp.)”¹⁴.

2.2.- Influencia de la Iglesia respecto del Derecho Romano

La Iglesia del imperio romano manifestó una total desaprobación ante las uniones paramatrimoniales, por una parte, pero al mismo tiempo consideraba a los hijos inocentes de los pecados de sus padres. Es más D’Ors atribuye a la influencia del cristianismo en Roma el aumento de la legitimación afirmando “El derecho clásico no conoció ningún acto para legitimar a los hijos nacidos fuera del matrimonio, pero en la legislación tardo-Romana, por influjo cristiano, se consideraba legitimados los hijos de padres solteros o viudos...cuando i) sus padres contraen posteriormente el matrimonio....ii) lo concede graciosamente el emperador...iii) sus padres naturales los ofrecen como decuriones...”¹⁵. En esta línea de pensamiento nos encontramos con textos de S. Agustín¹⁶ rebatiendo ideas tales como que los hijos adulterinos no tenían alma. Pero también el mismo S. Agustín considera irregulares todos aquellos matrimonios civiles que no hubieran recibido la bendición del obispo. De esta manera se crearon condiciones para la regularidad del matrimonio específicas para los cristianos y más allá de las propias del derecho romano.

3.- La filiación en el Derecho medieval.

3.1.- Influencia del Derecho germánico

Además del derecho Romano, también resulta fundamental para comprender las tradiciones jurídicas del derecho Civil y Canónico el estudio de

¹⁴ F. Rivero, “La filiación en el Derecho Civil especial de Cataluña”, in: *RJC*, n. 4 1973, pp. 224-5.

¹⁵ A. D’Ors, *Derecho Privado...*, op.cit., p. 281.

¹⁶ Carta a S. Carlo Magno, in Saint Jérôme, *Lettres*, ed. HALM, Lipsiae, 1886, c. 17.

la influencia del derecho de los pueblos germánicos que se establecieron en las distintas partes del imperio, para entender el primer derecho medieval en materia de filiación. Así, la influencia del derecho germánico llevó en general a una menor distinción entre los distintos tipos de filiación, produciéndose una tendencia unificadora de la misma¹⁷.

En el primer derecho germánico de muchas zonas de Europa, no estaba prohibido el matrimonio múltiple o poligamia, un ejemplo lo encontramos en los primeros pueblos germánicos que invadieron la península Itálica¹⁸. Tampoco estaba reprobado el concubinato tanto único como múltiple, incluso venían a reforzar la posición social de los líderes y las clases altas frente a las bajas. Esta mayor permisividad a las uniones extramatrimoniales supuso que legislaciones como la de Rotario, en la península itálica, fueran mucho más beneficiosas para los hijos naturales que la Romana. En este sentido, en el derecho longobardo de la península itálica, todos los hijos, también los naturales, pasaban a formar parte de la familia paterna. Así los hijos naturales tenían derecho a un tercio en la sucesión del padre si concurrían con hijos legítimos¹⁹, y a la mitad de la misma si concurrían con hijas legítimas²⁰.

En la península Ibérica, la Lex Romana Visigotorum más influida por el derecho Romano que el resto de ordenamientos germánicos, distinguía los efectos de la filiación legítima o matrimonial y la ilegítima o no matrimonial. Sin embargo, el breviario de Alarico II aumenta los derechos de los hijos naturales al concurrir con la madre. Este acercamiento llega a su punto álgido con el Liber Iudiciorum. En este cuerpo jurídico desaparece la categoría jurídica de hijos naturales; así, únicamente se afirma que “los hijos”, sin distinguir entre legítimos y naturales²¹. En este sentido, parece muy acertada la conclusión de Gacto Fernández cuando afirma: “...Parece que sólo tuvieron un trato

¹⁷ Germania, ed. Halm, Lipsiae, 1886, c.17.: “Prope soli barbarorum singulis uxoribus contenti sunt, exceptis admodum paucis qui non libidine sed ob nosilitatem plurimis nuptiis ambiuntur” (Tomado de C. Pecorella; in: ..., op.cit., p. 451).

¹⁸ C. Pecorella..., op. cit, pp. 451 y 452.

¹⁹ Roth.154 y 158. Tomado de C. Pecorella, op.cit., 453.

²⁰ Roth. 160 y 161. Tomado de C. Pecorella, op.cit., 453.

²¹ G. Fernández, *La Filiación no Legítima en el Derecho Histórico Español*, Sevilla, 1969, p. 72.

desfavorable los hijos nacidos de uniones que atentaban a los principios de la moral cristiana que regían en aquellas comunidades, tales como el adulterio o el incesto"²².

Fuera de las compilaciones jurídicas como derecho privado hay que mencionar como institución del derecho bajomedieval presente en el derecho visigótico la *adfiliación*. Tal institución puede encontrar cierto precedente en la adrogación romana. Sin embargo hay que decir que el efecto de esta filiación o fraternidad por *adfiliación* tuvo una relevancia más patrimonial que Civil por lo que no desarrollamos este tema ya que excedería del objeto de este trabajo²³.

3.2 Presencia del Derecho Islámico en los territorios cristianos y su influencia

No debemos dejar de mencionar también la influencia y vigencia del derecho islámico que perduró en las comunidades musulmanas en tierras de cristianos. Este derecho fue el propio del Rito *Maleki*²⁴ que si bien no llegaba a aplicar la analogía y la Equidad como el *Hanefita* resultaba más tolerante que los ritos orientales *Safeita* y *Hanbalita*. A pesar de la persecución que sufrió este rito con la invasión de los Almorávides y Almohades, fue tal tradición la que se mantuvo en las comunidades autóctonas. Así estas comunidades islámicas se mantuvieron fieles al mismo como mudéjares cuando pasaron a estar bajo el gobierno de los cristianos. Fruto de esta tradición jurídica islámica en territorio reconquistado fue la *Summa de los principales mandamientos y vedamientos de la Ley y Sunna* datada en 1462. A este respecto destaca la aplicación de este derecho en materia de derecho de familia y herencia. La aplicación del mismo

²² Cfr. *Ibidem*.

²³ R. Moran, *Historia del derecho Privado, Penal y Procesal*, ep. 2.3. *La filiación artificial y ep. 7 la fraternidad y filiación artificial*, Madrid 2002, (<http://app.vlex.com.sire.ub.edu/#ES/vid/269286>) [2-9-2016]

²⁴ R. Perez-Bustamante *Historia del Derecho Español*, Madrid 1994, p.73: "El rito Maleki se expandió por el Magreb y la Península Ibérica, fundado por Malic (715-795), que vivió en Medina y es autor de la Muwata o Almohata –el camino fácil-. Este rito parte de la fidelidad a los principios islámicos y la utilización de la Ichma; su estructura se asemejaba a los principios de Hadit".

se llevaba a cabo entre los moriscos por los *alfaquis* (doctos de las comunidades) que tenían como misión la interpretación de los textos islámicos²⁵.

3.3.- Legislación Hebraica

Tanto en los reinos islámicos como en los cristianos de la Edad Media aparecieron diferentes comentaristas del Talmud como principal fuente del derecho judío que partiendo de los textos rebelados trataba todo tipo de temas incluido, por su puesto el derecho de familia, y la cuestión filiatoria. El primer comentarista notable que encontramos en tierras de la península ibérica, concretamente en Córdoba, procedía de la escuela de Sura fue Moshen Ben Hanoch que fundó la primera escuela traductores en Córdoba. Dentro de la escuela Talmúdica de Barcelona destacaron Isahac ben Reuben (1043-1100) autor de varias obras de Derecho civil; Nissín ben Reuben de Gerona (1340-1380) y Yehudá Ben Barzilaí (nacido en 1080) autor de diversos libros sobre derecho de familia²⁶.

3.4.- Legislación canónica

Un tema al que el Derecho canónico concedió mucha importancia e influyó de gran manera en el orden civil fue en la materia de la legitimación. A este respecto la legislación canónica favoreció la ampliación de la posibilidad de legitimar por subsiguiente matrimonio. En este sentido encontramos la bula de Alejandro III *Tanta est vis Matrimonii*. En esta bula se le atribuían efectos retroactivos a la legitimación, salvo en el caso de los hijos adulterinos. Fue la resolución de un supuesto de hecho lo que supuso la posterior ampliación de las posibilidades de legitimar por este medio. Así, se estableció que el matrimonio intermedio no impedía la legitimación del hijo, incluso se permitió

²⁵ Ibid; B. Ruiz, *Praxis Islámica de los musulmanes aragoneses a partir del corpus aljamiado-morisco y su confrontación con otras fuentes contemporáneas*, (Tesis doctoral dirigida por L.F. Bernabé Pons en la Universitat d'alacant), Alicante 2015, pp. 426-32.

²⁶ R. Perez-Bustamante *Historia...*, op.cit., p. 81.

el matrimonio *in articulo mortis* para la legitimación de los hijos. Tras la desaparición de las curias romanas la legitimación *per oblationem curiae* se transforma en la *oblatio curiae coelesti*. Esta forma de legitimación más se parecía a la legitimación *per rescriptum principis*. De esta manera, mediante rescriptos se hacen numerosas concesiones a nobles, mercaderes, empresarios, doctores, otorgándoles el privilegio de legitimar. Esta posibilidad de legitimación solo estaba vetada a los hijos incestuosos. Otro medio de legitimación que proviene del bajo imperio romano es la legitimación por testamento o reconocimiento en documento público.

En cuanto a la legislación canónica particular de la España bajo-medieval hay que destacar como en líneas generales fue reformando la tradición germánica en materia de familia. Fue marginando las uniones no matrimoniales y como consecuencia fue perjudicando la situación jurídica de los hijos nacidos de tales uniones. cabría destacar los Concilios legáticos de Valladolid de 1322 y de Palencia de 1388, en los que se prohibía y penalizaba el concubinato, amancebamiento y barraganía de los laicos²⁷. En este sentido “...Menos frecuente sobre todo en los concilios y sínodos celebrados en Castilla, se penaliza la barraganía permitida por las leyes seculares o el amancebamiento entre personas solteras no impedidas entre ellas para contraer matrimonio”²⁸.

Por lo que respecta a las uniones concubinarias de clérigos y sus hijos destacan dos Concilios²⁹: el de Valladolid de 1228 y el de Lleida de 1229. En los que además de recordar las penas canónicas establecidas por la Iglesia Universal para clérigos concubinarios y las concubinas de los mismos, establece las penas de suspensión y excomunión para los clérigos y sus barraganas o concubinas. Además determinan que: “...los hijos habidos de estas uniones no podían ni heredar los bienes de su padre clérigo ni ser admitidos al estado clerical.”³⁰. Sin embargo, a partir del 24 de junio de 1251 estas penas contra los

²⁷ F. Aznar Gil, “Los ilegítimos en la península Ibérica durante la baja edad media” in: *REDC* 50 (1993) pp. 12 a 13.

²⁸ Cfr. *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cfr. *Ibidem.*, p. 12.

clérigos concubenarios se podían conmutar por otras penas pecuniarias de menor severidad y dureza. En esta misma línea de menor severidad que en otros lugares se pronunciaron los concilios legatinos de Valladolid de 1322, Palencia de 1388, de Tortosa de 1429. En ellos “se anuló las sanciones de excomunión y suspensión fijadas en los anteriores concilios, y se estableció penas pecuniarias y la posibilidad de beneficio por parte del clérigo concubinario”³¹. Sin embargo, como resultado de toda la legislación bajo-medieval en la materia resultaría el hecho de que: “Todos los concilios celebrados en la Península Ibérica a finales del s. XV. y comienzos del s. XVI se lamentan de que, a pesar de todas las medidas tomadas, los clérigos concubenarios seguían siendo una plaga sin erradicar”³².

3.5.- Derecho medieval Castellano y Catalán

A) LAS VII PARTIDAS

Las VII Partidas de Alfonso X tenían una clara influencia del derecho Visigótico pero también introducen importantes novedades en la materia, como el considerar dos tipos de uniones extramatrimoniales: las no prohibidas y las uniones no matrimoniales ilegítimas³³. Dentro de estas uniones, la más reconocida por el derecho fue la institución de la barraganía³⁴, institución que no dejaba de ser una unión de hecho distinta al matrimonio canónico. Además se regulaban algunos de sus efectos, especialmente respecto de los hijos. Así, los hijos de tales uniones se consideraban naturales, lo que suponía que con el simple reconocimiento tácito del padre era suficiente para la atribución de la paternidad. A pesar de este reconocimiento de la barraganía, la legislación fue cada vez más restrictiva respecto de estas uniones hasta que fue abolida en la Edad Moderna.

³¹ Cfr. *Ibidem*.

³² Cfr. *Ibidem*.

³³ F. Aznar Gil, “*Los ilegítimos...*”, *op.cit.*, p. 16.

³⁴ E. Serna, *La Reforma de la Filiación*, Madrid, 1985, p. 36.

En cuanto a las uniones no matrimoniales ilegítimas, tales como: el adulterio simple o estable, la bigamia, el incesto o uniones sexuales entre consanguíneos y afines, las relaciones sexuales de clérigos de órdenes sagradas y de las personas consagradas al servicio de Dios, etc... eran condenadas expresamente por el derecho de Alfonso X el Sabio. Evidentemente a estas consecuencias negativas no se escapaban los hijos cuya consideración venía unida estrechamente a la de la unión ilegítima -ilícita- de sus padres.

Para comprender la distinción de la filiación en Las VII Partidas, hay que estar atento a la significación del calificativo de legítimo aplicado al hijo. En este código se entendían por legítimos aquellos hijos que “de padre e madre, que son casados verdaderamente, según manda la Santa Iglesia...”³⁵. En cambio, por hijos no legítimos se entendían los “que no nascen de casamiento según ley”³⁶; éstos, a su vez dan lugar a la siguiente distinción³⁷: hijos naturales y no naturales, o lo que es lo mismo, entre hijos no legítimos e hijos ilegítimos strictu sensu. Esta distinción tenía mucha importancia pues otorgaba una situación jurídica mucho más ventajosa para los hijos naturales que para los no naturales. La condición jurídica de los hijos no legítimos o naturales se asemejaba mucho a la de los hijos legítimos: “podían ser reconocidos por el padre, su legitimación era más fácil, tenían ciertos derechos al nombre y apellidos paternos, a la crianza y alimentos, a la tutela, al patrimonio de sus padres”³⁸. Por el contrario los hijos ilegítimos no naturales devenían inhábiles para recibir cualquier bien de sus padres tanto testamentariamente como intestadamente. Tan sólo podían transmitirles algunos bienes “misericordiae causa”. Dentro de estos hijos ilegítimos, se regulaba también el caso de los hijos de los clérigos que eran incapaces de heredar de éstos, así como de sus parientes consanguíneos.

Más allá de la distinción entre hijos naturales y no naturales, el Código de las VII Partidas contenía una clasificación exhaustiva de los hijos ilegítimos³⁹

³⁵ Partida 4. 13. 1.

³⁶ Ibidem.

³⁷ F. Aznar Gil, “Los ilegítimos...”, op. cit., pp. 14 a 18.

³⁸ Cfr. Ibidem.

³⁹ E. Serna, “La Reforma...”, op. cit., p. 36.

atendiendo a la relación de la cual procedían. De esta manera se distinguían las siguientes clases: Fronterizos; manzeres; "spurii"; notos. Sin embargo dicha distinción discriminatoria desaparecía cuando se trataba de la obligación de alimentos. En este aspecto, tanto el padre como la madre estaban sujetos a esta prestación, siendo irrelevante la condición que los hijos tuvieran.

También fueron influencia del derecho germánico los procesos denominados ordalías y juicios de Dios que fueron usados además de en otros ámbitos, tanto penales como civiles, para probar la paternidad cuando el padre se oponía. Estas consistieron en que la madre diera pasos con un hierro caliente, para ver si transcurrido un tiempo aún tenía llagas. Esta prueba constaba en la mayoría de fueros de las ciudades de los reinos de la península. Como excepción al empleo de estos medios procesales encontramos los fueros del Reino de Valencia debido a que en los mismos se mantuvieron en mayor medida las normas del derecho romano⁴⁰.

B) LAS LEYES DE TORO

Algunas de las innovaciones importantes que aportaron las Leyes de Toro fue la ampliación de la categoría de la filiación natural a los nacidos de padres que se hubieran podido casar en el momento del parto. De esta manera, se consideraba al hijo como natural cuando los progenitores en el momento de la concepción o del nacimiento hubieran podido contraer matrimonio sin necesidad de dispensa. No podemos olvidar que tanto, en las siete partidas como en el derecho anterior a las Leyes de Toro, solo se tenía en cuenta para determinar la legitimidad o condición de natural, el momento de la concepción. Por tanto, la posibilidad de considerar a los hijos como ilegítimos era menor.

Otra importante disposición de estas Leyes de Toro consistió reconocía la obligación de alimentos para con todos los hijos, consolidándose esta obligación con carácter universal. Para ello, se fijaba un máximo de un quinto de los bienes de los padres; además se dispuso, que se podía cumplir con esta obligación en

⁴⁰ E. Serna, "La Reforma...", op.cit., 37 y 46.

vida o mortis causa⁴¹. La importancia de las Leyes de Toro en materia de filiación no sólo viene dada fundamentalmente por la gran duración de estas normas. Estas disposiciones pasaron con pocas variaciones a la nueva y novísima recopilación, de modo que esta normativa estuvo en vigor hasta el actual código civil. Esta larga duración de las leyes demuestra que estas novedades introducidas en materia de filiación fueron más ajustadas a la situación social.

C) USATGES DE BARCELONA Y CONSTITUCIONS DE CATALUNYA

Por lo que respecta a la estructura familiar y parentesco el derecho foral catalán mantiene propiamente la diferencia de parentesco agnaticio y cognaticio. Además se mantienen algunas de las prerrogativas del *pater familias* y algunos de los elementos propios de la patria potestad según se entendía en el derecho romano. Por tanto se entendía esta *patria potestas* como un poder del *pater familias* respecto de los miembros de la familia que excedía con mucho la propia para procurar el sustento y la educación de los hijos⁴².

En la materia estrictamente de la filiación, el Derecho feudal catalán mantiene la diferencia entre filiación legítima e ilegítima, así como la distinción entre hijos naturales y espurios con consecuencias familiares y hereditarias claras. Así en el caso de los hijos naturales se contempla la posibilidad de exigir al padre el reconocimiento del hijo, siempre que la madre pudiera demostrar la buena fama y que no mantuvo relaciones íntimas con otros hombres en el periodo de la concepción. Els Usatges de Barcelona⁴³ llegan a contemplar la obligación del padre de casarse o de buscarle otro marido si fuera el hijo fruto de una violación y así lo quieren los familiares de la mujer⁴⁴.

⁴¹ Ibidem.

⁴² J. Serrano "Historia del Dret Privat Català" in: *Historia del Dret Català*, V. Ferro, Barcelona 2001, pp. 217-21.

⁴³ Usatges de Barcelona, Cap. 108.

⁴⁴ J. Serrano "Historia del Dret Privat...", op.cit., pp. 222-3.

En el caso de los hijos ilegítimos se prevé la posibilidad de legitimación sin matrimonio de los padres por concesión real cuando se dieran los siguientes requisitos: - que los padres no pudieran casarse y por tanto no pudieran legitimarlo; - que lo pida uno o ambos progenitores; - que el que lo solicite no tenga otros hijos ni legítimos ni legitimados; - que si el progenitor que lo solicita está casado con una tercera persona, esta lo consienta⁴⁵.

Respecto de la adopción el derecho feudal de Catalunya seguía manteniendo la distinción entre adopción plena y menos plena propia del derecho Romano. Además la adopción estaba restringida para el varón ya que la mujer no podía llegar a ser *pater familias*⁴⁶.

4.- La filiación en las Decretales y su influencia en el Derecho común

En la alta edad media, el computo de la legitimidad o no de los hijos fue dado no sólo por el momento de la concepción, sino también atendiendo al momento del nacimiento. Esto constituyó un avance de gran importancia en el derecho de filiación. Hasta ese momento sólo era relevante el tiempo de la concepción. Este avance ya estudiado en el ámbito hispano al tratar las leyes de Toro, y que había sido fruto de la actividad de glosadores y cronistas en el ámbito civil de Europa, se consolidó al recogerse en la decretal de Alejandro III *Quum Inter*⁴⁷.

Además de esta decretal de Alejandro III, destacan tres decretales de la legislación canónica por su contenido en el derecho de filiación; dos de carácter sustantivo y una de carácter procesal:

La primera es la decretal de Alejandro III *Tanta est vis Matrimonii*⁴⁸. Ésta otorga efectos retroactivos a la legitimación “per subsequens matrimonii”;

⁴⁵ Ibidem., pp. 223-4.

⁴⁶ Ibidem., pp. 225-6.

⁴⁷ X.4.17.6.

⁴⁸ X.4.17.6: “Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium a legitimi habeantur. Si autem vir vivente uxore sua aliam cognoverit, et ex ea prolem

excepción hecha de los hijos que se consideraban adúlteros o sacrílegos. se estableció que el matrimonio intermedio no impedía la legitimación del hijo, incluso se posibilitó el matrimonio in artículo mortis para la legitimación de los hijos. Tras la desaparición de las curias romanas la legitimación *per oblationem curiae* se transforma en la *oblatio curiae coelesti*. Esta forma de legitimación se asemejaba a la legitimación *per rescriptum principis*. De esta manera, mediante rescriptos se hacen numerosas concesiones a nobles, mercaderes, empresarios, doctores, otorgándoles el privilegio de legitimar. Esta posibilidad de legitimación solo estaba vetada a los hijos incestuosos.

La segunda es la decretal de Clemente III *Quum Haberet*⁴⁹. Fue interpretada constantemente en el sentido de ampliar la obligación de alimentos del padre también en favor de los hijos ilegítimos. Sin embargo, se ha puesto en tela de juicio si esta interpretación tuvo como base única la equidad o fuera también fiel a la voluntad original del Pontífice.

La tercera es la decretal de Inocencio III *Per Venerabilem*⁵⁰. El tema que trataba principalmente era fundamental en las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Afirma la potestad de la jurisdicción eclesiástica para entender, no sólo de las cuestiones espirituales, sino también de todas aquellas que están inmediatamente conexas a las mismas. Dentro de esta temática se trataba de la legitimación de la prole y de la competencia de la Iglesia al respecto, por lo que esta norma fue el origen de una discusión acerca esta cuestión, que durará prácticamente toda la baja Edad Media y será desarrollada por diferentes glosadores.

susceperit, licet post mortem uxoris eandem duserit, nihilominus spurius erit filius, et ab hereditate repellendus; aliaquid fuerit machinatus, quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt”.

⁴⁹ X.4.7.5.: “Qui vivente uxore legitima cum secunda contrahit adultera, etiam prima mortua sparabitur a secunda, eatiasi longo tempore ei chohabitavit, et filios ex ea suscepit”.

⁵⁰ X.4.17.13: “...Quum ergo videtur ex lius legitimandi aucoritas non tantum in spiritualibus sed in temporalibus etiam penes romanam ecclesiam residerea, ut super hc filiis tuis gratiam faceremus ob tua et progenitorum tuorum merita, qui semper in devotione sedis apostolicis perstitistis, humiliter ex parte tua idem arachiepiscopus requirebat...”.

A este respecto encontramos los siguientes: En primer lugar, La glosa *Habeat*⁵¹, que nos muestra la discusión existente sobre la materia incidiendo en los argumentos de la decretal; también, La Glosa *Causam Quae*⁵² incide en la competencia de la Iglesia respecto de los procesos sobre la legitimidad de los nacidos; y como tercera, la Glosa *Casus*⁵³ que considera que las cuestiones de legitimación son accesorias a la cuestión matrimonial y, por tanto, también son competencia de la Iglesia. Sin embargo, la glosa más importante en el tema que nos ocupa sería la llamada *Naturales*⁵⁴. En ella, se hace una clasificación de la filiación, que será acogida por toda la doctrina siguiente tan importante como Azone, El Ostiense, Bártolo, etc... . De esta manera los hijos se clasificaban en: Los hijos *naturales et legítimos*, atendiendo al criterio de los nacidos ex legítimo matrimonio; los hijos adoptivos. La glosa también contiene la distinción entre *quellus nec naturales nec legitimi iuris presumptione*; como todos los incestuosos y adulterinos. También aquellos *Qui prius non fuerunt legitimi sed nunc sunt, illegittimati*.

Algunos autores añadieron la categoría de la filiación espiritual, a las reconocidas en la glosa⁵⁵. Otros comentaristas incidieron en la clasificación diferenciando entre: hijos espúreos *strictu sensu*, aquellos fruto de unión ni aprobada ni reprobada; e hijos *ex damnato coitu*⁵⁶. Resulta evidente al observar la clasificación hecha por la Glosa, como ha admitido unánimemente la doctrina, que el criterio fundamental de la clasificación es la unión entre los padres. En este sentido la relación entre matrimonio y filiación es clara a la hora de su clasificación, y no solo de su determinación. Con ello se daba continuidad a esta relación ya evidenciada al estudiar el derecho romano.

⁵¹ Gl. Habeat a X.4.17.13.

⁵² Gl. Causam Quae a X.4.17.4.

⁵³ Gl. Casus a X.4.17.1.

⁵⁴ Gl. Naturales, inst. De adoptionibus & non solum. Tomado de C. Pecorella, "Filiazione", in: ..., op cit, 455.

⁵⁵ Azzone, Summa Papiae, 1506, 5, 26.

⁵⁶ Bartolo, Tractatus successionum ab intestato, n. 2 ss. "Manzeribus scortum, sed moecha notis dedit ortum Ut seges a spica, spurius sic est ab amica sunt naturales qui nobis sunt speciales.". Tomado de C. Pecorella, "Filiazione": in:..., op.cit., 453.

En esta misma línea el *Liber extra* prohibió el acceso los hijos de los presbíteros y de ilegítimos *ex fornicatione nati* al orden presbiteral y a las órdenes religiosas⁵⁷. Si bien contra esta última prohibición cabía una dispensa del Papa⁵⁸. Hay que añadir que no se consideraban ilegítimos los hijos nacidos de matrimonio clandestino por lo tanto con carencia de forma canónica legítima pero probados ante la Iglesia de cualquier manera válida para el derecho canónico⁵⁹. Así mismo, se consideraban ilegítimos a los hijos de uniones matrimoniales inmorales e inadmisibles, como era el ejemplo de las uniones incestuosas⁶⁰.

Así es evidente que el derecho del *Liber Extra* seguía manteniendo una unión entre la unión de los padres y la clasificación de los hijos. Sin embargo también se concluye de la aproximación a la legislación de las decretales como la misma pretende ser fiel al principio de inocencia del menor, o de no transferencia de las faltas de los padres a los hijos. En esta línea la legislación canónica procuró en primer lugar la mayor apertura a la investigación de la paternidad y a la legitimación posible⁶¹. No contendrá la distinción entre parentesco *agnaticio* ni *cognaticio* propio del derecho romano, considerando solo el parentesco de

⁵⁷ X.1.17.1: “Ut filii presbyterorum et ceteri ex fornicatione nati ad sacros ordines non promoveantur, nisi aut monachi fiant, vel in congregatione canonica regulariter viventes. Praelationem vero nullatenus habeant. Sed neque servi, nisi a dominis suis libertate donentur”.

⁵⁸ X.1.17.9: “Si is, cui concessum est a Papa, ut possit dispensare cum filiis sacerdotum circa ecclesias paternas immediate tenendas cum aliquo dispensat, ille per literas iustitiae postea contra eum impetratas removeri non poterit”.

⁵⁹ X.4.17.9: “Filii, nati ex matrimonio clandestino per ecclesiam approbato, sunt legitimi. H. d. inhaerendo literae”.

⁶⁰ X.4.17.10.3: “Nati ex matrimonio, contracto contra publicae honestatis iustitiam, illegitimi sunt, et ab hereditate parentum excludendi. Et tene menti hunc casum, quia saepe per ignorantiam accidit...Fraternitati tuae taliter respondemus, quod, publicae honestatis iustitia prohibente, matrimonium inter eos contrahi non potuit, et contractum debuit separari, ac per hoc, quum filii nec per ecclesiae permissionem, nec per paternam ignorantiam excusentur, ad successionem bonorum paternorum non videntur aliquatenus admittendi”.

⁶¹ L. Diez – Picazo, “La filiación en el derecho civil de cataluña” in: *ADC* 1962 (https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho [3-10-2016]): “El principio de una libre investigación y prueba de la paternidad natural y de la ilegítima plasma sobre todo e las Decretales de Gregorio IX, libro IV, Título 17 (qui filii sunt legitimi) cap 3º: ‘consultationi tuae repondemus quod in tali casu standum est verbo viri et mulieris que negant aliquem filium, nisi certis indiciis et testibus tibi constiterit esse filium juvenem memorantum’”.

sangre o adoptivo. Por último tenderá a defender el derecho de alimentos reconociéndolo de una manera menos restrictiva.

5.- El renacimiento romanista y el Derecho común.

La escuela de Bolonia llevó tras el descubrimiento del *Corpus Iuris Civilis* a la restauración del derecho romano también en materia de filiación. En esta materia, una de las mayores aportaciones la hizo Azzone⁶². Este autor señaló que la distinción entre hijos naturales e hijos legítimos era de derecho civil y no de derecho natural, pues de acuerdo con el derecho natural todos los hombres nacemos iguales y libres. Esto supuso un espectacular avance en la ciencia jurídica, pues por una parte suponía una distinción y separación de lo que es el derecho civil del derecho natural; y por otra destacaba lo contrario al derecho natural que era esta dependencia de la filiación de la unión de sus progenitores. Azzone llega a comparar la condición de ilegitimidad con la de la esclavitud, afirmando que de la misma manera que el derecho recurría a la manumisión como un remedio a la esclavitud, se recurría a la legitimación también como remedio a la infeliz clasificación de hijo ilegítimo.

También resulta sumamente interesante la distinción entre derecho civil y canónico en materia de filiación hecha por El Ostiense⁶³. Este glosador afirmaba, que si bien en derecho civil no existía obligación de prestar alimentos por parte del padre a los hijos incestuosos, si que existía tal obligación en el derecho canónico. Sin embargo, no existió la misma sensibilidad por los espúreos ya que las autoridades civiles y eclesiásticas, tendieron a considerar las uniones ilícitas como un problema social a erradicar y en la consecución de este fin no dudaron en restringir los derechos de los hijos de tales uniones.

⁶² Azzone, *Summa, Papiae*, 1506 (rist 1966), 5, 26.

⁶³ l'Ostiense, *Summa Aurea*, 1574, *Qui filii sint legitimi*, n.1.

La tendencia general⁶⁴ fue reconocer el derecho de los hijos ilegítimos a ser alimentados por sus padres, incluso a hacer efectivo este derecho a través de disposiciones mortis causa como el legado y análoga. A las hijas, este derecho de alimentos venía sustituido por el derecho a la dote, realizable por disposiciones mortis causa. En este sentido, Bártolo⁶⁵ precisa que para tal fin se podían utilizar además del legado otras instituciones como la fiducia, o el legado modal.

Encontramos en esta época glosas⁶⁶ que afirman la legitimidad del hijo habido en matrimonio putativo, salvo que alguno de los dos cónyuges conociera del impedimento en el momento de contraer matrimonio. Además fueron también temas muy importantes en esta época la prueba de la filiación y la obligación de satisfacer alimentos pendientes de causa interpuesta por los hijos frente al padre para ser reconocidos como legítimos. En cuanto a la prueba de la filiación, la paternidad es reconocida por la doctrina como de casi imposible demostración salvo por presunciones legales. En este sentido se acogen las presunciones legales del derecho romano basadas en los plazos máximos y mínimos de gestación determinados por Hipócrates. Sin embargo se refuerza la eficacia de estos plazos que, en el Derecho común, si bien nominalmente siguen suponiendo una presunción iuris tantum, solo se admitirá como prueba en contra, que el marido demuestre que estaba enfermo o ausente en el momento de la concepción. López Alarcón, compara el sistema de prueba del derecho civil con el del Liber Extra, afirmando: “La investigación de la paternidad no tenía trabas por causa de la preocupación del Derecho Canónico, entre otras, de asegurar alimentos al hijo. Se admitieron todos los medios probatorios, incluso testigos e indicios”⁶⁷.

⁶⁴ Ibidem, n.1.

⁶⁵ Ad Auth. "ex complexu", C. de incestis nuptiis; ad l. si gener, n. 2, ft. de his quibus ut indignis.

⁶⁶ Cino, Glosa “de Incestis et Inutilibus Nuptiis”, 13. Tomado de C. Pecorella, “Filiazione”, in: ..., op. cit, 455.

⁶⁷ Cfr. M. López Alarcón, “La filiación en el derecho canónico. Su correspondencia en el derecho civil”, in: *Pretor*, 1977, p.334 .

Otra presunción que tenía cierta relevancia en el ámbito de la prueba aunque bastante menor es la *quasi possessio filiationis*⁶⁸ consistente en constatar si quien afirmaba ser el padre tenía una actuación pública y social como tal, según criterios como la opinión de la vecindad, el tractatus, el haber mantenido y educado al hijo, etc... Esta *quasi possessio filiationis*, de la que hemos hablado, sirvió para que se reconociera el derecho de reclamar los alimentos de los hijos ilegítimos aunque la causa estuviese pendiente tras la muerte del causante. De esta manera se protegía el derecho del hijo a los alimentos frente a los herederos y las posibles maniobras distractorias. La presunción *Quasi possessio filiationis* quedó en desuso como consecuencia del Concilio de Trento y la obligación que impuso de llevar a cabo la inscripción en el libro de almas de la filiación.

6.- La filiación en la legislación de la edad moderna

6.1.- La legislación canónica tridentina y postridentina

El Concilio de Trento vino marcado por un ánimo de terminar con una proliferación de uniones extramatrimoniales consideradas como ilícitas que se dieron especialmente en las clases altas durante la Edad Media. Con este fin aumentaron las incapacidades jurídicas de los hijos de uniones ilegítimas. Lo antedicho se pone de manifiesto tanto en la bula de Sixto V *Cum de Omnibus* de 26 de noviembre de 1587 como, sobre todo, en la Bula *Ad romanum spectat* de 20 de octubre de 1588, que contempló la incapacidad de los ilegítimamente procreados *ex incestu aut sacrilegio* a cualquier autoridad, imperial o regia, de acceder a las órdenes. Tan solo consentía que accedieran a las órdenes a los hijos espúreos previa deliberación del capítulo general de la congregación en la cual aspiraban a entrar. En el caso de los legitimados solo podían acceder a las

⁶⁸ C. Pecorella, "Filiazione...", op.cit., 455 a 456: "Cfr. per esempio Bartolo, ad 1. senatusconsultum, & Quod senatusconsulto, ft. de liberis agnoscendis, 4 "quod ille quod dicitur pater tenuit et tractavit ut filium...".

órdenes cuando fuera posible el matrimonio de los padres en el periodo de la concepción. Desde el punto de vista doctrinal, cabe destacar a Paleotti⁶⁹, el cual profundizó seriamente en la cuestión de los hijos ilegítimos, reconociendo que existía entre los mismos y el padre un vínculo con dos naturalezas; una ilegítima y otra natural. Así, Paleotti sostuvo que si resulta pecado mortal dejar morir de hambre a un desconocido, con mayor motivo resulta si al que se le desatiende es a un hijo, en base al vínculo natural que le une al padre.

Probablemente el avance más relevante en materia de filiación en el Derecho canónico de la época moderna fue la consolidación de la calificación de los hijos, clasificación que no se alteró sustancialmente hasta el CIC 83. Tal clasificación constituía un sistema propio y diferenciado de los sistemas de los distintos derechos seculares que se fue formando a partir de algunos elementos propios de las clasificaciones que se derivaron de la legislación de las decretales. Se consideraban Hijos legítimos los concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo. Dentro de la filiación ilegítima, los canonistas distinguían entre: - Hijos naturales; Los nacidos de padres que al tiempo de la concepción o del nacimiento podían contraer matrimonio legítimo; e, - Hijos Espúreos o ex domnato coitu; los nacidos de padres que al tiempo de la concepción o del nacimiento no podían contraer legítimo matrimonio. Estos se subdividían, a su vez, en adulterinos, sacrílegos e incestuosos.

6.2.- La legislación de la Nueva y Novísima Recopilación

En general, en materia de filiación, tanto la legislación de Montalvo (1484), como la Nueva Recopilación (1567) como la Novísima Recopilación (1804), sistematizaron las normas de filiación contenidas en las VII partidas y las Leyes de Toro que habían redefinido los criterios de legitimidad⁷⁰. En este sentido la

⁶⁹ De nothis spuriisque filiis, boniae 1560, e tractatus universi iuris, VIII, II, 45-74 (Tomado de C. Pecorella; "Filiazione"; in: "...", op. cit, p. 455).

⁷⁰ R. Moran, *Historia del derecho Privado, Penal y Procesal*, ep. 2. *Filiación natural y filiación artificial*, Madrid 2002, (<http://app.vlex.com.sire.ub.edu/#ES/vid/269286>) [2-9-2016]: "Existe, no obstante, una sensible disparidad entre distintos textos legales que fijaron los requisitos para

novedad legislativa en esta materia fue más bien escasa hasta que se promulgó el Código Civil y se incluyen algunos aspectos inspirados en el derecho napoleónico. Podemos destacar como en la Novísima recopilación se regula de manera explícita la cuestión del derecho internacional privado para los casos en que la madre fuera extranjera⁷¹.

6.3.- Las recopilaciones de les Constitucions i altres Drets de Catalunya

Recopiladas en 1589 tras el intento de 1412 en época de Fernando I. El orden de prelación de las fuentes de Catalunya dispuesto por Martín I en un capítol de cort de 1409 fue confirmado por Felipe III. Sin embargo estableció un orden de prelación del derecho de la siguiente manera: en primer lugar els Usatges i Constitucions; en segundo lugar el Derecho Canónico; en tercer lugar el Derecho Civil Romano; en cuarto y último lugar Doctrina de los doctores tan solo a tenor de las reglas de derecho civil común y parte doctrinal⁷². Este orden de prelación en el que prima como derecho supletorio el derecho canónico permitió conservar el mayor valor que se dio al principio de libre investigación de la paternidad en el derecho Canónico y también en el Romano.

En este sentido Duran i Bas afirmó: “Respecto a la legitimidad, rige en Cataluña el derecho romano; respecto a la ilegitimidad, a la par de éste, el canónico. La legislación catalana, fundada especialmente en este derecho (libro 4, tit 17, de las Decretales: Qui filii sunt legitimi)...”⁷³. Posteriormente ha

la consideración de hijo natural y fue evolucionando su concepto desde el visto en Partidas, Fuero Real (que desvincula la condición de hijo natural del concubinato, para relacionarlo con la aceptación del padre) y las Leyes de Toro (ley 11), en cuyo texto se exigen tres requisitos: que al tiempo de nacer el hijo o al ser concebido los padres pudieran casarse justamente; que pudieran hacerlo sin dispensa y que fuesen reconocidos por el padre. Esta ley se recogió en la Recopilación de 1567 (5.8.9) y en la Nov. Recop., 10.5.1. estando vigente hasta el Código civil de 1889 ”.

⁷¹ Novísima Recopilación: “LEY VIII. (D. Carlos III. por Real resol. á cons. de la Camara de 19 de Junio de 1771) Calidades para reputarse por naturales de estos Reynos los hijos de padre español y madre extranjera, nacidos en dominios extraños”.

⁷² R. Perez-Bustamante *Historia...*, op. cit., p. 169.

⁷³ Durán i Bas, *Memoria a cerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona 1883, p. 41.

afirmado Rivero: "Es bien conocido que el Derecho Catalán autóctono,...carece de normas propias referentes a la filiación y la paternidad, o sea, a la determinación o impugnación de esa relación jurídica, y que esta materia ha venido siendo regulada desde siempre por el Derecho Romano y el Canónico, más concretamente, la filiación legítima por el primero ante la pobreza de normas del segundo en ese tema, y la extramatrimonial por ambos, pero fundamentalmente por el Canónico por ser el Romano supletorio en segundo grado"⁷⁴.

7.- En la legislación Civil hasta la actualidad.

7.1.- Legislación del Código Civil español hasta la reforma del 81

Con la entrada en vigor del Código Civil en 1898 se iniciaba una nueva etapa en la legislación respecto de la filiación en nuestro país. A este respecto afirma Serna Meroño que: "La regulación establecida por el código no estuvo a la altura de la tradición jurídica española, por seguir la severidad mantenida en el código francés o en el italiano, en lugar de adaptar los criterios de nuestro derecho histórico que concedió mayores beneficios a los hijos ilegítimos"⁷⁵. En cambio, cuando se refiere a la posible influencia del Derecho canónico en la redacción del Código considera que: "En relación a la filiación ilegítima se buscó una solución intermedia fruto de la influencia del derecho canónico en los redactores del código. Por un lado se consideraba a los hijos inocentes de las acciones realizadas por sus padres, reconociéndoles ciertos derechos y, por otro se protegía al matrimonio como única unión lícita en cuyo seno debía darse la procreación"⁷⁶.

⁷⁴ F. Rivero, "La filiación en el Derecho Civil especial...", op. cit., p. 223.

⁷⁵ Cfr. E. Serna Meroño, *La Reforma de la Filiación*, Madrid 1985, pp. 36 y 37.

⁷⁶ Cfr. *Ibidem.*, pp. 36 -7.

Efectivamente, la legislación del Código Civil en materia de filiación resultó más restrictiva que la anterior tanto en la consideración de la legitimidad como en la posibilidad del ejercicio de la libre investigación de la paternidad. Así, en sus orígenes, el Código consideró ilegítimos a todos los hijos nacidos fuera del matrimonio distinguiendo, a su vez, dentro de esta categoría entre la filiación ilegítima natural y la filiación ilegítima no natural, concepto que engloba a los que no podían tener la de natural. En este sentido, el art. 119.2 del Código establecía que "son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieran casarse sin dispensa o con ella". Por un lado, el Código restringía los tiempos establecidos en la legislación anterior, ya que en las leyes se tenía en cuenta tanto el momento de la concepción como el del nacimiento. Al mismo tiempo ampliaba el alcance de la categoría de hijo natural a los llamados hijos incestuosos. En cuanto a la legitimación, la norma principal que estableció el código para legitimar a los hijos fue el subsiguiente matrimonio de los partes. Ahora bien, cuando el matrimonio fuera imposible por haber muerto uno de los progenitores, ser desconocido, o porque hubiera adquirido con posterioridad a la concepción del hijo un estado que le impidiera contraer matrimonio, se podría utilizar una forma subsidiaria conocida con el nombre de legitimación por concesión real⁷⁷.

En materia de investigación de la paternidad se aplicaron en el Código Civil fuertes restricciones, especialmente en materia probatoria. El ejemplo más claro lo encontramos en el artículo 108 del mismo donde tan solo se admitía como prueba en contrario de la paternidad la "imposibilidad física del marido para tener acceso a la mujer". El fin de esta restricción era una seguridad jurídica interpretada como una defensa del convencionalismo social y la tranquilidad familiar⁷⁸. Así, el Código Civil de influencia napoleónica, en esta materia, resultaba bastante más restrictivo que el mismo Derecho canónico que no limitaba la prueba. Por todo ello, estamos de acuerdo con Peña Bernaldo cuando califica la legislación del Código como: "un buen exponente de esta

⁷⁷ Ibidem., pp. 46-52 y 65.

⁷⁸ M. Peña-Bernaldo de Quirós, Derecho Civil: Estudios, Comentarios y Notas, nº III, Madrid, 2009, pp. 1900 a 1901.

posición tradicional tanto en cuanto a las discriminaciones como en cuanto a las restricciones a la investigación de la paternidad⁷⁹.

A lo largo del último siglo se han dado distintos factores que influyeron de forma sustancial en materia de filiación en el ordenamiento español: 1) La Constitución de 1931⁸⁰; 2) La ley de registro civil de 8 de junio de 1957 y su interpretación por la Dirección General de los registros y el notariado; 3) La tradición de derechos territoriales como el catalán que tenía como derechos supletorios el derecho romano y canónico y resultaba más favorable a la libre investigación de la paternidad⁸¹; 4) La conciencia de la doctrina que de forma atenuada o completa requería una reforma en materia de filiación, especialmente en lo concerniente a la equiparación entre las posiciones jurídicas

⁷⁹ Cfr. *Ibidem*.

⁸⁰ Art. 43. Constit.1931: "La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa. - Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. - Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. - Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. - No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna. -El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la "Declaración de Ginebra" o tabla de los derechos del niño". La incidencia de la constitución del 31 la califica Polo Arévalo de la siguiente manera: "La primera inflexión en materia de filiación se produce con la Constitución de 1931 del a Segunda República, que consagraba en su artículo 43 la equiparación de los hijos nacidos fuera de matrimonio a los que nacían dentro de él respecto a sus padres, prohibiendo que en el Registro Civil constara alusión alguna a la legitimidad o ilegitimidad del hijo ni al estado civil de los padres. Sin embargo, la declaración constitucional se entendió tan sólo con un valor programático que no tuvo alcance material al no haber sido desarrollada por legislación ordinaria" (E.M. Polo Arévalo, *Igualdad y Filiación, estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*, Gicur Menor (Navarra), 2011).

⁸¹ M. Peña-Bernaldo de Quirós, "*Derecho Civil:...*", op.cit., pp. 1903. El historiador H. Raguer trata este tema a propósito del estudio de un caso que resulta de sumo interés en esta materia: "La sentencia del Tribunal de Casación, dictada el 13 de julio de 1937, dio satisfacción a la demanda alegando que las Decretales de Gregorio IX "aplicables en Cataluña con preferencia al código Civil, como parte integrante del derecho canónico, regían la investigación y disponen que no sólo se puede hacer la investigación de paternidad, sino que la palabra del padre de la madre negando que el hijo sea suyo no merece crédito, si se prueba que lo es, aunque sólo sea por indicios" (http://elpais.com/diario/2011/06/23/catalunya/1308791243_850215.html [3-10-2016]).

de hijos legítimos y naturales⁸². Reformas en este sentido más o menos radicales se produjeron en los países cercanos; en Alemania el 1969, Francia 1972, Italia 1975, Portugal 1977. Reformas que pretendieron responder al espíritu del artículo 2 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en la que se afirmaba que todos los niños nacidos dentro o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social (arts 2º y 25). También en el ámbito internacional hay que destacar la gran relevancia que tuvo la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de junio de 1979 por la que se condenaba al Estado Belga e interpretando el principio de *mater semper certa est etiam si vulgo conceperit* como suficiente para la determinación de la filiación materna⁸³.

Pero, sobre todo, el factor interno desencadenante fue la promulgación de la Constitución de 1978, que supuso necesariamente una reforma en profundidad en materia de filiación tanto del Código como de toda la legislación civil en su conjunto. Sin embargo esta reforma y lo que supuso la misma Constitución en la materia lo estudiaremos en profundidad más adelante, haciendo un estudio específico de cómo ha ido afectando y modificando nuestra legislación la aplicación y desarrollo de los principios constitucionales.

7.2.- Derecho civil catalán de filiación hasta el Codi Civil de Catalunya

A) DERECHO CATALÁN HASTA LA COMPILACIÓN DE 1960

En reiterada jurisprudencia el Tribunal Supremo fue reconociendo la vigencia de las normas especiales del Derecho civil catalán tras la promulgación del Código civil español. Así mismo, en esta jurisprudencia se reconocía la supletoriedad del Derecho canónico y romano, que era preferente a la

⁸² M. Peña-Bernaldo de Quirós, *Derecho Civil: ...*, op.cit., p. 1903.

⁸³ Ibidem.: “tener derecho al respeto de la vida familiar, sin discriminaciones, significa que también respecto de ella filiación natural debe regir el principio “*mater semper certa est*” como rige respecto de la legítima, y por tanto, no puede exigirse para establecer la filiación, un acto de reconocimiento materno (Cfr. nº 38 y SS)”.

aplicación supletoria del Código Civil español. Fruto de esta supletoriedad se daba el reconocimiento del derecho a investigar la paternidad tanto al hijo natural o ilegítimo de cualquier clase, y se admitía cualquier medio de prueba para la misma. En este sentido Diez Picazo recoge las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 18 de junio de 1896, STS 26 de marzo de 1904, STS 6 de abril de 1905, STS 5 de julio de 1944⁸⁴.

De especial importancia resulta esta última sentencia dada en la época de la segunda república por la claridad y minuciosidad con la que expone esta cuestión: “1º.- La Sala sentenciadora, estimando aplicable en investigación de la paternidad el artículo 43 de la Constitución de la República, dio entrada en el pleito, como fundamento del fallo, y en consideración a que la legislación foral catalana no ofrece normas reguladoras del problema discutido, al artículo 140 CC. que a este respecto sólo admite limitados medios de prueba de valoración privilegiada, alzándose frente a esta posición el recurso en el que se mantiene la tesis de que el Derecho Canónico y el Romano son de rango legal preferente al CC. en régimen foral catalán de absoluta libertad en punto a investigación de la paternidad...4º Dados estos principios fundamentales del Derecho Canónico, no es de extrañar que adoptarse el criterio generoso amparo de los hijos ilegítimos en punto a investigación de su paternidad, independientemente del derecho que pueda surgir de la filiación, en particular si los ilegítimos concurren con los habidos en matrimonio, y así las Decretales de Gregorio IX, al enfrentarse con el problema de probanzas utilizables para obtener el reconocimiento forzoso de paternidad, no sólo no impusieron restricción alguna al principio general de libertad de pruebas en las controversias judiciales, sino que expresamente las admitieron todas, incluso la de testigos y la de indicios, a las que concedieron singular relevancia en la materia de investigación de la paternidad,...A la misma conclusión de libertad de medios probatorios se llega consultando las Leyes ...de la Novela 74,...”⁸⁵.

⁸⁴ L. Diez – Picazo, “La filiación en el derecho...”, op. cit., p. 84.

⁸⁵ Ibidem., pp. 84-5.

En este mismo sentido la mencionada sentencia hace una comparación del Derecho catalán con el histórico en Castilla y con la regulación del Código Civil. Así desde la influencia del ordenamiento Canónico y la fidelidad al Derecho Romano frente a otras influencias, la última la del Código Napoleónico, explica una mayor sensibilidad al principio de libre investigación de la paternidad y de veracidad biológica: “y este mismo criterio de libertad de probanzas en investigación de paternidad es también el que imperó en la tradicional legislación castellana hasta que en ella se dejó sentir la tendencia restrictiva del código de Napoleón...6º Corolario de lo expuesto es la afirmación de que el Derecho Canónico y el Romano regulan en Cataluña el problema de admisibilidad de medios probatorios en pleitos sobre filiación extramatrimonial con más amplitud que los artículos 140 y 141 del C. c.”⁸⁶.

En el mismo sentido de lo antedicho afirmaron Brocà y Amell⁸⁷ que en el derecho catalán la prueba de la filiación natural se efectúa por los medios comunes sin que se deba de exigir el reconocimiento expreso o tácito como en el Derecho castellano con arreglo a la Ley de Toro. En esta misma dirección Borrell y Soler⁸⁸ afirmaron como en Derecho Catalán, a diferencia del derecho castellano, era posible la investigación de la paternidad ilegítima, y no solo de la natural. A este respecto señalan la causa de esta mayor amplitud en la concepción de la libre investigación de la paternidad por el derecho catalán en su fundamento en el Derecho Canónico.

B) EL DERECHO DE FILIACIÓN EN LA COMPILACIÓN DE 1960

Con la reforma de la compilación de Cataluña de 21 de julio de 1960 se suprimieron del texto definitivo determinadas cuestiones respecto de la filiación que sí estaban en el proyecto como fueron: las referencias a las presunciones de premoriencia, y los efectos de la legitimación de los hijos. Sin

⁸⁶ Ibidem., p. 85.

⁸⁷ G. M. Brocà Montagut - J. Amell Llopis, *Instituciones de Derecho Civil catalán vigente*, 2ª ed., tomo 1º, Barcelona 1886, p. 150 ss.

⁸⁸ A. Borrell i Soler, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, 2ª edic., tomo 4ª, Barcelona 1944, pp. 82 ss.

embargo, en los artículos 4 y 5 de la compilación relativos a la reclamación de la filiación natural se reguló aspectos específicos de la reclamación e impugnación de la filiación natural⁸⁹. En esta compilación el Código Civil español pasó a ser derecho supletorio directamente⁹⁰. No obstante no podemos dejar de reconocer como en los artículos 4 y 5 se recogía la influencia que el Derecho Canónico y Romano habían tenido en la tradición jurídica catalana⁹¹. Así como principales diferencias respecto del Código Civil español de la época encontramos la posibilidad de reclamar la paternidad por parte de los hijos ilegítimos no naturales contenida en el artículo 4 de la Compilación⁹². Esta acción la podía ejercitar el hijo durante toda la vida. Así mismo el artículo 5 preveía la posibilidad de impugnar el reconocimiento irregular o defectuoso es decir aquel en que el reconocido no es verdadero hijo biológico del que reconoce⁹³.

La regulación de esta compilación fue considerada en su momento como una legislación más acorde con los principios hacia los que debía ir evolucionando el derecho de filiación. A este respecto manifestó Diez-Picazo: “Los preceptos especiales de la filiación natural y de la legítima no natural revisten un gran interés y una gran trascendencia, no sólo por su discrepancia frente a la legislación común, sino, sobre todo, por el valor general que sus soluciones pueden poseer, que haría aconsejable su extensión a todo el ordenamiento nacional”⁹⁴. Esta consideración se dio justamente por el mayor reconocimiento del principio de libre investigación de la paternidad y del principio de veracidad biológica.

⁸⁹ Ibidem, pp. 81 y 82.

⁹⁰ *Ley de Compilación de Derecho Civil Especial de Catalunya*, Disposición final 2ª (BOE n. 175, 22 de julio 1960).

⁹¹ J. Pinto, “sub arts. 4 y 5”, in: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXVII, Vol. 1, de la compilación de Cataluña, Direc. M. Albaladejo, Madrid 1981, p. 208-9: “Pero los principios en el Derecho catalán, como hemos visto, son muy distintos (respeto esencial a la verdad biológica y libre investigación de la misma) y ello ha de informar –incluso por encima de la literalidad misma del precepto del artículo 4º de la compilación...Así, el capítulo III, título 17, libro IV, de las Decretales de Gregorio IX que es el texto tradicionalmente invocado...Los precedentes romanos que, a su vez, se invocan tradicionalmente...” .

⁹² *Ley de Compilación de Derecho Civil Especial de Catalunya*, Art. 4 (BOE n. 175, 22 de julio 1960).

⁹³ *Ley de Compilación de Derecho Civil Especial de Catalunya*, Art. 5 (BOE n. 175, 22 de julio 1960).

⁹⁴ Cfr. L. Diez – Picazo, “La filiación en el derecho...”, op. cit., p. 82.

Así mismo se ha reconocido su fidelidad a la tradición del derecho catalán de filiación⁹⁵. A este respecto afirma Rivero: “La concepción de la filiación que preside esos precedentes históricos, su mentalidad y filosofía jurídica latente en ellos, que en realidad han estado vigentes con más o menos amplitud (en mi opinión, con más: en toda su amplitud) hasta la víspera de la entrada en vigor de la Compilación, en 1960, ha pasado sin recorte ni modificación alguna a la Compilación, la cual no ha pretendido crear Derecho nuevo ni dar un giro más o menos señalado respecto del entonces vigente,...En consecuencia aquel principio general (preocupación por la verdad real, búsqueda de la paternidad biológica, coincidencia en cuanto sea posible y alcanzable por medios probatorios de la relación jurídica con la biológica de paternidad y filiación) presente en el Derecho Romano y Canónico, e ineludible de sus concretos preceptos, ha pasado al hoy vigente Derecho Civil Especial de Cataluña con el mismo carácter de principio superior e informante de ese ordenamiento, es decir, como principio general del Derecho, con toda su importancia y consecuencias, ya conocidas”⁹⁶. Por otra parte se observa como dejó lagunas jurídicas importantes como eran la materia de la determinación extrajudicial de la filiación, las acciones relativas a la filiación matrimonial y sólo se encargó de algunos efectos de la filiación⁹⁷.

Por lo que respecta a la reforma de 1984 en materia de filiación se elimina del artículo 4 de la compilación la expresión de “los nacidos fuera del matrimonio”. Así la acción de reclamación de la paternidad se extendió tanto a la filiación matrimonial como a la no matrimonial. Por lo que respecta al artículo 5 de la compilación se modificó en el sentido de restringir la impugnación de la filiación matrimonial a los padres y al hijo. En el caso de la

⁹⁵ R. Verdera, “la filiació en el Dret Català: De la Compilació al Codi Civil”, in: *RJC*, n. 4, 2010, p. 108: “No es pot menysprear la importància d’aquests preceptes. Encara que només fossin dos els que s’ocupaven de la qüestió de la filiació, el sentit del textos recollits en la Compilació tenia un abast entroncat amb la tradició jurídica i radicalment diferent del que prevalia al Codi Civil”. En este mismo sentido. de manera más desarrollada: E. Roca, *El dret civil català en la jurisprudència*, vol IV, anys 1934-37, Publicaciones de Càtedra de Dret Civil Català “Duran i Bas”, 1977, pp. 75-82.

⁹⁶ F. Rivero, “La filiación en el Derecho Civil especial...”, op. cit., pp. 226 y 227.

⁹⁷ R. Verdera, “la filiació en el Dret Català...”, op. cit., p. 108.

no matrimonial siguió teniendo legitimación activa para impugnarla cualquier persona que pudiera demostrar interés legítimo⁹⁸.

C) LA LEY DE FILIACIÓN DE 1991

Si bien la reforma del 84 había supuesto una ampliación de la legislación catalana de filiación fue la Ley de filiación 7/1991 de 27 de Abril el primer intento íntegro de una regulación sistemática y completa en materia de derecho de filiación⁹⁹. Tres son los principios desde los cuales la Ley de filiación abordó la realización de un cuerpo legislativo en materia de filiación con vocación de completud: El de libre investigación de la paternidad¹⁰⁰, entendido de una manera amplia¹⁰¹; el principio de *favor filii*; y el de veracidad biológica¹⁰². Una expresión de la importancia que dio la Ley de filiación al principio de veracidad biológica fue la inclusión de la llamada *exceptio plurium concubentium* en su artículo 16¹⁰³.

⁹⁸ R. Verdera, “la filiació en el Dret Català...”, op. cit., p. 109

⁹⁹ Ibidem., p. 110: “Com es manifesta en la Llei de filiacions, aquesta matèria ‘mereix i exigeix un desenvolupament legislatiu que li doni dins l’ordenament jurídic català una regulació autònoma i autosuficient que avui no té’. I des d’aquesta perspectiva un element crucial radicava en la dependència de la regulació de la filiació en el Codi civil, que ocasionava greus problemes d’integració”.

¹⁰⁰ Ibidem., p. 111: “El manteniment del principi de la lliure investigació de la paternitat i maternitat i com a principi general i informador. Aquesta investigació es referia a l’admissió de tota mena de proves es concretava en “L’anomenat principi de veracitat o d’adequació de la paternitat i de la maternitat jurídic - formal a la biològica, en la mesura que sigui possible”.

¹⁰¹ STSJ de Catalunya de 6 de Julio de 1992: “en materia de investigación de la relación paterno-filial o materno-filial el principio que debe prevalecer es el de veracidad material en su vertiente de verdad biológica, procurando hacer coincidir la filiación jurídica con la real, si bien el legislador puede introducir alguna atemperación por atendibles razones de seguridad jurídica y paz familiar. Una vez determinada la generación, cuestión eminentemente fáctica, entra en juego el segundo gran principio regulador de la materia: el del *favor filii* los Tribunales deben impedir que la constatación del hecho biológico produzca al hijo más inconvenientes que los inevitables que en ocasiones puede acarrear la mera declaración de paternidad y maternidad” (tomada de R. Verdera, “la filiació en el Dret Català...”, op. cit., p. 111).

¹⁰² R. Verdera, “la filiació en el Dret Català...”, op. cit., p. 113: “Encara que en el pla extrajudicial ja es posi de manifest la rellevància del principi de veritat biològica al dret català, aquest principi adquireix més presència en la regulació de les accions de filiació”.

¹⁰³ La *exceptio plurium concubentium* ha sido ampliamente estudiada en: M^a.C. Quesada, *promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Madrid, 1993.

Por otra parte no solo regula la filiación biológica, sino también la derivada de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo esta ley no se ocupa de la filiación adoptiva. Así mismo, la ley prescindió de dar una definición de los conceptos de la filiación en matrimonial y extramatrimonial. Tampoco hizo referencia a la incidencia de la relación estable a la hora de determinar la filiación, a este respecto no podemos olvidar que todavía no había aparecido la ley de uniones estables de pareja. Sin embargo, sí estableció una presunción de paternidad no matrimonial en el artículo 5.1 de la Ley de Filiación¹⁰⁴. Un ejemplo importante de la minuciosidad con que proveyó las acciones de filiación la Ley de Filiación fue la regulación de la posibilidad de la impugnación de la paternidad por parte de la madre en el artículo 12 de la Ley de Filiación. Esta posibilidad de impugnación se daba en caso de la suspensión de la vida conyugal o separación, divorcio y nulidad matrimonial. También se ocupó la ley de los efectos de la filiación¹⁰⁵.

D) LA FILIACIÓN EN EL CODI DE FAMILIA

La continuidad entre la ley de filiaciones del 91 y el código de familia de 1998 resulta evidente¹⁰⁶. No obstante entendemos que cabe destacar algunas de las reformas que conllevó y que parecen instrumentos eficaces en mor de los

¹⁰⁴ Art. 5.1 de la Ley de filiación 7/1991 de 27 de Abril (<https://www.boe.es> [5-10-2016]): “Se presumirá que es padre del hijo no matrimonial el hombre que ha mantenido relaciones sexuales con la madre en el período legal de concepción, entendido dicho período como los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento del hijo. En el caso de que pruebas biológicas concluyentes demuestren que una gestación ha durado más de trescientos días, el período legal comprenderá los primeros ciento veinte días del tiempo real de gestación”.

¹⁰⁵ R. Verdera, “la filiació en el Dret Català...” op. cit., pp. 102-4.

¹⁰⁶ Ll. Puig i Ferriol, “La filiació”, in: *Institucions del dret Civil de Catalunya, Vol II Dret de la persona i dret de família*, Ll. Puig i Ferriol – E. Roca i Trías, Valencia 2005, p. 56: “Creiem que, a la normativa actual sobre filiació en el nostre dret, s’hi aplica també allò que va establir la STSJC de 19 de Juny de 1997, en relació amb la Llei catalana de filiacions anterior, és a dir, que la normativa actual ha de ser interpretada, i si escau integrada, per les lleis, els costums, la jurisprudència i la doctrina que constitueixen la tradició jurídica catalana, d’acord amb els principis generals que informen l’ordenament jurídic de Catalunya (vegeu també art. II CDC, les conclusions de la segona ponència de II Congrés Jurídic català de l’any 1971 i les STSJC de 16 de desembre de 1997, 31 de gener de 2000, 10 de maig de 2001 i 13 de febrer de 2003). Sobre la determinació de l’abast del principi de lliure investigació de la paternitat, segons la tradició jurídica catalana, vegeu l’STSJC de 14 de juliol de 2003”.

principios de veracidad biológica y libre investigación de la paternidad. Pero también que suponen el perfeccionamiento de un sistema de filiación para hacerlo más completo y solvente por sí mismo.

En este sentido que acabamos de señalar destacamos como los artículos 89 a 91 determinaron los plazos de filiación matrimonial, dejando de sobreentenderlos. Además, añaden en el artículo 90 para el caso de que el hijo naciera en los 300 días posteriores a la separación y hay un nuevo matrimonio prima la presunción matrimonial del nuevo matrimonio con las atenuaciones propias de los 180 primeros días. También destacamos de este código como el artículo 94.1 estableció la presunción de paternidad para el caso de convivencia en el periodo legal de concepción. Así mismo se empezó a distinguir terminológicamente entre la filiación que se “atribuye” y la que se “establece”¹⁰⁷. Como conclusión de lo que supuso el Codi de familia en materia de filiación nos sumamos a las consideraciones de Verdera cuando afirma que el Codi de familia clarificó cuestiones pendientes en la ley de filiación del 81 e hizo el sistema de filiación del Derecho catalán más completo¹⁰⁸.

¹⁰⁷ F. Rivero, “Sub Art. 87”, in: *Comentaris al Codi Civil de Família, A la Llei D’Unions Estables de Parella i a la Llei de situacions convivencials d’Ajuda Mútua*, Direcs. Joan Egea - Josep Ferrer i Riba, p. 420: “Es nova (no apareixia a la LF 1991) aquesta norma...La qüestió que aborda aquest num.2 es refereix a la distinció que fa alguna doctrina (referida a l’art. 113 CC) entre atribució i determinació de la filiació, que per a alguns es pot relacionar amb la causa de la relació jurídica (que seria sempre la relació biològica, la procreació), i amb els mitjans formals de constatació jurídica, respectivament”. Aunque Rivero posteriormente se mantiene reticente a esta interpretación.

¹⁰⁸ R. Verdera, “la filiació en el Dret Català...”, op. cit., pp. 102-4: “En conjunt, la valoració que mereixen les modificacions introduïdes pel Codi de família respecte a la Llei de filiacions, aporta en general més claredat i permet construir un sistema de filiació més complet i acabat”.

PARTE I.- LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CANÓNICO

Capítulo II.- ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CANÓNICO

1.- Principios doctrinales que fundamentan el Derecho canónico de filiación

1.1.- fundamentos doctrinales generales.

A la hora de aproximarnos a la materia que nos ocupa no podemos olvidar que el Derecho canónico es un ordenamiento confesional; por este motivo necesariamente debe de partir de los presupuestos confesionales y doctrinales que son propios de la comunidad creyente que regula. En este sentido no podemos olvidar también que el mismo Derecho canónico forma parte de las llamadas ciencias eclesíásticas y por lo tanto comparte principios con las mismas que resultan de aplicación en el ámbito jurídico¹⁰⁹. Por estos motivos resulta fundamental para este estudio referirnos a los principios de la doctrina cristiana que fundamentan y en muchos casos resultan de aplicación directa en el Derecho canónico de filiación

A) EL DERECHO DE FILIACIÓN PARTE DE LOS CONCEPTOS CONFESIONALES DE HOMBRE, FAMILIA Y SOCIEDAD

¹⁰⁹ G. Ghirlanda, *Introducción al Derecho Eclesial*, Estella 1995, pp. 99-100.

La Iglesia entiende que la cuestión de la filiación es una cuestión social y humana que no se puede deslindar de la dimensión creyente y religiosa¹¹⁰. La consecuencia de este planteamiento respecto de la filiación es evidente. La Iglesia en su ordenamiento jurídico, debe de partir de sus propios presupuestos antropológicos y doctrinales. De esta manera, no puede hacer dejación desde regular la materia de filiación. Por otra parte, tal regulación se tendrá que ajustar a sus propios criterios y visiones del hombre, de la familia y de la sociedad. Así las diferencias en esta materia entre el ordenamiento canónico y civil no solo vendrán explicadas por la distinta naturaleza y principios de ambos ordenamientos. También vienen explicadas por los principios confesionales que implican la visión antropológica, familiar y social y que afectan plenamente a la materia de filiación¹¹¹.

B) RELACIÓN IMPLICATIVA DE LA GENERACIÓN HUMANA CON LA CONCEPCIÓN CONFESIONAL DE MUNDO Y UNIVERSO

La regulación de la filiación no solo guarda relación para la Iglesia con su concepción antropológica y de familia, también se vincula la comprensión del hecho de la generación a su concepción cosmológica. Esto es importante porque

¹¹⁰ Conc. Vat. II., "Constitución Apostólica *Gaudium et spes*", n. 50, in: *A.A.S.* 58 (1966) 1070-1072: "...En el deber de transmitir la vida humana y educarla que han de considerar como su misión propia, los cónyuges saben que son cooperadores del amor de Dios...". Conc. Vat. II., "Constitución Apostólica *Gaudium et spes*", n. 48, in: *A.A.S.* 58 (1966) 1067-1069: "El auténtico amor conyugal es asumido en el amor divino y se rige y se enriquece por la fuerza redentora de Cristo y la acción salvífica de la Iglesia, para conducir eficazmente a los esposos a Dios y ayudarlos y fortalecerlos en la sublime tarea de padre y de madre". En este sentido también se expresa en las últimas encíclicas el actual Papa, poniendo en relación la filiación con la visión de la Iglesia respecto de la naturaleza y la procreación: Francisco, "Encíclica *Lumen Fidei*", n. 52, in: *A.A.S.* 105 (2013) 555-96: "'La fe, además, ayuda a captar en toda su profundidad y riqueza la generación de los hijos, porque hace reconocer en ella el amor creador que nos da y nos confía el misterio de una nueva persona. En este sentido, Sara llegó a ser madre por la fe, contando con la fidelidad de Dios a sus promesas (cf. *Hb* 11,11)''"; Francisco, "Encíclica *Laudato Si*", in: <http://w2.vatican.va/>.

¹¹¹ En este sentido Flecha describe como desde la fe Cristiana se redimensiona el concepto de familia poniéndolo en relación con la misma: "Jesús de Nazaret no negará la vocación humana a la fecundidad y aludirá con frecuencia a los trabajos de la maternidad (Jn. 16,21), así como a la dignidad de los niños (Mc. 9, 36). Pero Jesús otorga a la fecundidad un nuevo sentido en la disponibilidad a acoger la palabra de Dios...(Lc. 11,28)" (J.R. Flecha, "Problemas éticos de la reproducción humana asistida", in: *XXI Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Salamanca 2002, p. 76).

supone la importancia del hecho de la filiación en la comunidad eclesial desde el punto de vista de su confesionalidad. Así mismo da idea de lo fundamental que resulta para el ordenamiento canónico la fidelidad a su concepción de la filiación, paternidad y maternidad. No es una cuestión que implique solo desde el punto de vista social sino a su propia concepción creacional de la realidad del mundo y del universo¹¹². Desde este punto de vista se entiende la importancia de la coherencia tanto de la normativa canónica como de la práctica jurídico canónica en esta materia de filiación con la doctrina e ideario de la Iglesia al respecto. No sería pues admisible desde el punto de vista canónico una aceptación acrítica de normativa o de medios probatorios que contravengan la concepción de paternidad, maternidad y filiación de la doctrina de la Iglesia. No podemos dejar de tener en cuenta que el ordenamiento canónico es un ordenamiento confesional, y que el marco de encaje con el Derecho del estado es el de la libertad religiosa e ideológica reconocida en el artículo 10 Constitución.

C.- RELACIÓN ENTRE LA CONCEPCIÓN CONFESIONAL DE LAS RELACIONES HUMANAS Y LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA FILIACIÓN

El Derecho canónico, como ordenamiento eclesial, no solo ha de partir de las realidades físicas y su manera de concebirlas, sino que tiene una visión trascendente¹¹³ de la realidad. Con ello estamos constatando que la creencia en un Dios que se relaciona según una manera específica con las realidades del mundo afecta a la concepción y por tanto a la forma de ordenar ética y

¹¹² A modo de ejemplo de esta constatación que hemos realizado sirven las referencias al Libro del Génesis (Gen 1,28 y 2,24) que realiza el Papa Juan Pablo II al tratar esta cuestión en su alocución *Si Aviva Verso* (Juan Pablo II, Alocución "Si Aviva Verso", n. 3, 26 de marzo de 1980; in: *Enchiridion Familiae*, 1980-3-26, Madrid, 1992, pp. 2597-8 y 2601).

¹¹³ Respecto de este término consideramos fundamental aclarar que no lo usamos aquí en el sentido filosófico-kantiano, es decir como algo que resulta independiente de la experiencia porque parte de la misma pero va más allá y la trasciende. Aquí lo estamos usando en un sentido religioso como algo, anterior y que va más allá de la realidad física y sensible; es decir como la fe en un Dios que es creador, sostenedor de la realidad y por lo tanto la constituye y determina.

jurídicamente la realidad, así lo reconoce la Doctrina de la Iglesia¹¹⁴. Dentro de estas relaciones humanas, evidentemente, se encuentran las familiares y concretamente las de filiación, maternidad y paternidad¹¹⁵.

Tenemos que aclarar que, aunque lo que estamos tratando es un concepto que para el Derecho es prejurídico, resulta fundamental para la configuración y aplicación del Derecho canónico. El motivo es que este concepto de relación creadora y de caridad del Dios Cristiano con los hombres hace entender las realidades biológicas, y por tanto también la de paternidad y maternidad biológicas, como realidades llenas de contenido y que constituyen en sí un bien fundamental para el menor y para la sociedad¹¹⁶. Así, la identidad entre verdad biológica y bien del menor resulta una derivación directa de la

¹¹⁴ Conc. Vat. II., "Constitución Apostólica *Gaudium et spes*", n. 50, in: A.A.S. 58 (1966) 1070-1072: "En efecto, Dios, Señor de la vida, ha confiado a los hombres la excelsa misión de conservarla, que deben cumplir de modo digno del hombre". La relación entre Dios y hombre viene descrita en una ingente producción doctrinal desde el principio del cristianismo que Benedicto XVI condensó en la encíclica *Deus Caritas Est*: "Así, pues, el pasaje bíblico concluye con una profecía sobre Adán: « Por eso abandonará el hombre a su padre y a su madre, se unirá a su mujer y serán los dos una sola carne » (Gn 2, 24). En esta profecía hay dos aspectos importantes: el eros está como enraizado en la naturaleza misma del hombre;...en una perspectiva fundada en la creación, el eros orienta al hombre hacia el matrimonio, un vínculo marcado por su carácter único y definitivo; así, y sólo así, se realiza su destino íntimo. A la imagen del Dios monoteísta corresponde el matrimonio monógamo. El matrimonio basado en un amor exclusivo y definitivo se convierte en el icono de la relación de Dios con su pueblo y, viceversa, el modo de amar de Dios se convierte en la medida del amor humano" (Benedictus XVI, "Encíclica *Deus caritas est* ", n. 11: AAS 98 (2006) 227).

¹¹⁵ Benedicto XVI, "Del Discurso *Ho accolto*, en la ceremonia de apertura de la Asamblea Eclesial de la Diócesis de Roma sobre Familia y Comunidad cristiana", 6 junio 2005, n. 15 in: *Enchiridion Familiae*, 2005 06 06 0015: "También en la generación de los hijos el matrimonio refleja su modelo divino, el amor de Dios al hombre. En el hombre y en la mujer, la paternidad y la maternidad, como el cuerpo y como el amor, no se pueden reducir a lo biológico: la vida sólo se da enteramente cuando juntamente con el nacimiento se dan también el amor y el sentido que permiten decir sí a esta vida".

¹¹⁶ Juan Pablo II, "Encíclica *Familiaris Consortio*", n. 28, in: A.A.S. 74 (1982) 114: "Dios, con la creación del hombre y la mujer a su imagen y semejanza, corona y lleva a perfección la obra de sus manos; los llama a una especial participación en su amor y al mismo tiempo en su poder de creador y Padre, mediante su cooperación libre y responsable en la transmisión del don de la vida humana;...". Entendemos que pueden servir para concretar y explicar esta afirmación de la encíclica en este punto que abordamos las mismas palabras de Juan Pablo II cuando afirma: "Assumere nel matrimonio il còmpito della paternità responsabile vuol dire cooperare coscientemente con l'azione del creatore. Vuol dire trattare il mistero della vita con la mássima venerazione. profesare in "opere e veritá" la santitá e l'inviolabilitá della vita umana, di cui diventate in questo sacramento amministratori".

manera de entender la generación, así como las realidades de la filiación, paternidad y maternidad por la doctrina cristiana. De esta manera en el Derecho canónico, a diferencia de otros ordenamientos, no cabe una contraposición entre investigar y atribuir la filiación por naturaleza y el bien del menor.

D) LA PATERNIDAD, MATERNIDAD Y FILIACIÓN COMO MEDIOS DE REALIZACIÓN PERSONAL, SOCIAL Y ECLESIAL

Esta concepción de las relaciones de filiación, paternidad y maternidad como medios para la realización personal de cada uno de ellos, en la comprensión de la Iglesia, se dan de manera intrínseca¹¹⁷. Con ello queremos decir que al considerarlos así lo hace con independencia de el modo como se desarrollen estas relaciones de filiación¹¹⁸. Cuestión distinta es si el ejercicio de la patria potestad requiere la sustitución del mismo por un régimen de tutela, de adopción, o de otros medios que prevean los distintos derechos. Aquí se refiere al mismo hechos de la filiación biológica y la condición de progenitor paterno o materno. Este principio doctrinal resulta otro fundamento sólido de la identificación entre verdad material o biológica e interés del hijo.

E) PRINCIPIO DE INOCENCIA ÉTICA Y JURÍDICA DEL MENOR.

La doctrina de la Iglesia haciéndose eco de su tradición que tiene origen en los mismos evangelios¹¹⁹ afirma la dignidad del menor. Un claro ejemplo de

¹¹⁷ Conc. Vat. II., “Constitución Apostólica Gaudium et Spes” n.n. 48 y 50, A.A.S. 58 (1966) 1067-72; Conc. Vat. II, „Constitución Lumen Gentium”, n. 41 y 47, in: A.A.S. 57 (1965) 45; Juan Pablo II, “Encíclica Familiaris Consortio”, n. 26, in: A.A.S. 74 (1982) 111-113.

¹¹⁸ Benedicto XVI, “De la Carta In occasione, a la XII Sesión Plenaria de la Academia Pontificia de Ciencias Sociales”, 27 abril 2006, in: *Enchiridion Familiae*, 2006 04 27 0003, <http://www.enchiridionfamiliae.com> [7-10-2016], p. 2119: “Traer hijos al mundo requiere que el eros egoísta se realice en un agapé creativo, arraigado en la generosidad y caracterizado por la confianza y la esperanza en el futuro. Por su misma naturaleza, el amor tiende a lo eterno (cf. Deus caritas est, 6)”.

¹¹⁹ Mc 9.36 : “Y tomando un niño le puso en medio de ellos, le estrechó entre sus brazos y dijo: El que reciba a un niño como éste en mi nombre, a mí me recibe: y el que me recibe a mí, no me recibe a mí sino a aquel que me ha enviado”.

lo dicho lo encontramos en la Instrucción *Donum Vitae* cuando nos dice: "Todo ser humano debe de ser acogido siempre como un Don y bendición de Dios". Este principio se desarrolla por el Magisterios en casos específicos como en el supuesto de los hijos concebidos mediante inseminación artificial. Así la misma Instrucción *Donum Vitae* manifiesta que: "Aunque no se pueda aprobar el modo de lograr la concepción humana en la FIVET, todo niño que llega al mundo deberá en todo caso ser acogido como un don viviente de la bondad divina y deberá ser educado con amor"¹²⁰. Con ello el Magisterio evidencia que se trata de un principio fundamental y sin excepciones.

Para ello, la doctrina actual recuerda la dignidad desde el momento de la concepción; por tanto con independencia del nacimiento y de la unión de los padres. En este sentido en la Instrucción *Donum Vitae* se dice de los embriones humanos: "El ser humano ha de ser respetado como persona desde el primer instante de su existencia"¹²¹. Así, se insiste en que el hijo no debe de ser responsabilizado o discriminado por las acciones que pudieran cometer sus padres. Más aún, se le debe exigir al cristiano que, en virtud de la Caridad, debe de acoger con amor y servicio a todo ser humano. En este sentido, se debe entender el contenido de la exhortación a los cristianos a la estima y servicio hacia todos los niños sin distinción ninguna. A este respecto afirma la Encíclica *Familiaris Consortio*: " La acogida, el amor, la estima, el servicio múltiple y unitario - material, afectivo, educativo, espiritual- a cada niño que viene a este mundo, deberá constituir siempre una nota distintiva e irrenunciable de los cristianos,"¹²².

Efectivamente la Iglesia les reconoce igual dignidad a todos los niños, tanto como criaturas de Dios, como fieles incorporados a la Iglesia en el Bautismo¹²³. Este principio de igualdad radical y en dignidad de todo ser

¹²⁰ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Instrucción *Donum Vitae*", n. 59, in: A.A.S. 80 (1988) 87.

¹²¹ *Ibid.*, 77.

¹²² J.P. II, "Encíclica *Familiaris Consortio*", n. 41, in: A.A.S. 74 (1982) 132-134.

¹²³ El Catecismo de la Iglesia Católica en referencia a la expresión "niño" manifiesta: "Nuestra Justificación es obra de la Gracia de Dios. La gracia es favor, auxilio gratuito que Dios nos da

humano desde el momento de la concepción es la base desde la cual se explica el principio jurídico de no discriminación en razón del nacimiento. De esta manera el Derecho canónico aplicando este principio ético y jurídico de inocencia del hijo ha eliminado toda eficacia a la consideración de legitimidad o ilegitimidad. Aún más, el CCEO ha eliminado toda referencia a la clasificación de la filiación en legítima e ilegítima. Resulta llamativo que un principio tan fundamental y enraizado en la doctrina cristiana esté dando frutos de reformas jurídicas tan básicas en épocas tan recientes. Así mismo, no podemos obviar como la praxis jurídica aún debe profundizar en las consecuencias de este principio jurídico. Es más algunas de las propuestas de reactivación o de creación de cauces jurídicos para la tutela del derecho a la libre investigación de la paternidad guardan una relación directa con este principio de dignidad del menor desde el momento de la concepción. Como vemos, las implicaciones jurídicas resultan de una relevancia y trascendencia actual de primer orden.

F.- LA RELACIÓN PROCREACIÓN, FILIACIÓN Y MATRIMONIO EN LA DOCTRINA DE LA IGLESIA

En el Derecho canónico la relación entre matrimonio y filiación no solo afecta al derecho matrimonial, sino que resulta fundamental en el derecho de filiación. Esta relevancia en el derecho de filiación se da en los dos niveles fundamentales en que se desarrolla el mismo, tanto en el probatorio como en orden a las consecuencias jurídicas. En el nivel probatorio, como estudiaremos más adelante¹²⁴, a la hora de ejercer el derecho a la investigación de la paternidad resulta una prueba fundamental, que si bien no tiene valor determinativo, sí tiene mayor valor que la prueba registral. Esta consideración del valor probatorio solo se justifica desde la consideración de que el marco normal de la filiación es el matrimonio. A este respecto hay que aclarar que la consideración de “normalidad” es algo distinto a la generalidad fáctica.

para responder a su llamada: llegar a ser hijos de Dios, hijos adoptivos, partícipes de la naturaleza divina, la de la vida eterna" (CAT.I.C., n. 1996).

¹²⁴ Vid. CAP. III., Ap. 4.2.- Presunción de paternidad y maternidad.

En cuando al nivel de las consecuencias del derecho de filiación resulta fundamental la ordenación natural del matrimonio a la generación y educación de la prole del canon 1055 del CIC 83¹²⁵. En el planteamiento de la Iglesia en este tema subyace una visión personalista de la familia y de las relaciones paterno-filiales. Así, esta visión del matrimonio como el marco normalizado de la filiación es mucho más profunda que la mera comprensión de la paternidad, maternidad y filiación desde aspectos físicos puramente, implicando muchos otros aspectos de la patria potestad. Constatamos, pues, como la doctrina de la Iglesia se ha ido reafirmando y ha ido profundizando en esta concepción de la relación entre matrimonio y filiación¹²⁶.

Entrando ya en la materia que nos ocupa constatamos como la doctrina de la Iglesia establece que el marco natural más adecuado para la procreación y en consecuencia para paternidad, maternidad y filiación es el matrimonio¹²⁷. A este respecto el mismo Concilio Vaticano II en la Constitución *Gaudium et Spes*¹²⁸ plantea la generación y educación de los hijos como un fin esencial del matrimonio. Esto ha producido que el actual canon 1055 del CIC 83 establezca la filiación como uno de los dos fines del matrimonio entre los cuales no existe

¹²⁵ A este respecto referimos el mencionado n. 50 de la Constitución *Gaudium et Spes* cuando manifiesta: "...En el deber de transmitir la vida humana y educarla que han de considerar como su misión propia, los cónyuges saben que son cooperadores del amor de Dios...". (Conc. Vat. II, "Constitución Apostólica *Gaudium et spes*", n. 50, in: *A.A.S.* 58 (1966), in: *AAS* 58 (1966) 731-733).

¹²⁶ A este respecto creo que resulta interesante la conclusión de Flecha: "...Se diría que el énfasis sobre la naturaleza ha ido dejando paso a un mayor subrayado de la dignidad y responsabilidad de la persona. El nacimiento y la generación de los hijos no se ven como meros fenómenos biológicos, sino que se consideran como el inicio de un camino que implica amplias responsabilidades sociales y educativas. El mismo orden de los fines de la sexualidad y los bienes del matrimonio ha sido invertido en los documentos conciliares" (D. Borobio-J.R. Flecha, *Nacimiento de los hijos y familia*, Salamanca 1991, p. 87).

¹²⁷ A este respecto Benedicto XVI recordaba justamente esta idea introductoria de este punto: "Sabemos bien que la familia fundada en el matrimonio constituye el ambiente natural para el nacimiento y la educación de los hijos y, por tanto, para garantizar el futuro de toda la humanidad. Pero sabemos también que está marcada por una profunda crisis y hoy debe afrontar múltiples desafíos" (Benedicto XVI, "Del Discurso *Questo oggi*, en el rezo del Ángelus", 4 febrero 2007, n. 2, in: *Enchiridion Familiae*, 2007 02 04, <http://www.enchiridionfamiliae.com> [9-10-2016], 2145).

¹²⁸ Conc. Vat. II, "Constitución Apostólica *Gaudium et spes*", n. 50, in: *A.A.S.* 58 (1966) 1070-1072: "El matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y educación de la prole. Los hijos son, ciertamente, el don más excelente del matrimonio y contribuyen mucho al bien de los mismos padres".

orden de prelación. Así, a diferencia de lo que ocurría en el CIC 17, que primaba la procreación, en el CIC 83 prevé el bien de los cónyuges y la generación y educación de los hijos en el mismo nivel de importancia. Este nuevo planteamiento en el Magisterio supone que el fin de los hijos, al que está ordenado el matrimonio responde al plan de Dios para los hombres y, en consecuencia, no se puede escindir del mismo bien de los cónyuges¹²⁹. En este mismo sentido la *Gaudium et Spes* afirma respecto del matrimonio: "...Este vínculo sagrado, con miras al bien tanto de los cónyuges y de la prole como de la sociedad, no depende del arbitrio humano. El mismo Dios es el autor del matrimonio, al que lo ha dotado de bienes y fines..."¹³⁰.

La misma Doctrina de la Iglesia reconoce que debido a esta ordenación natural del matrimonio hacia los hijos el matrimonio resulta el entorno más adecuado para la filiación; fundamentalmente con miras al propio bien de los hijos. En este sentido afirma la Instrucción *Donum Vitae* que "Todo ser humano debe ser acogido como una bendición de Dios. Sin embargo, desde el punto de vista moral sólo es verdaderamente responsable, para con quien ha de nacer, la procreación, que es fruto del matrimonio."¹³¹. En este mismo sentido se expresan el Sínodo de Obispos: "La transmisión de la vida es inseparable de la unión conyugal"¹³². Esto quiere decir la reivindicación del matrimonio como el marco natural, humano más idóneo para la relación paterno-filial, y la educación de los hijos. Entiendo que es importante subrayar cómo en el Magisterio se diferencia el tratamiento de la relación matrimonio - filiación de la calificación y derechos del hijo. En referencia al derecho de los hijos en relación al nacimiento

¹²⁹ M. Martínez, *Matrimonio, Concilio y posconcilio*, Madrid, 1969, p. 60: En este sentido afirma M. Martínez: "Así, entre matrimonio, por un lado; amor matrimonial, por otro; y procreación-educación, por otro, hay una interconexión. El matrimonio está orientado a la expresión y crecimiento del amor; la expresión y crecimiento del amor, y por tanto el matrimonio mismo, están ordenados a la procreación educación".

¹³⁰ Conc. Vat. II, "Constitución Apostólica *Gaudium et spes*", n. 50, in: *A.A.S.* 58 (1966), 1067-1069.

¹³¹ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Instrucción *Domun Vitae*", n.57, in: *A.A.S.* 80 (1988) 94.

¹³² Sínodo de Obispos a las familias cristianas del mundo contemporáneo, "Mensaje: Nosotros padres sinodales, Texto en castellano distribuido por la Sala de Prensa Vaticana", in: *Enchiridion Familiae*, 1980-10-26 a, Madrid 1992, 2897.

prima la consideración radical de igualdad en virtud del principio de inocencia del menor; así ha quedado claro en la cita de la *Donun Vitae*¹³³.

Esta idea viene sostenida por cuatro derechos subjetivos, que a su vez le suponen cuatro derechos objetivos como consecuencia jurídica; derechos de los padres, los hijos, la sociedad y la Iglesia:

En cuanto a los padres, la *Donun Vitae* habla del derecho de cada uno de los cónyuges a ser y realizarse como padre y madre exclusivamente el uno del otro: "La fidelidad de los esposos, en la unidad del matrimonio, comporta el recíproco respeto de su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno del otro"¹³⁴. Este derecho, es sin duda el que se considera prioritario para la Iglesia.

También considera un derecho del hijo el nacer de un padre y una madre unidos en matrimonio. Por tanto, el matrimonio como marco para la relación paterno-filial no sólo viene dado por el derecho de los padres, sino también, y aún más importante, por derecho del hijo. En este sentido se expresa la *Donun Vitae*: "El hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en matrimonio".

Respecto al derecho a la sociedad a que sus miembros sean educados en el seno de un matrimonio se ocupa la Instrucción *Donun Vitae* n. 61, mientras que el *Donun Vitae* n. 62¹³⁵ nos habla de la tradición y la reflexión antropológica de la Iglesia al respecto.

¹³³ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Instrucción *Donun Vitae*", n.57, in: A.A.S. 80 (1988) 94.

¹³⁴ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "instrucción *Donun Vitae*", n. 58, in: A.A.S. 80 (1988) 87.

¹³⁵ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "instrucción *Donun Vitae*", nn. 61 y 62, in: A.A.S. 80 (1988) 87.

1.2.- La adopción en la doctrina de la Iglesia

El Magisterio de la Iglesia, más que abordar en profundidad el instituto de la adopción lo que hace es una recomendación a los cristianos con problemas de infertilidad para que recurran a esta institución. La motivación que argumenta es de distinta índole. En este sentido el Decreto Conciliar *Apostolicam Actuositatem* afirma: “Entre las diferentes obras del apostolado familiar pueden mencionarse las siguientes: adoptar como hijos a niños abandonados,...”¹³⁶. Ciertamente, la adopción como instituto jurídico y hecho social y familiar es muy valorado y merece una alta estima para la Iglesia, así lo reconoce Aznar¹³⁷. Ciertamente, con esta valorización de la misma, la Iglesia se hace eco de un fenómeno propio de nuestra sociedad y de las diversas y nuevas implicaciones que de hace un tiempo a esta parte está teniendo: La aparición de la adopción internacional; las reformas de los ordenamientos respecto a sus requisitos y efectos y los problemas que plantean; los problemas de hijos adoptivos que quieren conocer la identidad de sus padres biológicos etc... Todos ellos son temas y problemas de gran actualidad que se plantean a los hombres y mujeres no sólo como ciudadanos, sino como personas y por tanto como fieles en Cristo. Esta materia la encontramos tratada en el magisterio solemne conjuntamente con las distintas manifestaciones de la fecundidad conyugal, como pasamos a desarrollar.

Ya hemos estudiado cómo en el Concilio Vaticano II, en el número 50 de la Constitución Apostólica *Gaudium et Spes* concibe la fecundidad del amor conyugal en un sentido humano ampliamente; es decir, no sólo en un sentido biológico, sino también en el espiritual y sobrenatural. Esta fecundidad conyugal y humana es el fundamento de la adopción. Así se comprueba en la Encíclica *Familiaris Consortio* cuando afirma que la misma fecundidad del amor conyugal, origen de la filiación biológica, es la que mueve y origina la adopción: “El amor conyugal fecundo se expresa en un servicio a la vida que tiene muchas

¹³⁶ Conc. Vat. II, “Decreto *Apostolicam actuositatem*”, n. 11, in: A.A.S. 58 (1966) 837-864 .

¹³⁷ F. Aznar, “La inscripción o registro de los hijos adoptados en la legislación canónica”; in: *REDC* 54 (1997), pp. 135-54.

formas, de las cuales la generación y la educación son las más inmediatas, propias e insustituibles. En realidad, cada acto de verdadero amor del hombre testimonia y perfecciona la fecundidad espiritual de la familia,"¹³⁸ . De esta manera, de forma concorde al mensaje cristiano, constata cómo el amor paterno-materno también es capaz de ir más allá de los vínculos biológicos y concretarse en el servicio. A este respecto afirma la misma Encíclica: "Los padres cristianos podrán así ensanchar su amor más allá de los vínculos de la carne y de la sangre, estrechando esos lazos que se basan en el espíritu y que se desarrollan en el servicio concreto a los hijos de otras familias, a menudo necesitados incluso de lo más necesario"¹³⁹ .

En la misma línea se expresa en el simposio de Familia y adopción, en que se reconoce cómo los cónyuges, al adoptar, se convierten en verdaderos padre y madre del adoptado: "Así como Dios, Padre del que deriva toda paternidad, nos ha hecho sus hijos adoptivos, haciéndonos partícipes de su vida (Cf. Ef 3, 14-15), de forma semejante, mediante el don de sí y la acogida de las familias y en el ejercicio de una forma de paternidad y maternidad responsables, de claro empeño ético-educativo, los esposos ofrecen a los niños una filiación que es como un nuevo nacimiento y, al mismo tiempo, su misma comunión conyugal se ve gratificada por la alegría de tal presencia"¹⁴⁰. Este texto se corresponde plenamente con el C. 110 del CIC 83 cuando afirma que los hijos que han sido adoptados de conformidad con el Derecho civil, se consideran hijos de aquél o aquellos que los adoptaron.

En la Encíclica *Familiaris Consortio*, el Romano Pontífice, consciente de la necesidad de la fecundidad como elemento esencial del amor conyugal, insta a los matrimonios con esterilidad física al desarrollo de la paternidad espiritual. En este sentido nos dice: "En particular, los esposos que viven la experiencia de la esterilidad física deberán orientarse hacia esta perspectiva, rica para todos en

¹³⁸ Juan Pablo II, "Encíclica *Familiaris Consortio*", n. 41, in: A.A.S. 74 (1982) 104.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Pontificio Consiglio per la Familia, "Dichiarazione finale del Simposio Internazionale sull'adozione", n.9, in: *L'Osservatore Romano*, 1 aprile 1994, 6.

valor y exigencia"¹⁴¹. Sin embargo, atendiendo al bien superior del menor, están llamadas a contribuir mediante la adopción y el acogimiento todas las familias: "Las familias cristianas se abran con la mayor disponibilidad a la adopción y la acogida de aquellos hijos que están privados de sus padres o abandonados por estos"¹⁴² .

Como conclusión de esta referencia al Magisterio podemos afirmar como en él encontramos las claves de la vocación de los cónyuges a la misma. También encontramos una visión general del instituto de la adopción de acuerdo a la Doctrina Cristiana. Pero consciente de que se trata de un instituto de naturaleza eminentemente jurídica, el magisterio no incide en aspectos más particulares.

1.3.- La reproducción asistida en la doctrina de la Iglesia

Los documentos magisteriales que más recientemente se ha ocupado de esta materia de una forma exhaustiva han sido las Instrucciones de la Congregación para la Doctrina de la Fe: *Donum Vitae* y *Dignitas Personae*. Así se diferencian los siguientes supuestos de técnicas de reproducción asistida: inseminación artificial heteróloga, maternidad sustitutiva e inseminación artificial homóloga. Dentro de la inseminación artificial homóloga califica distintamente aquella realizada in vitro y aquella realizada en la misma mujer.

Pero para entender la doctrina de la *Donum Vitae* hay que referirse a la doctrina Magisterial anterior y su evolución. En este sentido la profesora R. Ramírez, afirmó respecto de este magisterio: "En efecto, tras el decreto del Santo Oficio de 1887 y sobre todo tras las alocuciones de Pio XII, se puede afirmar que la Iglesia Católica condena las prácticas artificiales de fecundación"¹⁴³. La Iglesia considera ilícita no solo las técnicas heterólogas, sino

¹⁴¹ Juan Pablo II, "Encíclica Familiaris Consortio", n. 41; in: A.A.S. 74 (1982)104.

¹⁴² Juan Pablo II, "Encíclica Familiaris Consortio", n.41, in: A.A.S. 74 (1982)104.

¹⁴³ Cfr. R. Ramírez Navalón, *Problemas morales y jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana*, Valencia 1986, p. 245.

también las homólogas¹⁴⁴ o dentro del matrimonio. El fundamento de esta consideración de ilicitud es “que en estas técnicas no se respeta la estructura fundamental del acto conyugal”¹⁴⁵. Posteriormente aparecieron distintos documentos episcopales que trataron e incidieron en el mismo tema. Sin embargo en el tema de las prácticas homólogas apareció en ellos o bien ciertas dudas o bien sospechosos silencios. También distintos moralistas católicos volvieron a reconsiderar la licitud de las técnicas de reproducción asistida homóloga. En este contexto y con estos antecedentes surgió la Instrucción *Donum Vitae*¹⁴⁶. Pero previamente conviene tratar y aclarar la concepción y consideración que el Magisterio de la Iglesia tiene del embrión y la dignidad que le reconoce.

A) CONSIDERACIÓN DEL EMBRIÓN HUMANO DENTRO DEL MAGISTERIO DE LA IGLESIA

Tanto en el desarrollo del tema de este apartado como de los siguientes resulta fundamental partir de la consideración del concepto de embrión humano y la dignidad que se le reconoce. A primera vista parecería más trascendental en el caso de la clonación y de la transferencia nuclear y no tanto en el caso de la reproducción asistida. Sin embargo no podemos olvidar que en el proceso de inseminación artificial, es muy frecuente que existan embriones sobrantes. Además en la práctica de los procedimientos de inseminación artificial se incluyen los de transferencia de embriones. Por estos motivos, de forma previa al estudio de estas técnicas, hay que entender que el Magisterio de la Iglesia considera que el embrión humano es una persona desde el mismo momento de la generación.

Esta cuestión, que ya era deducible antes de la instrucción *Donum Vitae*, ha quedado explicitado sin margen de dudas en la misma Instrucción *Donum Personae* cuando afirma: “Si la Instrucción *Donum vitae* no definió que el

¹⁴⁴ Ibid., pp. 245-7.

¹⁴⁵ Cfr. Ibid., pp. 245-6.

¹⁴⁶ Ibid., p. 245-7.

embrión es una persona, lo hizo para no pronunciarse explícitamente sobre una cuestión de índole filosófica. Sin embargo, puso de relieve que existe un nexo intrínseco entre la dimensión ontológica y el valor específico de todo ser humano...las mismas conclusiones de la ciencia sobre el embrión humano ofrecen «una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana: ¿cómo un individuo humano podría no ser persona humana?». En efecto, la realidad del ser humano, a través de toda su vida, antes y después del nacimiento, no permite que se le atribuya ni un cambio de naturaleza ni una gradación de valor moral, pues muestra una *plena cualificación antropológica y ética*. El embrión humano, por lo tanto, tiene desde el principio la dignidad propia de la persona”¹⁴⁷

Además no podemos olvidar que como persona tiene derecho por su dignidad a provenir de un acto humano amoroso y procreador. A este respecto el mismo Benedicto XVI se pronuncia recogiendo documentos fundamentales del Magisterio anterior a él y el propio: “El embrión humano es una persona...Asimismo, hoy un tema muy delicado es el respeto debido al embrión humano, que debería nacer siempre de un acto de amor y ser tratado ya como persona (cf. *Evangelium vitae*, 60). Los progresos de la ciencia y de la técnica en el ámbito de la bioética se transforman en amenazas cuando el hombre pierde el sentido de sus límites y, en la práctica, pretende sustituir a Dios Creador. La encíclica *Humanae vitae* reafirma con claridad que la procreación humana debe ser siempre fruto del acto conyugal, con su doble significado de unión y de procreación (cf. n. 12). Lo exige la grandeza del amor conyugal según el proyecto divino, como recordé en la encíclica *Deus caritas est...*”¹⁴⁸.

Esta consideración del embrión humano como persona se basa en una metodología a partir de los datos científicos respecto de la evolución del mismo

¹⁴⁷ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción *Dignitas personae*”, n.12, in: AAS 100 (2008) 861-2.

¹⁴⁸ Benedicto XVI, “Discurso per me motivo, a los participantes en la Asamblea Plenaria del Consejo Pontificio para la Familia”, 13 mayo 2006, in: *Enchiridion Familiae*, 2006 05 13 0004, <http://www.enchiridionfamiliae.com> [11-10-2016].

embrión y sus capacidades desde el inicio de la fecundación¹⁴⁹. Estos datos se les somete a una “interpretación antropológica, con el fin de poner de relieve sus significados y sus valores emergentes, a los cuales, por último, es preciso hacer referencia para derivar las normas morales del obrar concreto, de la praxis operativa”¹⁵⁰. Desde esta interpretación la Academia Señala que parte, como así debe de ser de los datos “intrínsecos” al embrión mismo, comenzando precisamente por los datos que el conocimiento científico pone a nuestra disposición”¹⁵¹. Así descarta otras opciones hermenéuticas que parten de criterios “extrínsecos”, es decir, aquellos externos al mismo embrión. Pero la misma declaración califica claves interpretativas como un procedimiento que “no es idóneo para identificar realmente el *status* moral del embrión, dado que todo posible juicio acaba por basarse en elementos totalmente convencionales y arbitrarios”¹⁵². A partir de estos datos que la declaración de la Pontificia Academia desarrolla exhaustivamente afirma que: “se puede afirmar que el embrión humano en la fase de la preimplantación es: a) un ser de la especie humana; b) un ser individual; c) un ser que posee en sí la finalidad de desarrollarse en cuanto persona humana y a la vez la capacidad intrínseca de realizar ese desarrollo”¹⁵³. Así desde estas conclusiones del análisis realizado “que no existe ninguna razón significativa que lleve a negar que el embrión es persona ya en esta fase”¹⁵⁴

No obstante la misma Declaración de la Pontificia Academia para la Vida afirma que se trata de una interpretación del concepto de persona “de tipo substancial”¹⁵⁵. En este sentido también afirma que “Es obvio que, tratándose de

¹⁴⁹ Pontificia academia para la Vida: “Declaración final de la XII Asamblea general y del Congreso Internacional sobre el tema “El embrión humano en la fase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas” (27-28 de febrero de 2006)”, in: <http://www.vatican.va/> [21-10-2016].

¹⁵⁰ Cfr. Ibidem.

¹⁵¹ Cfr. Ibidem.

¹⁵² Cfr. Ibidem.

¹⁵³ Cfr. Ibidem.

¹⁵⁴ Cfr. Ibidem.

¹⁵⁵ Cfr. Ibidem.

una interpretación filosófica, la respuesta a esta pregunta no es de "fe definida" y permanece abierta, en cualquier caso, a ulteriores consideraciones".¹⁵⁶

La misma congregación afirmó en su comunicado de la X asamblea general que "cada ser humano es, desde su concepción, una unidad de cuerpo y alma, posee en sí mismo el principio vital que lo llevará a desarrollar todas sus potencialidades, no sólo biológicas, sino también antropológicas...Por ello, la dignidad -que es dignidad de persona humana- de un hijo, de todo hijo, independientemente de las circunstancias concretas en las que se inicia su vida, sigue siendo un bien intangible e inmutable, que exige ser reconocido y tutelado, tanto por los individuos cuanto por la sociedad en su conjunto"¹⁵⁷.

B) FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Respecto de la definición de inseminación artificial heteróloga la Instrucción *Donum Vitae* afirma: "A través de la FIVET y de la inseminación artificial heteróloga, la concepción humana se obtiene mediante la unión de gametos de al menos un donante diverso de los esposos que están unidos en matrimonio. La fecundación artificial heteróloga es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos de ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio por el matrimonio"¹⁵⁸. Todas estas causas las desarrolla la instrucción en los siguientes apartados, llegando a decir en el punto 66 de la fecundación heteróloga en el matrimonio que las considera "Moralmente ilícita". Incluso al margen del matrimonio la considera "moralmente injustificable". Concluye

¹⁵⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹⁵⁷ Pontificia academia para la Vida: "X Asamblea general - Comunicado final sobre "La dignidad de la procreación humana y las tecnologías reproductivas. Aspectos antropológicos y éticos" (21 de febrero de 2004)", in: <http://www.vatican.va/> [22-10-2016]. Desde un punto de vista teológico la congregación introduce esta definición en los siguientes términos: "todo hombre, desde el primer momento de su vida, es signo tangible del amor fiel de Dios a la humanidad, es la imagen viviente del "sí" del Creador a la historia de los hombres, una historia de salvación que se cumplirá en la plena comunión con él, en la alegría de la vida eterna".

¹⁵⁸ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Instrucción *Donum Vitae*", 63, in: *A.A.S.* 80 (1988) 88.

pues en la *Donum Vitae*: “El deseo de tener un hijo y el amor entre los esposos que aspiran a vencer la esterilidad no superable de otra manera, constituyen motivaciones comprensibles; pero las intenciones subjetivamente buenas no hacen que la fecundación artificial heteróloga sea conforme a las propiedades objetivas e inalienables del matrimonio ni que sea respetuosa de los derechos de los hijos y de los esposos”¹⁵⁹.

Posteriormente, la Instrucción *Dignitas Personae* se ha manifestado también de forma contraria a la técnica de la Inseminación artificial heteróloga¹⁶⁰. En el número 12 de esta nueva instrucción se han fijado 3 criterios fundamentales para considerar moralmente lícito: “a) el derecho a la vida y a la integridad física de cada ser humano desde la concepción hasta la muerte natural; b) la unidad del matrimonio, que implica el respeto recíproco del derecho de los cónyuges a convertirse en humanos de la sexualidad, que implica el respeto recíproco del derecho de los cónyuges a convertirse en padre y madre solamente el uno a través del otro; c) los valores específicamente humanos de la sexualidad que “exigen que la procreación de una persona humana sea querida como el fruto del acto conyugal específico del amor entre los esposos”¹⁶¹.

Pero además de los problemas éticos¹⁶² que genera esta modalidad de reproducción asistida, hay que poner de manifiesto un problema jurídico, ésta “Opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestacional y

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción *Dignitas personae*”, n.12, in: *AAS* 100 (2008) 858-87: “...A la luz de este criterio hay que excluir todas las técnicas de fecundación artificial heteróloga...”.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² M. Lopez Barahona los resume estos problemas éticos en términos que permite la comprensión de los jurídicos como consecuencia de los mismos, en: Pontificia Academia Pro Vita, *La Dignità Della Procreazione Umana E Le Tecnologie Riproduttive Aspetti antropologici ed Etici*, Città del Vaticano 2005, p. 144: “Il fatto che il bambino sia inserito all’interno di una famiglia dall’esterno necessita un’attenta considerazione. Quando il bambino proviene da una fecondazione eterologa è anche peccato perché egli è privato della conoscenza delle sue origini”.

la responsabilidad educativa”¹⁶³. Esto supone que se produzca una quiebra de entendimiento de la relación paterno-filial en una doble dimensión que no resulta escindible: la generativa y la educativa, como ya hemos estudiado. Esta ruptura resulta inadmisibles tanto para la doctrina de la Iglesia como para los principios del Derecho canónico. En base a los mismos motivos que la fecundación artificial heteróloga es rechazada en el Magisterio¹⁶⁴ también la maternidad sustitutiva.

C) FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA

El Magisterio trata la fecundación artificial homóloga de diferente manera según se trata de la llamada fecundación artificial homóloga *in vitro*, o la denominada reproducción asistida. Veremos como la primera sigue rechazándose en la Introducción *Donum Vitae* mientras que la otra en principio es aceptada.

a) Fecundación homóloga *in vitro*

La postura del Magisterio de la Iglesia ante esta técnica de reproducción asistida se dé en el matrimonio o fuera del mismo, en este sentido la Instrucción *Donum Vitae* afirma: “Ciertamente, la FIVET homóloga no posee toda la negatividad ética de la procreación extraconyugal; la familia y el matrimonio siguen constituyendo el ámbito del nacimiento y la educación de los hijos”¹⁶⁵. En este mismo sentido se ha manifestado el Documento *Dignitas Personae* cuando afirma: “...A la luz de este criterio hay que excluir todas las técnicas de fecundación artificial heteróloga y las técnicas de fecundación artificial

¹⁶³ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción *Donum Vitae*”, n. 65, in: *A.A.S.* 80 (1988) 88-89.

¹⁶⁴ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción *Dignitas personae*”, n.19, in: *AAS* 100 (2008) 858-87: “También la propuesta de ponerlos a disposición de esposos estériles como “terapia” de infertilidad, no es éticamente aceptable por las mismas razones que hacen ilícita tanto la procreación artificial heteróloga como toda forma de maternidad subrogada³⁸; esta práctica implicaría además otros problemas de tipo médico, psicológico y jurídico.”; Congregación Para La Doctrina De La Fe, Instrucción *Donum vitae*, n. I.6, in: *AAS* 80 (1988). P. 84-5.

¹⁶⁵ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción *Donum Vitae*”, n. 94, in: *A.A.S.* 80 (1988).

homóloga que sustituyen el acto conyugal. Son en cambio admisibles las técnicas que se configuran como una ayuda al acto conyugal y a su fecundidad..."¹⁶⁶.

A pesar de este juicio moral negativo, el Magisterio distingue la consideración moral de esta técnica respecto de las Heterólogas, en este sentido afirma la Instrucción *Donum Vitae*: "desde el punto de vista moral a la fecundación homóloga in vitro; ésta es en sí misma ilícita y contraria a la dignidad de la procreación y de la unión conyugal, aun cuando se pusieran todos los medios para evitar la muerte del embrión humano"¹⁶⁷. Los motivos que nos da la *Donum Vitae* podríamos condensarlos en el punto 83 de la misma cuando nos dice: "En la FIVET Homóloga por eso aun considerada en el contexto de las relaciones conyugales de hecho existentes, la generación de la persona humana queda objetivamente privada de su perfección propia, es decir, la de ser el término y el fruto de un acto conyugal, en el cual los esposos se hacen 'Cooperadores con Dios para donar la vida a una nueva persona'..."¹⁶⁸. Explicando más detalladamente las razones de esta postura del magisterio H. Wat¹⁶⁹, citando Mons. L. Melina lo fundamenta en una adecuada experiencia de genitorialidad de los padres. Es decir, los progenitores deben tener experiencia de que el hijo es fruto de su donación reciproca pero también de la acción

¹⁶⁶ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Instrucción *Dignitas personae*", n.12, in: AAS 100 (2008) 858-87.

¹⁶⁷ Ibid, n. 65.

¹⁶⁸ Ibid. N. 83.

¹⁶⁹ H. Wat, "Genitorialità e nuove tecnologie riproduttive: considerazioni antropologiche", in: *La Dignità Della Procreazione Umana E Le Tecnologie Riproduttive Aspetti antropologici ed Etici*, Pontificia Academia Pro Vita, Città del Vaticano 2005, p. 31: "Il concepimento per via sessuale nel matrimonio dà ai genitori l'esperieza di un coinvolgimento causale e reale, seppure parziale, nella creazione dei figli. I figli dovrebbero essere vissuti come creazione derivante in parte da un atto di donazione di sé all'altro all'interno della coppia e, in parte, come dono ricevuto da Dio che completa il processo iniziato dai genitori. Come giustamente osservato da Mons. Livio Melina, il fatto che la coppia non determini direttamente la nascita di un bambino, ma piuttosto riceva un bambino come qualcosa in più rispetto al suo specifico atto di donare-ricevere fisico, in un certo senso protegge i genitori da un sentimento di eccessiva responsabilità verso il bambino, che è proprio invece di Dio. D'altro canto, il concepimento non sessuale favorisce l'esercizio di un potere e un controllo eccessivi sul nascituro, anche se tale potere e controllo sono in pratica esercitati dai medici invece dei genitori".

gratuita de Dios. Esta experiencia les ayuda a adquirir un sentido de responsabilidad adecuado y no excesivo respecto del hijo.

b) Fecundación asistida

La Instrucción *Donum Vitae*, haciéndose eco del discurso de Pio XII al IV Congreso de Médicos Católicos es meridianamente clara en considerar como compatible con el magisterio la fecundación artificial homóloga, manifestándose en los siguientes términos: “Por eso, La conciencia moral “No prohíbe necesariamente el uso de algunos medios artificiales destinados exclusivamente sea a facilitar el acto natural, sea a procurar que el acto conyugal realizado de forma normal alcance el propio fin”. Si el medio técnico facilita el acto conyugal o le ayuda a alcanzar sus objetivos naturales, puede ser moralmente aceptado. Cuando, por el contrario, la intervención técnica sustituya al acto conyugal, será moralmente ilícita”¹⁷⁰. De forma aún más clara se recoge la admisibilidad moral de estas técnicas en la Instrucción *Dignitas Personae*: “Las técnicas que se presentan como una ayuda para la procreación no deben rechazarse por el hecho de ser artificiales; como tales testimonian las posibilidades de la medicina...Son en cambio admisibles las técnicas que se configuran como una ayuda al acto conyugal y a su fecundidad...”¹⁷¹.

Por tanto, acogemos la conclusión del profesor Puerto González cuando afirma: “Ya que las únicas técnicas biomédicas moralmente válidas son las que denominamos técnicas de reproducción asistida, éstas serán las únicas a las que podemos reconocer efectos jurídicos válidos y que podrán ser aceptadas en el campo del Derecho canónico...”¹⁷².

¹⁷⁰ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción *Donum Vitae*”, n. 88.; in: A.A.S. 80 (1988)95.

¹⁷¹ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción *Dignitas personae*”, n.12, in: AAS 100 (2008) 858-87.

¹⁷² J.J. Puerto González, “La Doctrina del humano modo y las técnicas biomédicas de reproducción asistida”, in: *REDC* 57 (2000) 553.

1.4.- La clonación en la doctrina de la Iglesia Católica

A) CONCEPTO E IMPLICACIONES BIOÉTICAS Y JURÍDICAS

Realmente, en la práctica actual sería difícil que se planteara una cuestión respecto a la paternidad de un ser humano clonado porque los ordenamientos jurídicos vetan la clonación humana reproductiva. Así, en cuanto a la clonación reproductiva el panorama jurídico y bioético está bastante claro. Sin embargo no ocurre lo mismo con la llamada clonación para la investigación como pasamos a ver en el punto siguiente.

Por tanto entiendo que no podemos dejar de referirnos a la misma, por ser un tema de evidente preocupación social y por el interés que demuestran otras disciplinas conexas como la bioética. Ciertamente las posibilidades que ofrece la ciencia hacen cada vez más verosímil que se plantee algún problema de este tipo en la práctica. Ante esta posibilidad y la preocupación social, entendemos que también la ciencia jurídico-canónica tiene y debe hacer una aportación para dar respuesta a cuestiones que pueden comprometer seriamente el mismo concepto de paternidad y filiación. Añadimos, incluso, que esta aportación resulta insustituible. No olvidemos que la eficacia del derecho no sólo es la coercitiva, sino también pedagógica y de respuesta social hacia una cuestión¹⁷³. Además resulta evidente que esta aportación del Derecho canónico ha de partir de los mismos principios magisteriales de la Iglesia al respecto.

Tratamos de forma diferenciada la clonación humana, respecto de las técnicas de reproducción asistida y fecundación artificial. El motivo fundamental es que nos encontramos ante un hecho de naturaleza distinta, con

¹⁷³ Respecto a la importancia del derecho en el tema de la clonación, resulta interesante la aportación de J.M^a. Alvarez-Cienfuegos: J.M^a. Alvarez-Cienfuegos, "La Clonación Humana: Implicaciones jurídicas", in: *La Clonación Humana a Debate*, Murcia 2003, p. 39: "De todas maneras, el Derecho cotiza a la baja. A nosotros se nos necesita, pero el Derecho ya no es poderoso...sin embargo se nos pide, se nos exige que demos formas a las cosas. La sociedad necesita de los juristas: pide que el jurista conceptualice, dé seguridad, establezca pautas. Este protagonismo de las ciencias experimentales hay que reconocerlo. Nosotros, en ese sentido, hemos ido perdiendo dominio de la escena. Sí somos condición necesaria, sí que tenemos que fijar pautas para la convivencia, incluso para la convivencia científica...".

una valoración y consecuencias morales mucho más negativas¹⁷⁴. Por tanto la clonación no puede circunscribirse a la especie de la fecundación artificial.

Así se entiende por clonar: - Reproducir bien fragmentos de D.N.A. y líneas celulares; bien de forma asexuada, organismos pluricelulares genéticamente idénticos. Así la “clonación” es el resultado del acto de clonar¹⁷⁵. En este sentido, por clonación humana se entiende: la reproducción asexual y agámica de la totalidad del organismo humano, con objeto de producir una o varias “copias” sustancialmente idénticas, desde el punto de vista genético, al único progenitor¹⁷⁶.

Como se comprueba de la misma definición, en este caso, la clonación humana supone un deslindamiento mucho mayor aún entre la reproducción y la conyugalidad. En el caso de la clonación humana se puede decir incluso que existe una ruptura entre reproducción y genitalidad: “Si potrebbe, ovviamente, obiettare che artificialità e confusione di ruoli parentali sono elementi già presenti nel ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale: ma nel caso della clonazione, lo sconvolgimento sarebbe ancor più radicale ...Con la clonazione si riduce, dunque, la “riproduzione” umana alla sua sola dimensione biologica, portandola al livello di quella di organismi meno evoluti dal punto di vista

¹⁷⁴ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción Dignitas personae”, n.12, in: AAS 100 (2008) 858-87: “la clonación humana es intrínsecamente ilícita pues, llevando hasta el extremo el carácter inmoral de las técnicas de fecundación artificial, se propone dar origen a un nuevo ser humano sin conexión con el acto de recíproca donación entre dos cónyuges y, más radicalmente, sin ningún vínculo con la sexualidad. Tal circunstancia da lugar a abusos y a manipulaciones gravemente lesivas de la dignidad humana”.

¹⁷⁵ M.L. Di Piero y E. Sgreccia, *Procreazione Assistita e fecondazione artificiale. La Scuola*, Brescia 1996, pp.109-10: “‘Clonare significa, dunque, riprodurre o frammenti di DNA e linee celulares o, in modo asexuato, organismos plucellulari genéticamente idénticos; la clonazione’ è il risultato dell’atto del clonare...”. – J.M. Martínez Pereda, “Clonación humana y derecho”, in: “La clonación humana a debate”, Murcia 2003, 91: “Por clonación debe entenderes el proceso de producción de un grupo de células (clonas) de forma asexual, todas ellas genéticamente idénticas a partir de un antecesor común: se contituye por los procedimientos de manipulación del A.D.N. recombinante para producir copias múltiples de un gen o seguimiento de A.D.N. y que se conoce como clonación del A.D.N.”.

¹⁷⁶ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción Dignitas personae”, n.28, in: AAS 100 (2008) 858-87.

biologico: da questo passo al ridurre l'uomo ottenuto o ottenibile mediante la clonazione a "cosa" la strada è breve"¹⁷⁷.

Para tratar de comprender el fenómeno bioético de la clonación humana no podemos dejar de tener en cuenta algunas de las motivaciones que han barajado algunos de los miembros de la comunidad científica: a) la producción de embriones no afectados de patologías de origen mitocondrial. b) la producción de embriones no afectados de patologías hereditarias en presencia de progenitores que entre ambos son portadores del mismo gen patógeno. c) la posibilidad de reproducción en el caso de total azoospermia, para satisfacer el deseo no sólo de tener hijos sino también que sean el patrimonio cromosómico en exclusiva de quien hace la petición. A estas motivaciones habría que añadir, según algunos autores¹⁷⁸, otras no confesadas que se han barajado y que resultarían moralmente inaceptables cómo tales motivaciones, al margen de lo inaceptable de la clonación humana.

Otra cuestión es la consideración ética y jurídica de las circunstancias y motivaciones de la clonación que se practicara para la obtención de embriones para la Investigación. Aquí sí que hay un plus de gravedad en la consideración de la clonación humana experimental o terapéutica, pues estos casos "implica la destrucción del embrión clonado. Por ello esta modalidad de clonación humana reviste una gran gravedad desde el punto de vista de su ataque a la dignidad

¹⁷⁷ M.L. Di Piero y E. Sgreccia, *Procreazione Assistita...*, op. cit., p. 116.

¹⁷⁸ *Ibidem.*: "...1) replicare individui di gran genio o di grande bellezza per migliorare la specie o per rendere la vita più gradevole; 2) replicare inividui sani per evitare il rischio di malattie ereditarie, insito nella "lotteria" della ricobinazione genetica; 3) fornire una grande quantità di soggetti geneticamente identici per condurre studi scientifici sull'importanza relativa di natura innata e ambiente per i diversi aspetti delle perestazioni umane; 4) procurare un figlio ad una coppia sterile; 5) procurare a qualcuno un figlio con un genotipo di propria scelta: di una celebrità che si ammira, di un caro estinto, del coniuge o di se stessi; 6) determinare il sesso dei figli che verranno: il sesso di un cloe è lo stesso della persona da cui proviene il nucleo trapiantato; 7) produrre serie di soggetti identici per assolvere compiti speciali in tempo di guerra e di pace (non escluso lo spionaddio); 8) produrre copie embrionali di ogni persona, da tenere congelate qualora siano necessarie come riserva di organi per trapianti sul gemello geneticamente uguale...".

humana”¹⁷⁹. Esta idea la ha reconocido el Magisterio recientemente en la *Instrucción Dignitas Personae*¹⁸⁰.

La consideración éticamente negativa del magisterio va en la línea que la de otras instancias no confesionales. La misma OMS, ha considerado éticamente inaceptable la clonación de seres humanos afirmando que: La utilización de la clonación humana para reproducir seres humanos no es aceptable desde un punto de vista ético porque viola algunos principios fundamentales de la procreación médicamente asistida. Este principio incluye el respeto a la dignidad de la persona humana y la protección de la seguridad del material genético.¹⁸¹

Ciertamente el ataque a la dignidad humana que supone la clonación iría en dos líneas: - la de un ataque a la dignidad de la persona por una generación carente de diversidad biológica; y el ataque al derecho de la persona al nacimiento en una familia compuesta por un padre y una madre.

En la primera línea se ha afirmado que se ataca el derecho a la diversidad del material biológico de la persona a quien se clona. Ciertamente la identidad de la persona no depende sólo del patrimonio genético. Evidentemente la identidad ontológica y psicológica la constituyen mucho más factores y no basta la identidad genética para desvirtuarla, -piénsese en los gemelos monocigóticos-. Sin embargo, también es cierto que la diversidad biológica es parte fundamental de la dignidad de la persona y supone un derecho fundamental que se concretaría en el de heredar una constitución genética no alterada.

¹⁷⁹ A. Aparisi, “Clonación Humana y Derecho”, in: *La Clonación Humana a Debate*, Murcia 2003, p. 61.

¹⁸⁰ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción Dignitas personae”, n.30, in: *AAS* 100 (2008) 858-87.

¹⁸¹ O.M.S., “Declaration Sur le cogage”, 18 marzo de 1997; in: *Medicina y Moral* 1997, n. 2, pp. 323-5.

En la segunda línea entendemos muy apropiada la reflexión de la Congregación para la Doctrina de la fe al afirmar que la perspectiva de una reproducción asexuada, privaría, sobre todo, al individuo humano de todos aquellos ligámenes que se realizan en el interior de la pareja y que son fundamento no sólo de una familia, sino también de la llamada a la existencia de una nueva vida humana, causando así una completa escisión entre conyugalidad y procreación, entre conyugalidad y genitorialidad por todo ello, la Congregación consideraba la clonación humana contraria a la moral¹⁸². Así, en esta fecundación la presencia del hombre y la mujer se convierte en algo marginal completamente. La función de la mujer sería reducida al instrumento que recibe las células – huevo y de un útero femenino. En cuanto al varón, sería inútil su intervención sólo, podría ser en todo caso la de aportar material genético, con lo cual la necesidad biológica de su condición sexuada es superflua.

B) LA CLONACIÓN CON FINES DE LA INVESTIGACIÓN Y MÉDICOS

Previamente a analizar la postura del magisterio no podemos dejar de hacer una mínima referencia del *estatus cuestionis* en la actualidad ya que las mayores expectativas biomédicas y que más está debatiéndose en nuestra sociedad actual es la de la producción de embriones para la investigación¹⁸³. En este aspecto, el art. 18.2 de la convención de Derechos Humanos y Biomedicina¹⁸⁴ prohibía la creación de embriones con el objeto exclusivo de la

¹⁸² Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción *Donum Vitae*”; in: A.A.S. 80 (1988) 84.

¹⁸³ Comitè Consultiu de Bioetica de Catalunya, *Consideraciones Sobre La Transferencia Nuclear*, Generalitat de Catalunya Departament de Salut, 2006, p. 42: “Actualmente, España se encuentra en pleno proceso de elaboración de un proyecto de ley de investigación en biomedicina para permitir la obtención de embriones para la investigación en determinados casos, siempre que se justifique, que una comisión ad hoc apruebe el protocolo y que se cuente con el requisito, necesario siempre pero no suficiente de disponer de la conformidad de los donantes de los gametos”. Así como estaba señalándose apareció la ley 14/2007 de 3 de julio, sobre investigación biomédica, (BOE 159), que en su T.III trata “Sobre la donación y el uso de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos”; en su T.IV: “Sobre la obtención y uso de células y tejidos de origen embrionario humano y de otras células semejantes”.

¹⁸⁴ Consejo de Europa, “Convenio de Derechos Humanos y Biomédica”, art 18.2 in: *Comité Consultiu de Bioetica de Catalunya, Consideraciones sobre...*, op. cit., 42.

investigación, pero las legislaciones estatales han variado esta línea. Así la reforma de la legislación del Reino Unido la autorizaba tras la reforma llevada a cabo en el 2001¹⁸⁵. El motivo que aducían era básicamente que en el caso de clonación por transferencia nuclear con fines terapéuticos y de investigación no se trata de un embrión humano sino un pseudoembrión¹⁸⁶. Tal ha sido también el caso de la evolución de la legislación española¹⁸⁷.

Este planteamiento, no sería aceptable para la Iglesia pues en DV. 40¹⁸⁸ se afirma que la viabilidad o no del embrión no le resta la dignidad humana: “Si se trata de embriones vivos, sean viables o no, deben ser respetados como todas las personas humanas; la experimentación no directamente terapéutica sobre embriones es ilícita”. Bien entendido que en este supuesto, al hablar de experimentación terapéutica, el documento se refiere a la realizada para sanar a la misma persona en estado embrionario. Así la viabilidad o no del embrión no tiene repercusión en la consideración de ilícita de cualquier investigación que lo considere como un objeto sea clonación o de cualquier otro tipo¹⁸⁹. Aplicando la misma doctrina la C.E.E. se adelantó a la ley afirmando entre otras consideraciones: “Es también muy preocupante que el Proyecto de ley permita la investigación con embriones humanos vivos que hayan perdido su capacidad de desarrollo. La dificultad de definir cuándo se ha producido inequívocamente

¹⁸⁵ Es el primer país que desde el 23 de enero de 2001 ha ampliado sus leyes, por autorización de la Cámara de los Lores, para autorizar la clonación no reproductiva con fines terapéuticos que eufemísticamente la llaman preembrión.

¹⁸⁶ Comité Consultiu de Bioetica de Catalunya, Consideraciones sobre..., op.cit., 42.

¹⁸⁷ Art. 1.3 LTRHA 14/2006 y Art. 33.2 Ley de Investigación Biomédica 14/2007. Vid Cap. VI ap. 4. Clonación, constitución de preembriones y derecho a la determinación de la filiación.

¹⁸⁸ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción Donum Vitae”, n. 41, in: A.A.S. 80 (1988) 83.

¹⁸⁹ M^a. Ramírez , “Reflexión sobre la intrucción “Donum Vitae” en relación con algunos informes civiles”, in: REDC 44, 1987,581: “De ahí que toda experimentación que utilice al ser humano como objeto debe ser considerada ilícita. El hombre es fin en sí mismo, y no puede ser instrumentalizado como medio ya que no existe ningún otro valor que lo justifique ni siquiera el valor de la ciencia. ...De esta forma, y en base al respeto a la vida humana desde su concepción, la Instrucción rechaza la investigación puramente científica sobre el embrión humano, ya sea antes o después de la anidación, ya se trate de embriones viables o no. ...De Igual manera, y en aplicación del respeto a la dignidad humana se declaran ilícitas la congelación embrionaria, el almacenamiento de embriones, la gestación de los mismos en úteros de animales, los proyectos de fecundación entre gametos humanos y de animales, la fisión gemelar...”.

esa pérdida de capacidad conducirá a decisiones arbitrarias. Pero lo fundamental es que no resulta en modo alguno aceptable que la capacidad vital –mejor o peor determinada por terceros- se constituya en criterio para decidir que una vida humana pase a convertirse en mero material de investigación. El ser humano, y, en particular, su derecho a la vida merecen un respeto incondicional”¹⁹⁰.

Así, del estudio de todas las anteriores motivaciones y a propósito de la consideración de esta nueva variante de la clonación, destacamos las siguientes conclusiones:

Aunque se ha desarrollado la investigación en el campo de la clonación humana en base a una motivación terapéutica y no de la reproductiva, no cabe hablar de dos tipos de clonación humana.

Todo acto de creación de un ser humano con un patrimonio genético igual al de otro ser humano ya existente es una clonación humana. Por lo tanto los actos de clonación humana en su materialidad tienen unas implicaciones éticas y jurídicas iguales. Sin embargo, en el caso de estos tipos de clonaciones, el hecho de que se destruyan los embriones clonados supone un plus de gravedad¹⁹¹.

C) LA CREACIÓN DE EMBRIONES POR TRANSFERENCIA NUCLEAR.

Entendemos que debemos hacer una consideración de la técnica de transferencia nuclear por la especificidad que supone, si bien ésta será muy

¹⁹⁰ Nota del Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española: “El Proyecto de Ley de investigación Biomédica no Protege el Derecho a la Vida y Permite la Clonación de Seres Humanos”, n. 4, 19 de Octubre de 2006, in: [http://www.conferenciaepiscopal.es/\[22-10-2016\]](http://www.conferenciaepiscopal.es/[22-10-2016]).

¹⁹¹ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción Dignitas Personae”, n.12, in: AAS 100 (2008) 858-87: “Desde el punto de vista ético, la llamada clonación terapéutica es aún más grave. Producir embriones con el propósito de destruirlos, aunque sea para ayudar a los enfermos, es totalmente incompatible con la dignidad humana, porque reduce la existencia de un ser humano, incluso en estado embrionario, a la categoría de instrumento que se usa y destruye. Es gravemente inmoral sacrificar una vida humana para finalidades terapéuticas”.

somera para no desviarnos del tema que tratamos. El problema viene dado por la consideración por parte de algunos expertos de que los embriones resultados de la transferencia nuclear, “Son sólo parcialmente clónicos de la célula originaria, ya que el DNA mitocondrial que contienen no se corresponde con el de ella porque deriva del ovocito” Por lo tanto sólo se consideran un clon nuclear¹⁹². Así en esta técnica no existiría unidad en el sujeto reproducido. Sin embargo la diversidad genética de los individuos no es necesaria, porque no se implica su condición genética sexual. Esto la diferencia de otras técnicas como la inseminación artificial. En este caso bastaría esta clonación parcial para ser considerada como clonación a efectos del derecho de paternidad-filiación e incluso bioéticos.

Los estudios bioéticos han diferenciado esta técnica de transferencia nuclear de otras técnicas de reproducción asistida como son la inyección de ovoplasma. La consideración, la naturaleza y valoración ética de esta última técnica de reproducción asistida está aún en debate. A este respecto afirma Watt.¹⁹³: “Il trasferimento nucleare appare più difficile da difendere dell’iniezione dell’ooplasma da donatrice nell’ovulo della madre biologica.”. En este sentido la bioética impulsa un nuevo campo de investigación, como es el de la posibilidad de producir ovoplasma sintético de laboratorio.

¹⁹² Comitè Consultiu de Bioètica de Catalunya, Consideraciones sobre..., op. cit., p. 34.

¹⁹³ H. Wat, *“Genitorialità e nuove tecnologie riproduttive: considerazioni antropologiche”*, in: Pontificia Academia Pro Vita, *“La Dignità Della Procreazione Umana E Le Tecnologie Riproduttive Aspetti antropologici ed Etici”*, Città del Vaticano, 2005, P. 37. A continuación afirma el mismo autor: “...Infatti il trasferimento nucleare implica una sottrazione, e non meramente un’aggiunta, dall’ovulo della madre biologica; inoltre il contributo della donatrice non è meramente un supplemento di ooplasma –sebbene contenente mitocondri- ma di un’ampia porzione dell’ovulo che diventerà il corpo dello zigote. Se un bambino concepito con tale procedimento concludesse che ha due madri non gli si potrebbe dare torto. Allo stesso modo se la donatrice dell’ovulo sentisse una responsabilità materna verso il bambino sarebbe difficile affermare che sia completamente in errore...”.

2.- Concepto de filiación subyacente en el Derecho canónico

Como ya hemos tratado en el punto anterior, el punto de partida del derecho de filiación en el ordenamiento canónico no puede obviar las concepciones teológicas que reconoce la doctrina de la Iglesia. Ciertamente el Magisterio recoge desde las bases teológicas la realidad humana y familiar más amplia que la jurídica; por tanto al Derecho corresponde acotar la realidad jurídica y ordenarla desde los criterios de la revelación y la doctrina eclesial pero ateniéndose a los principios y límites jurídicos. Sin embargo, el mismo Magisterio nos aclaraba que si bien la filiación tiene una dimensión e implicaciones interpersonales y sociales su origen es anterior e irreductible a lo social y jurídico. Del estudio hecho en el punto anterior se pone en evidencia que la filiación se considera por el Magisterio como un hecho natural y por lo tanto con un componente biológico y también moral. Es de estos componentes de los que emergen toda una serie de consecuencias interpersonales, sociales y eclesiales, pero su configuración es necesariamente anterior al mismo. Este dato que pone de manifiesto al estudiar la doctrina de la Iglesia resulta básico a la hora de configurar la realidad jurídico-canónica en materia de filiación por naturaleza. A partir del mismo, y atendiendo a la naturaleza eclesial y carácter pastoral del Derecho canónico, no sería posible admitir una categoría de filiación jurídica distinta a la biológica, al margen de la adopción. Sin embargo, esto supone dar una solución jurídica a distintas situaciones de hecho, bien dadas por el Derecho civil, por la misma situación vital de las personas, e incluso por la misma tradición canónica como las llamadas cognatios espirituales. Así todas estas cuestiones, junto con el concepto subyacente de filiación y el reconocimiento del derecho a investigar la paternidad, deben de ser objeto de nuestro estudio en este capítulo.

2.1.- Ausencia de definición en la legislación y conceptos utilizados por la doctrina

En general las referencias que se hacen en el Derecho canónico respecto de la filiación son sobre las consecuencias respecto de los sacramentos y la vida eclesial, o los medios de prueba de las mismas. La filiación es considerada como un hecho natural con unas consecuencias jurídicas. En este contexto, las referencias más explícitas a los conceptos de la paternidad, maternidad y filiación en sí los encontramos en el canon 1055.1 CIC 83, se nos advierte que el matrimonio "está ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole". En los mismos términos se pronuncia el canon 776 CCEO. No obstante, esta referencia a la filiación dentro del matrimonio no es propiamente una definición. Se trata, más bien, el reconocimiento jurídico de la conexión de ambas realidades. Por ello no podemos considerar que el contenido de este canon abarque toda la realidad de la filiación, ni mucho menos. Para encontrar definida la filiación, debemos acudir a las ciencias humanas, teológicas y al Magisterio y no al ordenamiento canónico.

Sin embargo, no podemos decir que esta ausencia de definición en el CIC 83 sea un descuido del legislador eclesiástico. Tampoco sería correcto afirmar que fuera una consecuencia de la consideración de que el derecho debe regular y no definir. En este sentido no podemos dejar de atender que en el CIC 83 encontramos una gran cantidad de cánones de contenido doctrinal o dogmático. De hecho en esta materia la doctrina canónica, históricamente, ha ido haciéndose eco de distintos conceptos de otras ciencias para elaborar toda una serie de definiciones que le permitieran ser operativa en materia de filiación. Tales definiciones han venido dadas por la doctrina relativa al Código Pio, Benedictino. Sin embargo no podemos olvidar que se trata de una cuestión de Derecho divino o natural y por tanto seguirían siendo válidas sustancialmente y aplicables en nuestro Derecho actual. En este sentido algunas de las definiciones que han influido notablemente en el Derecho actual serían las siguientes:

La Enciclopedia de Ciencias Eclesiásticas define hijo¹⁹⁴ como los descendientes de alguno que se hallan en primer grado de parentesco con él. En la misma enciclopedia encontramos la evolución filológica de la palabra hijo: proviene de la latina filius evolucionando entre nosotros como fillo, fio, fijo, hasta la derivación actual hijo.

Otro término muy empleado por la doctrina de forma clásica al referirse a la filiación es el de prole¹⁹⁵; entre otros autores ya viene empleado por S. Agustín al tratar directamente el llamado "Bonum Proles". Así respecto del concepto prole la Enciclopedia Católica, se refiere a este término admitiendo que: La filiación así entendida es el conjunto de hijos, sujeto de derechos y de deberes en el ámbito de la familia. Nos habla también del instinto natural que pone las relaciones entre progenitores e hijos sobre un plano de mutuo afecto. Entiende cómo este precepto natural viene dado por el correlativo precepto que se encuentra en la Sagrada Escritura y que lo sublima: "Honra a tu padre y a tu madre para que tú seas longevo sobre la tierra que el señor tuyo te dará"¹⁹⁶.

Habiendo ya explicado en los anteriores términos con que se trata la relación paterno-filial, atendemos directamente a la definición de filiación¹⁹⁷. El Dictionaire de Droit Canonique, la define como la relación existente entre dos personas donde una es el padre o la madre del otro. Miguélez añade: "La filiación natural es un hecho puramente biológico, pero que tiene grave repercusión jurídica"¹⁹⁸. Cuando se trata del padre la relación toma el nombre de paternidad. Considerada desde el punto de vista de la madre es maternidad.

¹⁹⁴ J.P. Angulo, "Hijo", in: *Enciclopedia de ciencias eclesiásticas*, vol. VIII, Valencia 1887, pp. 336-7.

¹⁹⁵ P. Ciprotti, "Prole", in: *Enciclopedia Católica*, vol. X, Firenze 1953, p. 112; "Da Proles è la figlolanza cioè il complesso dei figli, soggetto di diritti e di doveri nel'ambito de la famiglia. L'istinto naturale, che pone i rapporti tra genitori e figli su un piano di mutuo affetto, e sublimato dal precetto positivo divino che prescrive "Onora tuo padre e tua madre affinché tu sia longevo sulla terra che il signore Dio tuo ti darà".

¹⁹⁶ Ex. 20,12.

¹⁹⁷ R. Naz., "Filiation", in: *Dictionaire de Droit Canonique*, vol. IV, Paris 1953, 850: "La filiation est le rapport existant entre deux personnes dont l'un est le père ou la mère de l'autore. Envisagé du côté du père, ce rapport prend le nom de paternité: considéré du côté de la mère, le nom de maternité.

¹⁹⁸ L. Miguélez, "El Matrimonio", in: *CIC 17, BAC*, Madrid 1963, p. 679.

En la actualidad estas concepciones de los autores en la época del Código Pío Benedictino han sido acogidas por la doctrina posterior al CIC 83 y siguen vigentes. En este sentido manifiesta Aznar: “Los cánones 1137-1140 tratan sobre la *filiación natural*, esto es sobre la relación existente entre padres e hijos en virtud de la generación (filiación biológica). Hay que recordar que a esta filiación natural o biológica se le equipara la *filiación adoptiva*... Hay que señalar que la actual normativa canónica sigue manteniendo, básicamente, las mismas normas en esta materia que el CIC de 1927”¹⁹⁹. Esta misma concepción la encontramos en Berárdez Cantón al afirmar: “Por filiación se entiende la relación que existe entre padres e hijos por el hecho de la generación o de la concepción, relación que toma en consideración el ordenamiento canónico atribuyéndole determinados efectos”²⁰⁰.

De todo lo anterior se concluye que al abordar la ausencia de una definición de filiación por el CIC, estamos ante un fenómeno Canónico que no viene dado por las peculiaridades propias de la ciencia jurídica en general. Esta ausencia, responde, más bien, a la propia naturaleza y peculiaridad del ordenamiento canónico, y sus principios específicos. Entre estos principios que lo iluminan resultan de gran importancia para comprender esta ausencia de

¹⁹⁹ F. Aznar, *Derecho Matrimonial Canónico*, Salamanca 2003, p. 118.

²⁰⁰ A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 2006, p. 251. En este mismo sentido se pronuncia López – Alarcón y Navarro Valls distinguiendo entre la filiación que considera un hecho biológico y la relación jurídica paterno-filial que se crea a raíz de la misma: “Filiación es la procedencia biológica de un hijo respecto a sus progenitores y relación paterno filial será el vínculo jurídico recíproco entre el hijo y cada uno de sus progenitores, que comporta un entramado de derecho y deberes, potestades y funciones” (M. López Alarcón – R. Navarro-Valls, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Madrid 2010, p. 364). En sentido similar pero menos clara resulta la definición de filiación que se encuentra en el Diccionario General del Derecho Canónico cuando define filiación como: “la relación jurídica que une los progenitores con sus hijos y cuyo fundamento es la relación biológica que se deriva del hecho de la procreación... De esta relación biológica nacen unos deberes de justicia natural que el derecho positivo se ha limitado a encauzar, concretar y desarrollar” (J. Nanclares, “filiación”, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. III, J Otaduy - A Viana – J Sedano, Zizur Menor 2012, pp. 993-4). A este respecto, Nanclares si bien aclara que el fundamento de la filiación es el hecho biológico y que de ella nacen “deberes de justicia natural”, no termina de clarificar, como hacen el resto de la doctrina canónica que la filiación para el Ordenamiento canónico es el mismo hecho biológico.

definición: el de su finalidad espiritual²⁰¹ y el de coordinación entre fuero externo y fuero interno²⁰².

En cuanto a su finalidad espiritual, se debe de destacar que la ordenación jurídica de la Iglesia debe ser congruente con su fin sobrenatural. Esto supone que en el CIC del 83 no solo se tiene que tender a la realización de la justicia, sino también a la equidad fruto de la benignidad y de la caridad...²⁰³. Esta misma finalidad del ordenamiento canónico le supone la exigencia de búsqueda la verdad²⁰⁴. Así, aunque el Derecho canónico, tiene una naturaleza jurídica, como afirma el primer principio²⁰⁵; sin embargo, la tiene según su propio espíritu y fin. En este sentido: “El Derecho canónico no puede menos de estar en relación cada vez más estrecha con la teología y otras ciencias sagradas, ya que también él es una ciencia sagrada...”²⁰⁶.

Por lo que respecta a la coordinación del fuero externo e interno, hay que decir que para el ordenamiento canónico actual sólo hay una potestad de régimen. Por tanto, esta es la misma potestad de gobierno que se ejerce para cada uno de los fueros; sin que el fuero interno pueda ser confundido con la conciencia. Así, se distingue entre un modo público de ejercicio de la potestad y un modo oculto del ejercicio de la misma. De este modo la Iglesia ejerce su potestad para conseguir un fin sobrenatural, en lo que conoce y se prueba en la comunidad. Pero también lo ejerce respecto de todo lo que está en la intimidad

²⁰¹ “Documento de la comisión de consultores revisado por el Sínodo de Obispos en el 67, sobre los principios que debían regir el nuevo CIC”; Prefacio, in: *CIC 83*, La BAC,: “En el nuevo derecho, a fin de favor 1992, XLIII lo más posible la cura pastoral de las almas, además de la virtud de la justicia, debe tenerse en cuenta también la caridad, templanza, humanidad y moderación, con las que se logre la equidad no sólo en la aplicación de las leyes que han de practicar los pastores de almas, sino en la misma legislación, ...”.

²⁰² *Ibidem*: “2º.- Ha de haber una coordinación entre el fuero externo y el fuero interno, que es propio de la Iglesia y ha existido secularmente, de manera que se evite un conflicto entre ambos fueros”.

²⁰³ G. Ghirlanda, *Introducción al derecho eclesial*, Estella 1995, pp. 99 y 100.

²⁰⁴ S. Bueno, *Tratado General de Derecho Canónico*, Barcelona 2012, p. 195.

²⁰⁵ “Prefacio”; in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1992, p. XLIII: “Al renovar el derecho debe mantenerse totalmente la naturaleza jurídica del nuevo código, postulada por la misma naturaleza social de la Iglesia.”.

²⁰⁶ G. Ghirlanda, *Introducción...*, op. cit., 99 y 100.

de la persona, para salir al encuentro de las situaciones particulares en que se encuentra²⁰⁷.

Estos dos principios suponen, en materia de filiación, la consecuencia que el profesor Julio Manzanares constata en el comentario al canon referente a la inscripción de la filiación en el libro de bautismo: “debe de evitarse cuanto sea contrario a la verdad, pero también cuanto pueda resultar infamante para la persona del bautizado”²⁰⁸. Esto es muestra de cómo el reconocimiento y regulación de la filiación, debe estar ordenado siempre a buscar la verdad, natural, espiritual y sobrenatural. Pero en los medios, las formas y los momentos en que se hace deben evitarse todo mal a la moral o a la dignidad de la persona.

El hecho de que el concepto de filiación no venga determinado explícitamente en el CIC 83, y haya que recurrir a otras ciencias y la doctrina de la Iglesia, no quiere decir que no requiera de una regulación en la Iglesia. La filiación tiene aspectos espirituales y sobrenaturales, como se observa claramente a la hora de analizar el Magisterio. Pero también produce otros efectos sociales y jurídicos anejos y tienen una relevancia social y eclesial importante. Incluso podemos decir que en el ámbito eclesial confluyen prácticamente todos estos efectos. Por tanto, esta incidencia en el ámbito eclesial hace que estos efectos deben de ser reconocidos y regulados por el ordenamiento canónico. Estos efectos se producen no sólo respecto a la comunidad eclesial, sino también en las comunidades familiar y política, y afectan a sus relaciones con la Iglesia. Así mismo, esta trascendencia en el ámbito eclesial también exige del ordenamiento canónico el establecimiento de medios de prueba de la relación paterno-filial. Así la regulación canónica en materia de filiación vendría sostenida por la aplicación al campo sustantivo de la filiación del principio de que es jurisdicción de la Iglesia "las causas referentes

²⁰⁷ G. Ghirlanda, *Introducción...*, op. cit., pp. 97-9.

²⁰⁸ J. Manzanares, “sub. c.877”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1999, p. 474 .

a cosas espirituales y a cosas temporales inseparablemente unidas" de acuerdo con el canon 1401.3 del CIC 83, y canon 1055.2 del CCEO.

2.2.- La filiación como fin del matrimonio

Entendemos que dentro del estudio del concepto de filiación subyacente en el Derecho canónico tenemos que hacer una referencia específica a la relación que establece el mismo con el matrimonio al considerar la filiación como un fin del mismo. El motivo de esta referencia es la importancia de la presunción matrimonial de paternidad como medio de realización del derecho a la libre investigación de la paternidad, que estudiamos en puntos posteriores de este capítulo. La comprensión de la misma, tal y como la regula el Derecho canónico, viene establecida por el reconocimiento que hace de la relación específica entre matrimonio y filiación en su propia legislación. No pretendemos pues en este trabajo un estudio pormenorizado del fin matrimonial de la prole, porque excedería el objeto de nuestra tesis que es la determinación de la filiación y no un estudio de derecho matrimonial. Lo que pretendemos en este punto es simplemente completar la base conceptual canónica de la filiación constatando su consideración como fin del matrimonio.

En el CIC 17, la procreación pasó a considerarse el fin principal del matrimonio²⁰⁹. Esta relación consustancial entre matrimonio y filiación se ha equilibrado haciéndose más explícita con el actual c. 1055.1 del CIC 83 cuando afirma que: "La alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por

²⁰⁹ A demás como se desprende del c. 1103.1 del CIC 17 se diferenciaba entre fin esencial y primero, la filiación; y fines secundarios: la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia. Esta diferenciación entre fin principal y secundarios vino dada fundamentalmente por razón de la consideración del objeto del consentimiento matrimonial como un *Ius in Corpus*. Así se entendía primario el fin al que el matrimonio tendía por su propia naturaleza; mientras que los fines secundarios eran aquellos que estaban esencialmente subordinados al primero.

Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”. En el mismo sentido se expresa el c. 766. CCEO.

A este respecto resulta interesante la consideración de M. Calvo Tojo: “Suprimida por el c. 1055.1 del Codex de 1983 la jerarquización -en términos explícitos al menos- de los fines del matrimonio no significa que esté devaluando ese tema de los fines. Al contrario, se refrenda porque el vigente c. 1055.1 entraría los fines- “bien de los cónyuges”; “procreación y educación de la prole” - en el Derecho natural (índole *sua naturali*). Esta es la gran innovación del nuevo Codex. Desde esta perspectiva hay que explicar y aplicar el 1055.1” . En esta línea ha ido moviéndose la jurisprudencia Rotal; sirva como ejemplo de esto la SRR C. Stankiewicz de 22 de febrero de 1996²¹⁰ en la que se recordaba: Que el objeto del consentimiento matrimonial está fundado en el Derecho natural; por tanto, su exclusión suponía la invalidez del consentimiento. Esto lo culmina haciéndose eco de la expresión del CIC 83 (c. 1055.1) refiriéndose a los fines del matrimonio *matrimonii essentielle aliquod elementum*.

Ciertamente como hemos señalado, una de las innovaciones fundamentales del CIC 83 ha sido el considerar que los fines del matrimonio, en este caso la generación y educación de los hijos, se dan en el matrimonio por Derecho natural. A este respecto recordemos cómo esta inclusión de la expresión *Índole sua naturali* en el canon 1055 no es baladí; y fue muy discutida durante el proceso de codificación²¹¹. Así en 1977 se alcanzó la actual redacción que tenía como base firme en el Concilio Vaticano II ²¹².

²¹⁰ SRR, C. Stanckiewicz de 22 de febrero de 1996, in: *ARRT LXXXVIII*: “...obeictum consensus non mutabit, nec mutare potuisset cum agatur de foedere in iure naturali fundato...nullam discriminationem adducit quoad bonum prolis et eiusque relevantiam in ordine ad invaliditatem matrimonii causandam...matrimonii essentielle aliquod elementum...”.

²¹¹ *Communicationes*, 9.1, 1977, pp. 117-8.; -*Communicationes*, 9.1, 1977, p. 123: “Ad primam quaestionem respondet unus Consultor, qui dicit textum canonis non fuisse bene interpretatum a quibusdam organis consultationis, quae censuerunt in canone directe affirmari finem matrimonii esse procreationem. E contra mens Coetus fuit statuere in quo consistat matrimonium: matrimonium fundamentaliter est coniunctio vitae quae coniunctio ordinatur ad prolem; fines autem matrimonii inciduntur in hac dfinitione, quia conunctio ordinata ad prolem importat sive procreationem, sive mutuuum adiutorium, sive remedium concupiscentiae etc., quin in canone directe vel indirecte aliquid dicatur de hierarchia

Por lo que respecta al tema que nos ocupa esta consideración del fin de la prole como fin del matrimonio por Derecho natural supone que entra a formar parte constitutiva del concepto de filiación y de la fisionomía de la misma en el Derecho canónico. Esto supone también la relevancia de la presunción matrimonial de paternidad como medio de realización del derecho a la libre investigación de la paternidad, tal y como estudiaremos. También explicaría, junto con todo lo que hemos señalado en los puntos anteriores, una indisponibilidad por parte de los padres de esta presunción. Esto supone la exclusión en la regulación de la prueba presuntiva de la filiación de todo elemento que dejara en manos de ellos la operatividad de la misma como demostrativa de la relación paterno-filial. Así para poder entender la atribución de la filiación y el derecho a la libre investigación de la paternidad debemos de incluir en la concepción de filiación su especial relación como fin del matrimonio. Esto no obsta que el concepto de padre, madre e hijo así como la atribución de las mismas en el Derecho canónico incluye e iguala a todos los hijos y relaciones paternofiliales.

No podemos dejar de referirnos como la jurisprudencia²¹³ posterior al CIC también ha ido reconociendo la doble dimensión del *bonum prolis*; y del fin de la prole, admitiendo como esenciales tanto la generación como la misma educación de la prole. No se trata de crear una confusión entre estas dos vertientes del fin de la prole sino de corroborar las bases teológicas y espirituales que sustentan los conceptos de paternidad, maternidad y filiación que las unen. Así el Derecho canónico recoge y concreta el Magisterio de la

finium. Ut melius haec mens Coetus redcatur, formula posset ita mutari "...que indole sua naturali etiam ad prolis procreationem...ordinatur".

²¹² Vid Cap. II, ap. 1, pto. F.- La relación procreación, filiación y matrimonio en la doctrina de la Iglesia.

²¹³ Cfr. Coram Stankiewicz, SRR de 26 de mayo de 1983, in: *ARRT LXXV*, nn.2-4, 324-328; C. Pompedda, SRR de 27 de marzo de 1984, in: *ARRT LXXVI*, nn. 5-6, 190 y 191; C. Colagiovanni, SRR de 26 de junio 1984, in: *ARRT LXXVI*, nn. 5-6, 421-422; C. funghini, SRR de 10 de diciembre de 1986; in: *ARRT LXXVIII*, n.4, 700; C. Burke, SRR de 1 de marzo de 1990, in: *ARRT LXXXII*, nn. 6-13, 178-180; C. Bruno, SRR de 28 de mayo de 1993; in: *ARRT LXXXV*, n.3, 426; C. Lanversin, SRR de 15 junio de 1994, in: *ARRT LXXXVI*, nn.7-11, 315-316; C. Stankiewicz, SRR de 22 de febrero de 1996, *ARRT. LXXXVIII*, nn. 6-7, 120-125.

Iglesia si bien posteriormente por su propia metodología tiende a analizar ambas vertientes y sus consecuencias jurídico canónica de manera cada vez más específica. Evidentemente, por el objeto de esta tesis nos hemos centrado en la vertiente generativa de este fin de la prole.

3. La atribución de la filiación en el ordenamiento canónico.

En el ordenamiento canónico los términos de atribución y prueba, quedan sobradamente diferenciados y no sería necesario hacer más distinciones. Así lo podemos deducir si atendemos a lo que el profesor Mostaza nos dice de la filiación natural y el Derecho canónico, que: “La filiación natural es un hecho puramente biológico que da lugar a una relación jurídica entre padres e hijos”²¹⁴. Fundamentalmente esto es debido a que en sede canónica no cabe más distinción entre filiación natural y filiación jurídica que la que se deriva de la adopción. Esta idea, que ya hemos tratado en el anterior apartado, la tenemos que tener presente ahora.

Esta concepción de la filiación como un hecho biológico se hace posible porque la Subjetividad jurídica se adquiere directamente por el bautismo. Además el ordenamiento canónico reconoce a todo ser humano un conjunto de derechos inalienables en el ámbito estrictamente eclesiástico, que es su competencia. Tales derechos tienen su fundamento en la dignidad y derechos de toda persona por su condición humana²¹⁵. Sin embargo es el hecho de ser cristiano el que atribuye la subjetividad canónica ya que es la condición por la que la persona es insertada en el ámbito de relaciones personales y jurídicas eclesiales. Por tanto, según la doctrina de la Iglesia²¹⁶, es el bautismo el que convierte a la persona plenamente en sujeto de derechos y deberes en la Iglesia y su ordenamiento jurídico de acuerdo con los cánones 96 y 204 del CIC 83 y 7

²¹⁴ A. Mostaza, “Matrimonio...”, op. cit., p. 492.

²¹⁵ En este sentido el ejemplo más claro es la posibilidad de toda persona, -bautizada o no-, de demandar en juicio en el fuero eclesiástico a tenor del c. 1476 CIC 83.

²¹⁶ M. Sanz, “Comentario al c. 96”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1999, p. 60.

del CCEO²¹⁷. Así por una parte los derechos fundamentales como persona no se hacen depender de la subjetividad canónica y tampoco de la personalidad civil. Por otra parte los derechos como fiel cristiano vienen determinados por el bautismo. Por tanto la seguridad jurídica de los derechos y deberes como fieles cristianos de las relaciones paterno-filiales no pueden venir garantizadas por el nacimiento, y la anotación del bautismo como pasamos a estudiar no puede tener valor determinativo sino probatorio.

Respecto de la última idea que hemos apuntado, tenemos que considerar que las inscripciones en los libros parroquiales tienen valor probatorio de documento público del canon 1540.1. Así estos documentos dan fe haciendo prueba plena, pero admiten prueba en contrario de acuerdo con las condiciones establecidas. A no ser que de acuerdo con el canon 1541 “conste otra cosa por argumentos contrarios y evidentes, los documentos públicos hacen fe de todo aquello que directa y principalmente se afirma en ellos”²¹⁸. Así el documento público prueba plenamente sin necesidad de ningún otro adminículo o complemento probatorio; pero no tiene efectos ni constitutivos ni determinativos.

Estas dos razones que hemos expuesto, sobre el bautismo como fuente de subjetividad y la anotación del mismo como medio de prueba, se completan y se entienden desde la perspectiva del fin de la *Salus Animarum* del Derecho canónico a la que ya nos hemos referido. Este principio espiritual que incluye la búsqueda de la verdad hace que la seguridad jurídica deba de acomodarse a las mismas y a la naturaleza de espirituales que tienen los bienes jurídicos

²¹⁷ Refiriéndose a la diferencia de contenido entre los cc. 96 y 204 CIC 83 manifiesta Fuenmayor: “La finalidad de estos dos cánones es diferente, aunque ambos contemplan la incorporación a la Iglesia como efecto del bautismo, y se refieren a la posición jurídica dentro de la Iglesia del bautizado. El c. 96 contempla la posición jurídica estática del miembro de la Iglesia, para introducir el tratamiento –en los cc. 97 a 112- de algunas circunstancias que influyen en la condición jurídica estática de la persona física: edad, uso de razón, territorio, parentesco, rito. El c. 204, que utiliza el concepto de fiel cristiano, sirve de texto introductorio para considerar, en los cánones siguientes, la posición jurídica dinámica del miembro de la Iglesia, y en esta perspectiva las obligaciones y derechos de todos los fieles”. En este sentido el c. 7 CCEO resulta equivalente al c. 204 CIC 83.

²¹⁸ A. Fuenmayor, “sub. c. 110”, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañain 2002, pp. 720.

protegidos por el Derecho canónico²¹⁹. Todo ello hace que no pueda establecerse una verdad jurídica que niegue la verdad biológica, natural y sobrenatural de la filiación. De esta manera la seguridad jurídica en la educación de los hijos en la fe y en la recepción de los sacramentos se tendrá que realizar contando con la verdad natural y sobrenatural que se contiene en el dato biológico de la filiación, paternidad y maternidad.

4.- La adopción como atribución jurídica de la filiación

A la hora de estudiar esta forma jurídica de atribución de la paternidad, debemos de partir de una definición clara de lo que es la adopción. En este sentido afirma Aznar: “un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultaría de la filiación legítima. Se trata, por tanto, de un vínculo creado a imitación del producido por la generación. La adopción, en suma, es la aceptación de una persona como hijo o hija propio”²²⁰ Así, el efecto principal de la adopción es que los adoptados pasan a considerarse como hijos de aquél o aquellos que los adoptaron. Así, la realidad jurídica de la adopción es un título constitutivo de la filiación. Se trata, pues, de una auténtica atribución de la filiación de naturaleza puramente jurídica y completamente al margen del hecho biológico de la filiación, que no lo niega pero se superpone y lo deja sin efectos jurídicos, exceptuando el impedimento matrimonial del canon 1094. Por ello la canonización de la adopción prevista en el canon 110 del CIC 83 es un título y modo de atribución de la filiación distinto de la atribución natural, y cuya naturaleza y origen es puramente jurídico. Como consecuencia entendemos que el CIC 83, con el término se refiere exclusivamente a la institución de tal

²¹⁹ S. Bueno, *Tratado General de Derecho Canónico*, Barcelona 2012, p. 195: “Prevalencia de la verdad material sobre la verdad formal, incluso con sacrificio de la seguridad jurídica, por ello, en las causas judiciales sobre el estado de las personas, la firmeza de la sentencia (verdad jurídica formal) no provoca la excepción de cosa juzgada, pues queda abierta la posibilidad de presentar la verdad material en un nuevo juicio; por esta misma razón, el Derecho canónico se resiste al uso doctrinal de la ficción jurídica, pues prefiere forzar los conceptos y las normas para adaptarlos a la realidad antes que forzar la realidad para adaptarla a la norma”.

²²⁰ F. Aznar Gil, *Derecho Matrimonial Canónico Vol I Cánones 1055-1094*, Salamanca 2001, p. 452.

adopción y no de otras figuras cercanas a la adopción como la tutela, la curatela, el acogimiento familiar...²²¹ reconocidas en nuestro ordenamiento u en otros. Cabría precisar que cuando hablamos de acogimiento familiar incluimos el acogimiento preadoptivo.

De acuerdo con todo lo antedicho, la definición de adopción de la que parte el canon 110 a la hora de establecer la canonización corresponde a la denominada adopción plena. Esta adopción plena es la única reconocida como tal en el Derecho secular español. Sin embargo no en todos los ordenamientos jurídicos estatales se entiende por adopción la adopción plena, o al menos de forma exclusiva. Así, actualmente en otros ordenamientos jurídicos existen modalidades de adopción que no supondrían una ruptura total de las relaciones jurídicas del adoptado con la familia biológica²²².

4.1.- Canonización de la norma civil en materia de adopción en el CIC 83

Los cánones 1059²²³ y 1080²²⁴ del CIC 17 canonizaban los efectos civiles respecto a los impedimentos matrimoniales. Estos impedimentos los dividía tanto en impedientes, -que hacían ilícito el matrimonio-, y en dirimentes, -que lo invalidaban-. Así, el efecto de la adopción de convertirse en hijo era reconocido en el ámbito de la habilidad para el matrimonio. Sin embargo, esto era un efecto indirecto de unas normas que tenían como objetivo la armonización de la normativa civil y canónica en materia de los impedimentos para el matrimonio. Pero, a pesar de que estos cánones puedan considerar antecedentes del canon

²²¹ F. Aznar Gil, "sub. c. 1094", in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2011, p. 633.

²²² Por ejemplo los ordenamientos islámicos que se inspiran en la Sharia que prohíbe la adopción plena (A. Motilla, "El derecho sucesorio islámico", in: *Derecho de familia islámico, los problemas de adaptación al Derecho Español*, Navacarnero (Madrid) 2002, pp. 98-100).

²²³ C. 1059, CIC 17: "In iis regionibus ubi lege civili legalis cognatio ex adoptione orta, nuptias reddit illicitas, iure quoque canonico matrimonium illicitum est".

²²⁴ C. 1080, CIC 17: "Qui lege civili inhabiles ad nuptias inter se ineundas habentur ob cognationem legalem ex adoptione ortam, nequeunt vi iuris canonici matrimonium inter se valide contrahere".

110 del CIC 83, no podemos sino reconocer la radical novedad que supone la legislación del CIC 83 actual en la materia.

El canon 110 afirma taxativamente que los hijos que han sido adoptados de conformidad con el Derecho civil se consideran hijos de aquel o aquellos que los adoptaron. La norma contenida en este canon ya se encontraba en el esquema de esta parte del CIC 83²²⁵. Sin embargo, esta fórmula tiene una diferencia respecto de la propuesta realizada en el seno de la comisión revisora que dio lugar a la misma. Esta es que en el texto del canon no se hace referencia explícita a la calificación de legitimidad del hijo adoptado²²⁶. Ciertamente, esta consideración de legítimo resulta obvia, pero su ausencia hace pensar en la escasa importancia que le presta el legislador.

La norma contenida en el canon tiene como requisito la adopción legal a tenor de la ley civil, lo cual supone una canonización de la ley civil al respecto. No obstante, esta canonización es tan solo parcial, porque se refiere a la adopción, pero no a los efectos respecto del matrimonio²²⁷. Así, los efectos canónicos de la adopción respecto del matrimonio son independientes de los civiles. Por tanto, a diferencia de lo que ocurría en el CIC 17, en la actualidad no existe una canonización de los efectos civiles respecto del impedimento de parentesco legal; como tampoco existe del resto los impedimentos matrimoniales.

Podemos afirmar, pues, que en el orden canónico, la adopción civil produce los efectos propios en relación a la patria potestad del adoptante respecto al adoptado en las siguientes materias²²⁸:

²²⁵ F. Aznar Gil, "La inscripción o registro de los hijos adoptados...", op. cit., p. 136.

²²⁶ A. Fuenmayor, "sub. c. 110", in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañain 2002, pp. 758-9.

²²⁷ M. Sanz, "sub. c. 110", in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1999, pp. 67-8.

²²⁸ A. Fuenmayor, "sub. C. 110", in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañain 2002, p. 760.

- La primera es en lo que respecta a la capacidad del menor y su domicilio legal.

- También en la conducta y responsabilidad de los padres respecto de la administración de los sacramentos a sus hijos.

- Así mismo, en la obligación y el Derecho de los padres de educación a los hijos y en especial a la educación en la fe y la iniciación en la vida cristiana.

- En la intervención de los padres en la celebración del matrimonio de menores de edad.

- Por último, en la sanción prevista para los padres o quienes hacen sus veces que entregan a sus hijos para que sean bautizados o educados en una religión acatólica.

A pesar de la claridad del texto del canon 110 y debido a su concisión han quedado planteadas dos cuestiones doctrinales respecto del mismo:

A) NATURALEZA Y ALCANCE DEL CANON 110

La primera cuestión sería la naturaleza y por tanto el alcance de la norma que prevé la canonización de la adopción. A este respecto ya hemos estudiado en el punto anterior a que se refiere el canon 110 con el término *adoptati sint*. Otra cuestión que se plantea acerca de la naturaleza de la norma contenida en el mencionado canon es sobre la finalidad de la norma y su alcance. A este respecto entendemos que este precepto del canon 110 supone una norma de reenvío para establecer la atribución de filiación que canoniza, y sólo con este fin. En este sentido, lo expone A. Fuenmayor al explicar: “El parentesco legal nace en el ordenamiento canónico siempre que se constituya

una adopción en la ley civil. Es un presupuesto del que se derivan efectos jurídicos tanto en el ordenamiento civil como en el canónico. ..."²²⁹.

Esto supone, en primer lugar, un límite frente a otras figuras jurídicas en los ordenamientos seculares que en cierta manera vinculan al menor con una familia, como ya hemos estudiado. Pero, además, atendiendo a la naturaleza de norma de reenvío entendemos que lo que canoniza canon 110 son las resoluciones judiciales de adopción realizadas de conformidad con el Derecho civil.

Tampoco podemos olvidar que no en todos los sistemas de adopción el adoptante adquiere todos los derechos frente al progenitor y el adoptado pasa a ser hijo del mismo²³⁰. Así se distingue entre sistemas de adopción plena y no plena o simple²³¹. Ante estas cuestiones Pérez de Heredia entiende que el texto del CIC 83 se refiere a la adopción plena afirmando que: "la adopción se toma en sentido estricto, es decir, como aquel acto jurídico por el que una persona extraña es asumida por otra como hijo"²³². Sin embargo surge la cuestión de qué ocurre en los casos de ordenamientos donde la adopción no se entiende aún en sentido pleno; un caso claro sería el de los países cuya tradición jurídica es islámica. A este respecto, entiendo que es pertinente aclarar que el canon 110, no contiene una definición de adopción. Sin embargo, como hemos tratado, atribuye al adoptado las consecuencias de la filiación previstas por el Derecho canónico. Por tanto, no entiendo que a este respecto sea relevante si la legislación estatal concede al adoptado todo el estatuto de hijo o no, porque a efectos canónicos tendría igualmente esta consideración.

²²⁹ A. Fuenmayor, "sub. C. 110", in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 2002, p. 759.

²³⁰ Por ejemplo Ya hemos referido en los capítulos anteriores a los ordenamientos islámicos que se inspiran en la Sharia que prohíbe la adopción plena (A. Motilla, "El derecho sucesorio islámico", op. cit., pp. 98-100).

²³¹ F. Blasco Gascó, "La adopción", in: "Derecho de familia", Valencia, 1997, p. 333: "...Igualmente la adopción plena surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza, matrimonial y la no matrimonial, conforme a las disposiciones del Código. La adopción simple se manifestó como una institución socialmente intrascendente y de poca utilidad hasta el punto que ha desaparecido con la reforma de 1987...".

²³² I. Pérez de Heredia, "sub c. 1094", in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe, Fuentes y Comentarios de todos los Cánones*, A. Benlloch Poveda, (Dir.), Valencia 1993, p. 492.

B) EXTINCIÓN Y CESACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

Otra cuestión respecto a la cual la doctrina llega a conclusiones que no son totalmente coincidentes es la de la cesación de los efectos de la adopción. Para estudiar esto nos tenemos que referir a la cesación del impedimento matrimonial de parentesco legal del canon 1094 del CIC 83. A este respecto afirman Aznar y Sanz respectivamente: “También creemos que cesa cuando a tenor de la legislación civil, desaparece la adopción”²³³; “Puede ser dispensado por el ordinario del lugar y si cesa el origen del mismo, es decir la adopción”²³⁴. Sin embargo el profesor Fuenmayor manifiesta: “Ahora – dada la regulación canónica, independiente de la civil- no puede afirmarse que el cese del parentesco legal (por impugnación o revocación de la adopción realizada de conformidad con el Derecho civil) sea causa del cese del impedimento. Parece más fundada la opinión que considera el impedimento *ex se perpetuo*, y que entiende que solo puede cesar por dispensa canónica, que corresponde al ordinario del lugar (canon 1078.1)”²³⁵. En definitiva se ponen de relieve dos planteamientos distintos de la cesación del parentesco legal: por una parte Aznar y Sanz plantean dos vías, la dispensa canónica y la extinción civil de la adopción; por otra, Fuenmayor entiende que sólo cabría la dispensa canónica.

En este apartado, tenemos que mencionar de manera específica a la extinción de la adopción por falta de anuencia de los padres. En el Derecho civil se prevé la extinción de la adopción por la falta de asentimiento de los padres biológicos tal y como trataremos al estudiar el ordenamiento civil²³⁶. Resulta evidente que tampoco en sede canónica sería admisible el mantenimiento de estas adopciones contrarias a los principios del Derecho canónico, tanto éticos,

²³³ F. Aznar Gil, “sub. c. 1094”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2011, p. 633.

²³⁴ M. Sanz, “sub. c. 110”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1999, pp. 67-8.

²³⁵ A. Fuenmayor, “sub. c. 110”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1999, p. 761.

²³⁶ Vid. Cap. VI, ap. 1. Atribución jurídica de la filiación por adopción.

pastorales, como de familia y relación paterno-filial. A partir de tal cuestión resulta necesario plantearse en sede canónica el modo específico de extinción de estas adopciones y la seguridad jurídica necesaria en las mismas. Esto supone ir más allá de las dos posiciones sobre la cesación de los efectos de la adopción y delimitar un cauce jurídico canónico operativo.

Para ello no podemos dejar de tener en cuenta el punto de partida de la eficacia de la canonización de la adopción prevista en el canon 110 del CIC 83. Como ya hemos desarrollado no todos los autores consideran de igual manera los efectos respecto de esta canonización. También debemos prestar atención a que la canonización de la adopción es propiamente de la misma institución de la adopción y no de la normativa respecto de la misma. Sin embargo, atendiendo a la consideración de M. Sanz y F. Aznar habría que entender que cualquier extinción de la adopción en el ámbito civil la extinguiría también en el fuero canónico *ipso facto*. Esto supondría que la misma resolución civil que revoca la adopción sería título suficiente para entender que la canonización de la adopción queda extinta. Así pues la rectificación de la partida de bautismo sería inmediata y bastaría con la presentación de la resolución civil. Sin embargo atendiendo a la opinión de Fuenmayor no bastaría la extinción de la adopción por la vía civil para entenderla extinta para el ordenamiento canónico. El motivo sería que dado que la canonización no es respecto de la legislación civil de la adopción sino solamente se canoniza la constitución de la misma, la resolución civil no sería título jurídico válido para extinguirla.

Debemos de aclarar que esta diferencia de consideración respecto del alcance de la canonización no supone, en ninguno de los dos casos, la necesidad de un procedimiento judicial de carácter extintivo. Tampoco sería necesario siempre un procedimiento administrativo de solicitud de parte de la dispensa del impedimento de parentesco legal. En casos como los de falta de anuencia de los padres entendemos que lo podría instar de oficio el ordinario cuando tuviera constancia de tal resolución civil, o a instancia del párroco o del hijo fuera del ámbito del derecho matrimonial.

En realidad, si partimos de la posición que se deriva de la doctrina expuesta por Aznar y Sanz, y atendiendo a que la inscripción de bautismo en Derecho canónico solo tiene carácter probatorio y no determinativo, ni siquiera sería necesario un procedimiento administrativo para procurar la prueba o efectos de tal extinción de la adopción. Sin embargo, a nivel probatorio y del tráfico jurídico ordinario, resultaría muy importante la corrección registral en la inscripción de bautismo en casos de extinción de la adopción. Hay que tener en cuenta que la partida de bautismo es el asiento principal donde se hacen las anotaciones marginales de lo que afecta al estado de vida en la Iglesia de acuerdo con el canon 535.2. Tampoco debemos de olvidar que el Derecho canónico tiene las relaciones parentales como base de una gran cantidad de instituciones. Así, la relación paterno-filial no sólo es básica en Derecho de familia; sino en todo el ordenamiento canónico a través de la misma familia que aparece como Iglesia doméstica. Por otra parte, también habría que tener en consideración que “El párroco no puede modificar sin expresa autorización de la Curia ninguna partida y cuando lo haga debe adjuntar siempre el decreto correspondiente que lo autoriza”²³⁷

Así pues, la diferencia fundamental que se deduciría de las consideraciones de Aznar y Sanz por una parte y Fuenmayor por otra vendría respecto de la consideración de la naturaleza de estos procedimientos. En el primer caso se trataría tan solo de la declaración de una situación jurídica que vendría dada por el mismo c. 110 y la resolución civil; tal declaración reconocería como extinta la adopción. Mientras que en el segundo caso, siguiendo a Fuenmayor, el procedimiento administrativo tendría naturaleza pura y simplemente extintiva. Sin embargo, en ambos supuestos lo que sí tendrían estos procedimientos es naturaleza ejecutiva de la extinción para el ámbito del bautismo.

De todo lo estudiado en este punto inferimos que parece razonable en los casos en que el ordinario tenga constancia documental pública de de una sentencia extintiva de la adopción decrete la rectificación del bautismo. Tal

²³⁷ Cf. J. San José, “La misión de Santificar...”, op. cit., p. 65-6

modificación supondría que los padres adoptivos dejarían de constar como tales. También se harían constar los padres naturales, en la medida en que sean conocidos y atendiendo a las normas del canon 877 que estudiaremos posteriormente. En este sentido hay que aclarar que el Ordinario puede actuar de oficio con independencia de que hubiera tenido noticias de tal situación por medio del párroco, del fiel bautizado, o por cualquier otro cauce.

4.2 Problemática de las adopciones contrarias a la doctrina de la Iglesia

Si bien hemos tratado como el canon 110 consiste en una canonización de la adopción y no de los efectos de la misma, la canonización no deja de ser una auténtica asunción de la normativa civil. Por tanto la normativa civil respecto al hecho mismo de la adopción pasa a formar parte del ordenamiento canónico. Pero esto supone que esta norma también pasa a estar sometida a sus principios y ordenada a sus propios fines. Estos principios y estos fines, se constituyen pues en las condiciones en que se ha de producir dicha canonización. En este sentido resultaría de aplicación el canon 22 CIC 83 cuando afirma que: “Las leyes civiles a las que remite el Derecho canónico deben observarse en derecho canónico con los mismos efectos, en cuanto no sean contrarias al Derecho divino ni se disponga otra cosa en el Derecho canónico”. En el mismo sentido se manifiesta el canon 1505 del CCEO. Efectivamente, no sería admisible que por la vía de la canonización el Derecho canónico fuera en contra de sus principios, fines o de su propia *mens legislatoris*. En este sentido no podemos dejar de tener en cuenta el carácter pastoral del ordenamiento canónico. Esto supone que también hay que tener presentes el Magisterio de la Iglesia, especialmente el referente a la familia y al matrimonio. Desde aquí debemos entender la afirmación de Serrano²³⁸, en el contexto de la Pontificia Academia Pro Vita, que

²³⁸ J.M. Serrano, *L'adozione come alternativa alla Fivet*; in: *La dignità umana, aspetti antropologici ed etici*, Pontificia Academia Pro Vita, Città del Vaticano 2005, p. 266: “È possibile determinare l'interesse del minore in vista del telos dell'individuo umano, e in connessione con i valori socialmente rilevanti. È possibile determinarlo in connessione con i diritti naturali delle famiglie, con la definizione stessa di famiglia, con la validità della sussidiarietà nell'attività delle istituzioni sociali e politiche, con l'interpretazione di cosa è l'educazione, e così via. Naturalmente, questa visione può oscurarsi in certi momenti, come avviene al presente

subraya la estrecha relación entre “bien del menor”, -invocado por los ordenamientos civiles en su legislación en la materia- y regulación respecto de la definición de familia.

Según lo antedicho, no toda la normativa de los ordenamientos seculares actualmente sería compatible con los principios ni fines del Ordenamiento canónico. En este sentido el ordenamiento canónico sí contiene una definición de matrimonio en el canon 1055.1 CIC 83, que haciéndose eco de las Constituciones Apostólicas *Gaudium et Spes*²³⁹ y *Lumen Gentium*²⁴⁰ y el decreto Apostólicam *Actuositatem*²⁴¹, afirma que: “La alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”. Este canon, base de todo el derecho matrimonial y de familia en el Derecho canónico, impone unos límites más allá de las

nella maggioranza delle nostre società, ma non è molto difficile provare che ciò è dovuto ‘alla falsa prudenza del saggio e all’abuso del potente’”.

²³⁹ Conc. Vat. II, “Constitución Apostólica *Gaudium et spes*”, n. 48, *A.A.S.* 58 (1966) 1067-1068: “por su propio carácter natural, la institución misma del matrimonio y el amor conyugal están ordenados a la procreación y educación de la prole y con ellas son coronados como su culminación. Así, el hombre y la mujer, que por la alianza conyugal ya no son dos, sino una sola carne (Mt 19,6), se presentan mutuamente ayuda y servicio mediante la unión íntima de sus personas y sus obras, experimentando el sentido de su unidad y lográndola más plenamente cada día...”.

²⁴⁰ Conc. Vat. II, “Constitución *Lumen Gentium*”, n. 41; in: *A.A.S.* 57 (1965) 45: “...Los esposos y padres cristianos, siguiendo su propio camino, deben apoyarse mutuamente en la gracia, con un amor fiel a lo largo de toda su vida, y educar en la enseñanza cristiana y en los valores evangélicos a sus hijos recibidos amorosamente de Dios. De esta manera ofrecen a todos el ejemplo de un amor incansable y generoso, construyen la fraternidad de amor y son testigos y colaboradores de la fecundidad de la Madre Iglesia como símbolo y participación de aquel amor con el que Cristo amó a su esposa y se entregó por ella...”; Conc. Vat. II, “Constitución *Lumen Gentium*”, n. 11; in: *A.A.S.* 57 (1965) 40: “...Finalmente, los esposos cristianos, con la fuerza del sacramento del matrimonio, por el que representan y participan del misterio de la unidad y del amor fecundo entre Cristo y su Iglesia (Cf. Ef 5,32), se ayudan mutuamente a santificarse con la vida matrimonial y con la acogida y educación de los hijos...”.

²⁴¹ Conc. Vat. II, Decreto *Apostólicam Actuositatem*, n. 57, in: *AAS* 58 (1966) 837-864: “...Los esposos cristianos son mutuamente para sí, para sus hijos y para los restantes familiares cooperadores de la gracia y testigos de la fe. Son para sus hijos los primeros predicadores y educadores de la fe; con su ejemplo y su palabra los forman para la vida cristiana y apostólica, los ayudan prudentemente a elegir su vocación y fomentan con todo cuidado la vocación sagrada cuando despusna en ellos”.

puramente técnicos a la canonización de las adopciones de los ordenamientos seculares.

La ley española de 11 de noviembre de 1987²⁴² que modificó el Código civil en materia de adopción preveía la posibilidad de la adopción solamente por una sola persona o por un hombre y una mujer unidos en matrimonio o viviendo de forma permanente en una relación de afectividad análoga a la conyugal. Respecto a esta ley, Aznar señalaba, que podía plantear diferentes problemas en el orden canónico²⁴³. Sin embargo, los supuestos recogidos en esta ley no eran abordados explícitamente en el Magisterio, pero sí encontramos alguna referencia doctrinal destacada²⁴⁴.

A este respecto, hemos de señalar que el Magisterio sí se ha referido para rechazar explícitamente las adopciones conjuntas por personas del mismo sexo²⁴⁵. Por tanto, en el ámbito de nuestra legislación son las normas que

²⁴² Ley 11 de noviembre de 1987, nº 21/1987 (BOE, nº 275, 17 de noviembre), que modifica el CC. y la L.E.C. en materia de adopción y otras formas de protección de menores. Art. 175.4: "Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. ...".

²⁴³ F. Aznar Gil, "sub c. 1094", in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2011, p. 633.

²⁴⁴ J.M. Serrano, "L'adozione..." , op.cit., p. 257: "...La Chiesa può accettare la natura lecita dell'adozione da parte di una persona singola, sebbene senza dubbio la nostra adesione vada all'adozione da parte di copia sposata, quando possibile, ma difficilmente può accadere lo stesso reuguardo all'adozione da parte di coppie di fatto. L'altro dato rilevante è che l'adozione non pone i problemi morali che esistono riguardo alla FIVET o ad altre forme di riproduzione assistita".

²⁴⁵ Pontificio Consejo para la Familia, *Simposio internacional familia y adopción*, Sevilla 1994: "Denunciamo fermamente come gravemente lesivo dei diritti del bambino, della convenzione delle Nazioni Unite sul diritti dei bambini, dell convegno dell'Aia, dei principi ispiratori dell'adozione e della concezione stessa della famiglia, la raccomandazione del Parlamento Europeo sulla presunta facoltà di adozione da parte delle unioni omosessuali o lesbiche. Inoltre, detta raccomandazione non riconosce e contraddice ciò che è stato contemplato nella dichiarazione Universale del Diritto Umani del 10 dicembre 1948...Si oppone anche al Convegno per la tutela dei Diritti umani e delle Libertà fondamentali del 14 novembre 1950..."; Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales", n. 5, in: *OR 1.8.2003, p.4; Communicationes 35 (2003) 214-223*: "ante el reconocimiento legal de las uniones homosexuales, o la equiparación legal de éstas al matrimonio con acceso a los derechos propios del mismo (entre los que se encuentra el reconocimiento de su capacidad jurídica a la adopción de menores), es necesario oponerse en forma clara e incisiva. Hay que abstenerse de cualquier tipo de cooperación formal a la promulgación o aplicación de leyes

permiten la adopción conjunta²⁴⁶ de personas del mismo sexo las que han planteado mayores problemas. El motivo es que resultan contrarias a la concepción de la Iglesia del matrimonio, -ya referida-; y, en consecuencia, el derecho de todo hijo de nacer y educarse en una familia fundada en el matrimonio, tal y como lo entiende la Iglesia. Así, entran en juego la concepción de matrimonio en relación con las relaciones paterno-filiales. De todo ello extraemos los siguientes principios previos a profundizar en el tema:

La problemática de integración surge tan solo respecto de las adopciones conjuntas. Es en los casos de adopción conjunta donde la concepción canónica de matrimonio debe tutelarse ante una discordancia con la normativa civil. En consecuencia respecto de la canonización de la adopción individual no se ha detectado ninguna discordancia entre la normativa canónica y nuestra normativa civil o de nuestro entorno.

También entendemos respecto a esta necesidad de tutela del matrimonio tal y cómo lo entiende la Iglesia en su regulación de la adopción. En este sentido afirma Aznar: "La Iglesia católica, además de proseguir con su Magisterio sobre el matrimonio en la sociedad, deberá tutelar canónicamente, de forma cada vez más nítida, su propio modelo matrimonial para que éste responda adecuadamente a su doctrina y no se vea perjudicado por decisiones civiles alejadas, y hasta contrarias, de sus enseñanzas doctrinales, y que por la vía de la canonización de las leyes civiles, o su remisión a las mismas, encuentran acogida en el ordenamiento canónico matrimonial, modificando sensiblemente la misma institución matrimonial. Es el caso de la canonización generalizada de las legislaciones civiles sobre la constitución de la adopción"²⁴⁷.

tan gravemente injustas, y asimismo, en cuanto sea posible, de la cooperación material en el plano aplicativo".

²⁴⁶ ley 13/2005 de 1 de julio que Modifica el Código Civil y arts. 235-30 en relación con el art 231-2 del Còdi Civil de Catalunya.

²⁴⁷ F. Aznar, "Homosexualidad Y adopción. Implicaciones canónicas" In: *Scripta fulgentina*, XIII, n^o 25-26, 2003, p. 185.

Por tanto, también debemos advertir que no vamos a hacer un estudio desde la ciencia moral o psicológica sino que nos ceñimos estrictamente al campo del Derecho canónico.

B) LIMITES A LA CANONIZACIÓN DE LAS ADOPCIONES

De acuerdo con las conclusiones del estudio realizado que acabamos de exponer, la relación entre filiación y matrimonio sólo afecta a las adopciones conjuntas. Por tanto, no supone ningún obstáculo para las adopciones hechas por una sola persona. Así, las adopciones conjuntas, sólo serían canonizables en el ámbito matrimonial, es decir cuando los adoptantes bautizados estuviesen unidos por matrimonio. La razón es el derecho del menor a nacer de una familia fundada en el matrimonio²⁴⁸. A este respecto tenemos que remitirnos analógicamente a la referencia al matrimonio que hace el canon 1137 al referirse a la prescripción en la presunción de paternidad. Con esta referencia al mencionado canon constatamos que cuando el CIC se refiere a la relación entre matrimonio y filiación tiene por matrimonio el considerado como válido o putativo según sus propias normas.

Esto supone que no sería posible la canonización de adopciones hechas conjuntamente por parejas que no sean matrimonio válido o putativo para la Iglesia Católica. En este sentido se manifiesta claramente Serrano²⁴⁹ que la Iglesia acepta la adopción unilateral. Sin embargo, también afirma que, en concordancia con su doctrina del matrimonio no puede aceptar la adopción conjunta por una pareja de hecho, aunque esta sea de hombre y mujer. Según este criterio tampoco sería canonizable la adopción conjunta por una unión matrimonial civil entre católicos que no hubieran abandonado la Iglesia por

²⁴⁸ Congregación para la Doctrina de la Fe, *Instrucción Donum Vitae II*,2.1.B, in: A.A.S. 80 (1988): "Todo ser humano debe ser acogido siempre como un don y bendición de Dios. Sin embargo, desde el punto de vista moral, sólo es verdaderamente responsable, para con quien ha de nacer, la procreación que es fruto del matrimonio"; Congregación para la Doctrina de la Fe, *Instrucción Dignitas Personae*, in: AAS. 80 (1988): "c) los valores específicamente humanos de la sexualidad, que «exigen que la procreación de una persona humana sea querida como el fruto del acto conyugal específico del amor entre los esposos".

²⁴⁹ J.M. Serrano, "L'adozione come alternativa alla Fivet"; in: *La dignità umana, aspetti antropologici ed etici*, Città del Vaticano 2005, p. 257.

acto formal. Tampoco sería pues canonizable la adopción conjunta por parejas del mismo sexo hayan accedido o no al matrimonio civil.

Conviene aclarar a este respecto que las adopciones por una sola persona serán canonizables con independencia de la orientación o identidad sexual del adoptante. Asimismo, debemos advertir que estos límites a la canonización de las adopciones no afectarían a la tutela de los menores que de acuerdo con el c. 98, respecto a la designación y potestad de los tutores, se deben observar las prescripciones del Derecho civil, a no ser que se establezca otra cosa por el Derecho canónico o que el Obispo diocesano, con justa causa, estime que en casos determinados ha de proveer mediante nombramiento de otro tutor.

C) PROPUESTAS DOCTRINALES

A este respecto el profesor Aznar hace una propuesta para adaptar la canonización de las adopciones del Estado a las exigencias de los principios del Derecho canónico en materia de canonización: "...se debe de mantener, ciertamente, el C. 110 como principio general ...ahora bien: la canonización de la legislación civil no debería ser absoluta: como lo es ahora, sino parcial, estableciendo algunas limitaciones a la misma tal como sucede, por ejemplo con la prescripción donde se determina que "la iglesia recibe, tal como está regulada en la legislación civil de la nación respectiva, la prescripción ... con las excepciones establecidas en el canon 198 del CIC 83 y teniendo algunas de estas un claro fondo ético y moral". O lo referente a los contratos donde se determina que "lo que en cada territorio establece el Derecho civil...salvo que sea contrario al Derecho divino o que el Derecho canónico prescriba otra cosa"²⁵⁰.

Esta propuesta nos parece muy importante pues una legislación específica al respecto supondría una seguridad jurídica que puede evitar conflictos. Así una mayor autonomía del ordenamiento canónico en la cuestión de la adopción permitiría a la Iglesia una mayor autonomía en materia de filiación. Con ello la Iglesia daría cauces jurídicos en materia de adopción que

²⁵⁰ F. Aznar, *"Homosexualidad Y adopción..."*, op.cit., p. 185.

tutelarán mejor su concepción del matrimonio y la filiación dentro de la sociedad actual.

4.3 Reconocimiento de efectos a la adopción civil en el CCEO

El CCEO no recoge una norma de canonización explícita de la adopción. Sin embargo, le atribuye directamente efectos a la adopción civil²⁵¹. Esto produce fundamentalmente los siguientes ámbitos: - la inscripción de la misma en la anotación del bautismo (cánones 689.3 y 296.2 del CCEO); - respecto a la iglesia sui iuris de adscripción del canon 29.2,2º del CCEO; - y como impedimento matrimonial del canon 812 del CCEO.

La situación de vacío legal ha sido explicitada por Manzanares en los siguientes términos: "...no hay en el texto legal oriental orientación sobre que normas regulan la constitución de la adopción, a pesar de los varios cánones que se refieren a la adopción"²⁵². Pero la no existencia de una canonización explícita de la norma civil no sería óbice para considerar que no pueden reconocerse efectos a adopciones que fueran contrarias a los principios del ordenamiento canónico. Ciertamente, en estos casos, aunque no se hable de canonización, sería incomprensible que se introdujera por la vía de los hechos un fraude de ley o la vulneración de la doctrina magisterial de la Iglesia.

²⁵¹ L. Sbarese, "sub c. 813", in: *Commento al Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano 2001: "Questo impedimento di per sè nasce solo quando si tratta di adozione compiuta validamente per legge civile, dinanzi alla quale il diritto canonico non opera una canonizzazione, ma riconosce l'insorgenza di un impedimento da quella situazione sorta dall'adozione...".

²⁵² J. Manzanares, "sub. c. 812", in: *Código de Cánones de las Iglesias Orientales, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1994, pp. 333-4.

5.- Las técnicas de reproducción asistida y la atribución de la paternidad en el Derecho canónico²⁵³

Las técnicas de reproducción asistida pueden dar lugar a supuestos filiatorios bastante más complejos de aquellos cuya concepción es por el acto sexual. Por ello previamente a tratar el tema consideramos importante recordar dos principios fundamentales en todo el derecho de filiación en el ordenamiento canónico, que hemos estudiado y desarrollado previamente: Primero.- En Derecho canónico, no cabe hablar de filiación jurídica distinta de la natural o adoptiva. Segundo.- No existe limitación de pruebas en materia de filiación, así ha sido históricamente.

En este sentido Guzmán haciéndose eco del Navarrete afirma que: “La relación objetiva de consanguinidad se apoya en que las personas de que se trata provengan, inmediata o mediatamente, de los mismos padres o, al menos, de uno de ellos, entendiendo por “genitores” aquellas personas de las que provienen los gametos, de cuya unión se origina un ser humano. Y esto sea cual sea el modo cómo provengan: natural, artificial, ya sea para realizar la procreación, o para conservar el embrión o el feto, o para realizar la gestación o el parto”²⁵⁴

5.1.- Hijos concebidos por la técnica de la fecundación artificial homóloga

Como afirma Ramírez Navalón: “El hijo así tenido, al ser concebido y nacido durante el matrimonio tendría la calificación de legítimo”²⁵⁵. Por lo tanto, con mayor motivo podemos afirmar que opera la presunción de paternidad.

²⁵³ G. Dammacco, “Manipolazione genetica, procreazione artificiale e diritto canonico: contributo per una lettura dell’istruzione Donum Vitae”, in: *il diritto di famiglia e delle persone*, n 16, 1987, pp. 1081-98. M. Ventura, “Sulla procreazione artificiale. Un fallimento normativo per la Chiesa Cattolica?”, In: *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 20, 1991, pp. 1135-78; M. Ventura, “Vers un droit qui blanchit le thérapie de la stérilité. Église et État solidaires face a la technoscience”, in: *PJR* 9, 1992, pp. 170-93.

²⁵⁴ C. Guzmán Pérez, “Nuevas Técnicas De Reproducción Asistida E Impedimentos”, in: *XXI Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Madrid 2001, p. 89.

²⁵⁵ R. Ramírez Navalón, *Problemas morales...*, op. cit., p. 321.

Sin embargo, creemos importante tratar específicamente dos supuestos controvertidos:

El primero sería cuando el marido impugnara la filiación aduciendo como razones evidentes según el canon 1138,1 del CIC 83 la imposibilidad de tener relaciones íntimas con la mujer en el plazo legal de presunción de paternidad, o incluso alegar impotencia *coeundi*. En este supuesto, nos unimos a la opinión de Ramírez Navalón al considerar que sí operaría la presunción de paternidad, pues aunque “Estas razones podrían ser suficientes antes de que se aplicasen las nuevas formas de fecundación artificial, en la actualidad ni la ausencia del marido en el momento de la concepción, ni la impotencia “*coeundi*” son razones determinantes de la ilegitimidad del hijo”²⁵⁶. Por lo tanto el hijo se le tendría por legítimo.

El segundo sería la denominada “fecundación post-mortem”. “En este caso pues, encontramos que tanto la concepción como el nacimiento se producen después de la del matrimonio, por lo que el hijo, aplicando las reglas de los cánones 1137 y 1138 del CIC 83 es considerado ilegítimo. Sin embargo se puede comprobar de forma contundente y clara que el hijo es biológicamente del marido de la madre”²⁵⁷. Por ello, en este caso, la condición de legitimidad iría al margen de la verdadera paternidad del marido y por lo tanto quiebra el sentido de la calificación de legitimidad. En consecuencia cobra pleno sentido la modificación de la ley “en el sentido de acoger a estos hijos como legítimos”²⁵⁸.

5.2.- Hijos concebidos por la técnica de la fecundación artificial heteróloga

Resulta común a todas las técnicas de reproducción asistida heteróloga el hecho de que; “existirá una verdadera relación de consanguinidad en la forma

²⁵⁶ Ibidem, p. 322.

²⁵⁷ Ibidem., p. 322.

²⁵⁸ Ibidem., p. 323.

en que determina el canon 108²⁵⁹ del hijo respecto del donante. Sin embargo no podemos dejar de obviar la dificultad que ponen las normas de anonimato de los bancos de espermatozoides a la hora de poder ser exigibles los efectos de la filiación. Esta dificultad es elevada en España al rango de imposibilidad en la legislación estatal que en el art. 5.5 de la ley 14/2006²⁶⁰ sobre técnicas de reproducción humana asistida, garantiza el anonimato de la donación, que estudiaremos en temas posteriores²⁶¹. Así queda prácticamente imposibilitada también la iniciativa del hijo que siendo mayor de edad quisiera hacerla constar en instancias eclesiales.

Sin embargo, en los casos excepcionales que establece el mencionado precepto de la Ley de Técnicas de Reproducción asistida, es decir “en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales” el hijo podría llegar a conocer su padre biológico. En tales casos, en el ordenamiento canónico podría reclamar la modificación de la inscripción en los libros eclesiales. Esta modificación haría coincidir el contenido de anotaciones con la realidad biológica de la paternidad-filiación. A estos efectos le servirían cualquiera de los medios probatorios que articula y admite el Derecho canónico. Sin embargo esta posibilidad jurídica no podemos considerarla más que de altísima improbabilidad práctica. No sólo por la extraordinaria excepcionalidad de los supuestos del artículo 5.5 de la Ley de

²⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 257.

²⁶⁰ Art. 5.5, ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes personales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

²⁶¹ Vid. Cap. VI., Ap.2.2., pto. C) La no atribución y determinación de la paternidad o maternidad del donante de gametos o preembriones.

Técnicas de Reproducción Humana Asistida, también por lo extraña de la situación para que el hijo lo solicitara en este caso. Incluso aunque el hijo la consiguiese averiguar nunca adquiriría publicidad civil; así, siempre chocaría la inscripción de bautismo con una paternidad jurídico- civil distinta²⁶². Esto no deja de ser una situación jurídica poco deseable tanto para la persona como para el ordenamiento canónico, pero es posible. Advertimos cómo a nivel canónico esta remota posibilidad sirve para dar una respuesta jurídica que evidencia los valores del Magisterio en materia de filiación, familia y vida. A sensu contrario, con esta posibilidad, la Iglesia evidencia en su ordenamiento que no acepta un “modelo familiar alternativo” fundamentado en una falta de correspondencia con la verdad biológica y que podría calificarse de ficción jurídica²⁶³.

Por lo que respecta al ámbito probatorio de la filiación en el supuesto de esta técnica de fecundación artificial heteróloga, debemos distinguir cinco situaciones: 1. Que el óvulo de la mujer haya sido fecundado con esperma no proveniente del marido. 2. La implantación de un óvulo a la mujer que se fecunda con esperma de otro hombre. 3. Implantación de un óvulo a la mujer fecundado por su propio marido. 4. La implantación de un embrión a una mujer. 5.- La maternidad sustitutiva.

²⁶² Art. 7.2 ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, “En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación ...”. - Art. 8, ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida,): “1.- Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando haya prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

2.- Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el Art. 49 de la ley del Registro civil el documento extendido ante el centro de servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de la paternidad.

3.- La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al Art. 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”.

²⁶³ M.L. Di Piero y E. Sgreccia, *Procreazione Assistita e fecondazione artificiale. La Scuola*, Brescia 1996, op. cit., p. 172: “Con la fecondazione artificiale eterologa si ottiene, dunque, una famiglia diversa da quella tradizionale, una famiglia costruita “artificialmente”, ove tutto è artificio: il rapporto dei genitori con il figlio, del figlio con i genitori, dei genitori tra di loro. Una famiglia “alternativa”, che dovrebbe ricercare –se vi riesce- un nuovo equilibrio non solo genitoriale, ma anche intraconiugale. Non si può, infatti, negare che la famiglia artificiale è una famiglia potenzialmente a rischio di patologie relazionali”.

A) SI EL ÓVULO DE LA MUJER HA SIDO FECUNDADO CON ESPERMA NO PROVENIENTE DEL MARIDO:

Quiebra la presunción de paternidad. Contra la misma presunción cabe presentar pruebas directas o indirectas. En definitiva el mismo canon 1138.1 del CIC 83 insinúa esta idea al manifestar “a no ser que se pruebe lo contrario con razones evidentes”. Esta posibilidad sería relativamente fácil para destruir la presunción de paternidad. Sin embargo, a la hora de atribuir la filiación respecto del padre biológico tiene la gran dificultad de encontrar al verdadero padre de la criatura.

B) LA IMPLANTACIÓN DE UN ÓVULO A LA MUJER QUE SE FECUNDA CON ESPERMA DE OTRO HOMBRE

En este supuesto, la cuestión de paternidad se plantea en los mismos términos y con la misma posibilidad de impugnación del c. 1138.1. Pero a ésta se le añade la cuestión de la maternidad. En este caso, la madre que aporta el óvulo y el material genético no coincide con la madre que gesta y da a luz al niño. Ciertamente, el CIC 83 no tuvo en cuenta este hecho, presuponiendo que la madre era la que daba a luz al niño. Así se hacía eco del viejo aforismo romano *mater semper certa est etiam si vulgo concepit*. Ramírez Navalón afirma: “de nada servirá alegar que el hijo es biológicamente de otra mujer, la donante de óvulos, aunque se pruebe por medio de las pruebas de los grupos sanguíneos, ya que la madre legalmente será siempre la del parto”²⁶⁴.

Sin embargo, siguiendo el criterio de Navarrete y Guzman²⁶⁵ que enunciamos al principio de este apartado entendemos que este aforismo

²⁶⁴ R. Ramírez Navalón, *Problemas morales...*, op. cit., p. 328.

²⁶⁵ Recordamos que este criterio consistía fundamentalmente en la afirmación : “La relación objetiva de consanguinidad se apoya en que las personas de que se trata provengan, inmediata o mediatamente, de los mismos padres o, al menos, de uno de ellos, entendiendo por “genitores” aquellas personas de las que provienen los gametos, de cuya unión se origina un ser humano. Y esto sea cual sea el modo cómo provengan: natural, artificial, ya sea para realizar la procreación, o para conservar el embrión o el feto, o para realizar la

romano presupone la coincidencia entre maternidad biológica por el parto y maternidad genética. No siendo así, no podemos entender sostenible en Derecho canónico el desdoblamiento de la figura de la maternidad y progenitor. Esta maternidad determinada por el parto, por más que se pueda llamar biológica, vendría dada por un aforismo jurídico, es decir por el Derecho. No debemos olvidar como hemos estudiado, en el Derecho canónico la filiación es un hecho prejurídico al que el Derecho otorga medios de prueba y consecuencias jurídicas. Por otra parte el criterio genético es un criterio de progenitura previo al Derecho e igualitario para el caso de la filiación paterna y materna. Por otra parte es el que determina el propio origen a nivel genético, con lo cual se evita el desdoblamiento del derecho a conocer el propio origen y la determinación de la maternidad. Esto sería plenamente coherente con los principios de Derecho canónico en materia de filiación.

C) IMPLANTACIÓN DE UN ÓVULO A LA MUJER FECUNDADO POR SU PROPIO MARIDO

En esta situación la paternidad y la maternidad, de acuerdo con lo que señala Ramírez Navalón se corresponderían con las propias de la presunción por el matrimonio. Así, el Derecho canónico consideraría al hijo como legítimo porque lo habría dado a luz la esposa dentro del matrimonio, o al menos, lo habrían concebido durante la convivencia matrimonial. Sin embargo la misma autora reconoce como una dificultad insalvable que el criterio natural o biológico seguido para tal atribución sería diferente en el supuesto de la paternidad y de la maternidad. Mientras que en el primero sería la aportación genética²⁶⁶. Precisamente por este motivo y por la imposibilidad de escindir la figura de progenitor y maternidad en el Derecho canónico de filiación entendemos que la maternidad correspondería en este caso a la donante.

gestación o el parto" (C. Guzmán Pérez, "Nuevas Técnicas De Reproducción Asistida E Impedimentos", in: *XXI Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Madrid 2001, 89).

²⁶⁶ Ibidem.: "De esta forma nos encontramos con una contradicción en las regulaciones de la determinación de la paternidad y maternidad legítimas, ya que mientras para establecer la paternidad legítima se atiende a la verdad biológica permitiéndose las pruebas biológico-hereditarias, para la maternidad no es así, ya que el único hecho que se podría alegar para destruir la filiación materna sería la falsedad del parto o la sustitución del hijo".

D) LA IMPLANTACIÓN DE UN EMBRIÓN A UNA MUJER

Se trata de la transferencia de un embrión de otra pareja al útero de una mujer casada. Aquí la presunción de paternidad y maternidad sería atacable mediante prueba directa e indirecta. A este respecto Ramirez Navalón señala que si la legislación civil lo hubiera considerado una adopción, estaríamos ante un hijo legítimo en virtud de la canonización de la adopción del canon 110 del CIC 83. Pero no ha ocurrido esto en España²⁶⁷.

E) LA MATERNIDAD SUSTITUTIVA

Siguiendo los mismos criterios que en los casos anteriores, no entendemos aplicable el criterio del parto. En tal caso, la maternidad correspondería a los donantes de gametos, si tales donantes fueran matrimonio, siguiendo el criterio del canon 1138.1, sería hijo legítimo de tal matrimonio. Esta consideración sería independiente de la consideración moralmente ilícita de la gestación subrogada, tal y como hemos estudiado al tratar el Magisterio.

6.- Clonación humana y filiación en el Derecho canónico

Así como en el CIC 83, nada se refiere específicamente a las técnicas de reproducción asistida, tampoco existe una referencia específica a la clonación humana. Se trata de un tema cuyo cuestionamiento ha aparecido en las últimas décadas, por tanto cualquier evaluación de las consecuencias aún se circunscribe más al campo científico y bioético. Sin embargo, la sociedad de la información en la que vivimos y el rápido y constatable avance científico apremia cada vez más a dar una respuesta interdisciplinar, en la que no debe

²⁶⁷ Art. 1.1c ley 14/2006, de 27 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida: "La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados". Con lo cual se considera estos casos la determinación de la paternidad según las características propias de la reproducción asistida y no de la adopción.

faltar la disciplina jurídico-canónica. La cuestión jurídica que aquí nos atañe sería la relativa a la consideración de la paternidad – filiación.

Ciertamente ya hemos señalado que la clonación humana no es asimilable a la técnica de inseminación artificial. La clonación supone una quiebra de los conceptos de paternidad y maternidad mucho mayor, lo cual supone una consideración jurídica específica y diferenciada. Así ante la hipotética situación de una clonación humana ¿Podríamos considerar que existiría una atribución natural de la paternidad? Puede ayudar a aclararlo las reflexiones de la Academia Pontificia de la Vida, publicadas el 25 de junio de 1997: “En el proceso de clonación humana se pervierten las relaciones fundamentales de la persona humana, la filiación, la consanguinidad, la parentela y la procreatividad”²⁶⁸. Esta consideración constata el hecho de que resulta muy difícil pensar que en estos casos exista una atribución de paternidad o maternidad natural. Por tanto no cabría hablar de reconocimiento o ignorancia de la misma por el Derecho canónico, simplemente no existen padres naturales. Los motivos ya los hemos estudiado²⁶⁹, la clonación humana no es una reproducción con las características de la procreatividad y diversidad genética. Esta procreación y diversidad son constituyentes de los nexos de paternidad, maternidad y filiación.

Debemos de tener en cuenta necesariamente que la inexistencia de relaciones de parentela paterna y materna, fueren conocidas o no, sería también contraria a la propia dignidad humana. Por ello nos inclinamos a pensar que en este supuesto habría que acudir a una atribución jurídica de la paternidad que aún no está arbitrada. Atribución jurídica que debería arbitrarse de forma específica al supuesto, aunque fuere mediante una remisión a otra legislación o instituto. Esta idea vendría justificada desde la misma consideración de las relaciones generativas de paternidad y filiación como parte esencial de la dignidad humana.

²⁶⁸ J. M. Martínez Pereda, “La Clonación humana: ¿Progreso o amenaza para los derechos humanos?”, in: *La clonación humana a debate*, Murcia 2003, p. 86.

²⁶⁹ Vid. Cap. II., ap. 1.4.- La clonación en la doctrina de la Iglesia Católica.

Respecto del problema planteado en el párrafo anterior entendemos que una solución más sencilla y menos problemática a nivel jurídico serían el recurso a la adopción y su canonización por el canon 110. No obstante, no podemos dejar de tener en cuenta que este recurso supondría la remisión a un instituto del Derecho civil, con unos principios diversos, y la haría depender de la determinación de la autoridad civil. Tampoco entendemos que sea completamente satisfactorio el recurso a la figura jurídica de “Quienes hacen las veces de padre”²⁷⁰, el motivo sería que el derecho de todo ser humano sería el de tener un padre y una madre y no de una figura asimilada o análoga. Sin embargo, no debemos de olvidar la magnitud de la dificultad planteada por la misma biología cuando se recurre a la técnica de la clonación. En esta tesitura entendemos de que el recurso a una u otra técnica para atribuir una filiación jurídica o para reconocer una relación análoga a la filiación serían los remedios jurídicos que mejor podrían responder al problema planteado. No sería una solución a un problema que no la tiene, pero sí una respuesta que podría paliar las consecuencias negativas a nivel identitario de la persona, familiar y jurídico.

Además, subsistiría el derecho inalienable de la persona a conocer su origen biológico. Esto, a pesar de todo lo antedicho respecto a la consideración moral del hecho de la clonación, y a pesar de que el ordenamiento canónico no tiene medios para hacerlo efectivo. Este derecho a conocer el origen biológico, en este supuesto hipotético, sería distinto y totalmente independiente del derecho a la libre investigación de la paternidad. Esto, que se da en el caso de la inseminación artificial por parte del ordenamiento secular español, sería desconocido hasta el momento por el ordenamiento canónico. Ciertamente la identidad entre progenitores y padres en el Derecho canónico no posibilita una disgregación de la paternidad y maternidad naturales respecto de los progenitores. A este respecto no podemos perder de vista que en el caso de la adopción, los padres adoptivos coexisten con la paternidad y maternidad biológica. Esta, conforme a la ley civil y canónica, carecería de efectos más allá de los impedimentos matrimoniales, pero no dejan de considerarse padres

²⁷⁰ cc. 793, 795, 868, 874, 914, 1366 CIC 83.

biológicos. Tales padres biológicos podrían constar de alguna manera en la partida de bautismo, aunque sea de manera no pública y oculta. Incluso Civilmente es posible la determinación de tal paternidad y maternidad.

En cuanto a la consideración canónica de las distintas técnicas y finalidades de la clonación, entendemos que es fundamentalmente la misma. Esto se justifica desde el reconocimiento de la dignidad del ser humano desde el momento de la concepción, que ha quedado claro al estudiar la doctrina de la Iglesia²⁷¹. Así, se daría igual tratamiento jurídico en los casos de clonación humana con una finalidad reproductiva, experimental, o terapéutica. Al margen de otras cuestiones morales, lo que importa para el derecho de filiación, sería la existencia de un nuevo ser humano mediante la técnica de la clonación. Si bien es cierto, que en los casos en los que la clonación humana se hiciera a partir de un embrión o se produjera un embrión para la investigación, la quiebra con la dignidad humana se haría más visible y escandalosa. En definitiva en cualquier caso de clonación estamos hablando de la producción de un ser humano, al cual se le priva de la diversidad genética aportada por dos progenitores, padre y madre. Por tanto, no solo se quiebra el esquema trinitario de la transmisión de la vida, y de la identidad cromosómica única; Además se le priva de progenitores genéticos y en definitiva de padre madre biológicos. De esta manera, desde el ordenamiento canónico que tiene una naturaleza y fin pastoral se impondría un intento de paliar esta situación de injusticia objetiva. Este objetivo se podría intentar mediante la dotación de una paternidad o maternidad adoptiva o bien de una figura jurídica análoga a esta paternidad y maternidad natural, como es “quien hace las veces de padre”.

²⁷¹ Vid. Cap. II, ap. 1.3.- La reproducción asistida en la doctrina de la Iglesia., pto. C) La no atribución y determinación de la paternidad o maternidad del donante de gametos o preembriones.

7.- Clasificación de la filiación en el Derecho canónico

7.1.- Filiación por naturaleza y por adopción

Esta clasificación de la filiación atiende al criterio de la atribución de la filiación. Por lo tanto, ya hemos trataremos la filiación por naturaleza y por adopción en el apartado correspondiente a la atribución de la filiación. Sin embargo, no podemos dejar de constatar que sería la primera clasificación que se puede hacer, precisamente porque responde al criterio de atribución de la filiación: -natural, o jurisdiccional-.

7.2.- Cognatio espiritual

Esta forma de parentesco espiritual, que ya no está vigente en el CIC 83, sí se mantiene en el c. 811.1 del CCEO. No se trata propiamente de una filiación, precisamente porque no existe atribución de la misma ni natural ni jurídica. Sin embargo en la tradición siempre se ha recogido de forma analógica a la filiación natural. Nos sirve para comprender esta analogía desde el punto de vista occidental la afirmación de L. Miguelez: “Es una relación que tiene cierta semejanza con la filiación natural, y por eso no existe entre el bautizante y padrino o padrinos”²⁷²

Así el origen de esta cognatio espiritual la otorga el bautismo como se afirma en el mismo canon 811 del CCEO. En este sentido afirmaba L. Miguélez: “Por consiguiente, la relación de parentesco espiritual procedente del bautismo solamente existe entre el bautizado por un extremo, y el bautizante y el padrino por otro”²⁷³. Incluso llega a afirmar su analogía al parentesco carnal: “El parentesco espiritual, tiene semejanza con el parentesco carnal, ya que es una regeneración espiritual o incorporación a la vida de la gracia.”²⁷⁴. El mismo

²⁷² L. Miguelez, *CIC 17 comentado*, BAC, Madrid 1963, 596.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ibidem*.

autor llega a reconocer que estamos ante una realidad reconocida por la ley eclesiástica y basada en otra realidad espiritual. Pero, entonces, ¿qué lo diferenciaría del parentesco legal para que en este último si exista una autentica relación paternofamiliar y en el primero sólo una realidad analógica? En el caso del parentesco legal el canon 110 del CIC 83 el legislador realiza una atribución jurídica de la paternidad. En el supuesto del parentesco espiritual no podemos hablar de atribución de la paternidad - maternidad.

El mantenimiento de esta forma de cognatio en el canon 811 CCEO fue discutido en el proceso de codificación²⁷⁵. La razón fundamental para su mantenimiento es que, a pesar de que en la sociedad occidental actual ha desaparecido el sentido de este "parentesco", es muy propio de la tradición oriental. En ella sigue existiendo el sentido de parentesco espiritual en diversas Iglesias. En cuanto a occidente ya en las decretales²⁷⁶ se habla de paternidad espiritual y comparternidad recogiendo tradiciones anteriores. En el actual CIC 83 ha desaparecido, sin embargo estuvo presente en el CIC 17 aún lo recogía en el canon 768²⁷⁷.

7.3.- Filiación legítima y filiación ilegítima

A.- UNA CLASIFICACIÓN CONTROVERTIDA

Esta clasificación, que no se manifiesta en el CCEO, sí subsiste aún en el CIC 83; en los cánones 1137 y 1138 del CCEO 83, lo cual no deja de ser un hecho controvertido dentro de la misma doctrina de la Iglesia. En este sentido el Profesor Mostaza señala: "El Nuevo código ha mantenido la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, no obstante su desaparición en los ordenamientos

²⁷⁵ *Nuntia* 15 (1982)73: "Porposta: si ometta tutto il canone "quia cognatio quae dicitur spiritualis non fideatur aequiparanda cognationi naturali" o al meno omettano le parole "eiusque parentibus". Non si accetta: il canone corrisponde alle genuine tradizioni orientali sulla cognatio spiritualis mantenuta ed importante anche oggi in diverse Chiese orientali".

²⁷⁶ *Sex.*, 4,3.

²⁷⁷ c. 768, CIC 17: "Ex baptismo spirritualem cognationem contrahunt tantum cum baptizago batizans".

civiles y haber sido solicitada la supresión de la misma por numerosos sectores de la propia Iglesia católica, porque, a juicio de la comisión codificadora, puede tener alguna aplicación en el Derecho particular y, además porque contribuye a resaltar, a su manera, la santidad del matrimonio”²⁷⁸

Esta controversia se evidenció en los trabajos de revisión del CIC 17²⁷⁹. Ya entonces existió una oposición al mantenimiento de esta clasificación aduciendo dos razones de coherencia con el espíritu y la técnica legislativa del CIC 83²⁸⁰:

La primera, por la tendencia a equiparar en todo a los hijos legítimos e ilegítimos existente en los ordenamientos civiles.

La segunda, porque en el actual CIC no se recogía la irregularidad por nacimiento.

Pero se aducía otra razón que es vislumbrada por estas dos anteriores y que es una cuestión moral de mucho peso: “Por la desigualdad social y jurídica que supone”²⁸¹, así la exponía Santos.

Es cierto que los efectos de la ilegitimidad habían desaparecido ya en el Schema de 1980; pero, si la noción permanece – se decía -, permanece todavía el estigma de la ilegitimidad, que debe desaparecer totalmente²⁸². Sin embargo, la

²⁷⁸ A. Mostaza, “Matrimonio”, in: *Nuevo Derecho Parroquial*, Madrid 1994, p. 495.

²⁷⁹ *Comm.* 10 (1978) 106: “Nonnulli suggesterunt ut cann. 333-335 schematis penitus deleantur sive quia tendentia habetur in iuribus civitatem aequiparandi in omnibus filios legitimos et filios illegitimos, sive quia in novo codice canonico iam non sustinetur irregularitas ex defectu natalium, idoque non est ratio retinendi in Codice notiones filiorum legitimum vel illegitimum quae nullam consequentiam in iure habent”.

²⁸⁰ J. Fornés, “sub. c. 1137”, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 2002, pp. 1535-6.

²⁸¹ J.L. Santos, *Nuevo Derecho...* op. cit, p. 347 (Citando los argumentos aportados en el momento de revisión del CIC 17 “sugiriéndose su posible desaparición normativa”).

²⁸² *Comm.* 15 (1983) 240: “Supprimantur, quia omnes effectus illegitimitatis in novo Schemate ablati sunt et si notio manet, manet adhuc stigma illegitimitatis quod totaliter auferrí debet. Ubi opus sit, provideat ius particulares (tres pares)...R. Etsi omnes effectus illegitimitatis e iure universalí sublatis sunt, maneant conventus canones, quia applicationem in iure particulari habere possunt aliaque ex parte sancitatem matrimonii suo modo in luce ponunt”.

respuesta de la Secretaría de Consultores de la Comisión fue: “Aunque todos los efectos de la ilegitimidad han sido suprimidos del Derecho universal, permanecen muy convenientemente estos cánones porque pueden tener aplicación en el Derecho particular y, por otra parte, hacen destacar, a su modo, la santidad del matrimonio”²⁸³. Evidentemente, desde la perspectiva actual y tras el análisis de las motivaciones que se aducían en el trabajo de revisión, no podemos dejar de considerarla decepcionante. La referencia a estas razones de la secretaría de consultores que hizo F. Aznar, resulta muy ajustada y clara: “Algo que no nos convence porque, en definitiva, se penaliza a unos inocentes (hijos) por la actuación de otras personas (padres)”²⁸⁴. Más aun cuando atendemos al carácter pastoral del ordenamiento canónico por el cual, además de estar animado por la justicia, también lo debe estar por la benignidad y la caridad. En este sentido, incluso el Magisterio solemne ha manifestado la injusticia de esta clasificación de los hijos como ilegítimos, Así la Constitución Apostólica *Gaudium et Spes* afirma que “En nuestra época principalmente urge la obligación de acercarnos a todos y de servirlos con eficacia cuando llegue el caso, ya se trate...de ese hijo ilegítimo que debe aguantar sin razón el pecado que él no cometió”²⁸⁵.

²⁸³ J. Fornés, “sub. c. 1137”, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañaín 2002, pp. 1535-6. Ronzani ha querido interpretar esta expresión “ex parte santitatem matrimonii suo modo in luce ponunt” (Com XV [1983], p. 240) poniéndola en relación con el derecho del hijo a nacer de un matrimonio según la Iglesia “L’ordinamento canonico mantiene la distinzione tra figli legittimi e figli illegittimi non tanto al fine di predisporre un trattamento favorevole per i primi rispetto ai secondi, quanto piuttosto per garantire a tutti i figli il diritto di nascere da un valido matrimonio che può meglio garantire la loro proficua crescita nei principi della Chiesa” (P. Ronzani, *Elementi di diritto Matrimoniale Canonico*, Milano 2010, p. 181). Por su parte Salerno ha querido remarcar el carácter continuista del CIC 83 respecto de la legislación anterior en esta materia: “Esso reduce il significato della normativa pregressa, ed in merito, pur conservando l’impianto legislativo precedente in sede redazionale si è voluto precisare dai Consultori: ‘etsi omnes effectus illegitimitatis e iure universali sublatis sunt, maneant convenientius canones, quia applicationem in iure particulari habere possunt aliaque ex parte sanctitatem matrimonii suo modo in luce ponunt’” (F. Salerno “Lo status familiae canonico”, in: *Diritto Matrimoniale Canonico*, Vol III, coord P. Bonnet e C. Gullo, Città del Vaticano 2005, p. 371).

²⁸⁴ F. Aznar, “sub. c. 1137”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2011, p. 660.

²⁸⁵ Concilio Vaticano II, “Constitución Apostólica Constitución *Gaudium et Spes*”, n. 27, in: A.A.S. 58 (1960) 1047.

En el ámbito del Derecho canónico no deja de ser significativo como el CCEO, no contiene ya esta clasificación de la filiación. En este sentido, como posteriormente analizamos, la doctrina²⁸⁶ al tratar el tema de la inscripción resalta que debe evitarse todo calificativo al hijo como el de Hijo ilegítimo. Ciertamente, esta clasificación que en el Derecho canónico actual carece de eficacia además de no resultar útil, es considerada como discriminatoria.

B.- LA FILIACIÓN LEGÍTIMA

Actualmente el canon 1137 nos dice que son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo. Así, el CIC 83 tiene por hijo legítimo de igual manera que lo hacía el CIC 17 en su canon 1114 a los siguientes: “· Los hijos concebidos y nacidos durante un matrimonio válido o putativo; Los hijos concebidos antes del matrimonio, pero nacidos después de su celebración; los hijos concebidos durante el matrimonio, pero nacidos después de su cese por la muerte del padre, o después de su disolución, declaración de nulidad o ruptura de la vida conyugal”²⁸⁷. Entendemos, por tanto, que el criterio que utiliza para la determinación de legitimidad es doble: el del nacimiento y el de la concepción, ambos respecto del matrimonio válido o putativo. Respecto al matrimonio putativo F. Aznar recuerda la doctrina por la cual “la prole nacida de matrimonio putativo conserva siempre su legitimidad jurídica, incluso cuando cesa la buena fe de los contrayentes y el matrimonio es declarado nulo”²⁸⁸.

Por otra parte, si comparamos el canon 1137, con su precedente, el canon 1114²⁸⁹ del CIC 17, se observa que elimina las referencias de la segunda parte de este último a la órdenes o profesión religiosa: “...siempre que a los padres, en el momento en que fue concebido el hijo, no les estuviera prohibido el uso del matrimonio celebrado antes por haber hecho profesión religiosa solemne o por

²⁸⁶ Vid. Cap. III., ap. 4.3 La inscripción del bautismo.

²⁸⁷ F. Aznar, *Derecho Matrimonial Canónico Vol III*, Salamanca, 2003, p. 123.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 122.

²⁸⁹ C 1114, CIC 17: “...Nissi parentibus ob sollemnem professionem religiosam vel susceptum ordinem sacrum prohibitus tempore conceptionis fuerit usus matirimonii antea contracti”.

haber recibido órdenes sagradas". Ciertamente esta situación no se puede dar con la legislación del actual CIC. Esto es debido a que no es posible para una persona casada acceder a la ordenación, salvo la diaconía permanente, ni a la profesión religiosa, de acuerdo con los cánones 1042,1º. 643.1,2º y 656, 2º.

Pérez de Heredia nos dice al comentar el canon 1137: "La legitimidad es un concepto jurídico aquí fijado"²⁹⁰. Esto es, la justificación de la categoría de "hijo legítimo" no viene dada por la misma naturaleza de la filiación sino por la norma jurídica. Sin embargo, la doctrina tradicionalmente ha distinguido entre la legitimidad natural y la legitimidad jurídica. Un ejemplo de esto sería la afirmación del profesor J.L. Santos cuando dice de la legitimidad que: "Se trata, por tanto, de un concepto jurídico que amplía el que corresponde a la legitimidad natural como simple hecho, pues esta solo se da cuando el hijo ha sido engendrado por padres unidos en aquel momento en "matrimonio válido"²⁹¹.

En un sentido similar el profesor Mostaza restringía aún más el concepto de legitimidad natural: "Considerada como hecho natural, sólo se da cuando el hijo ha sido engendrado por padres unidos en un matrimonio válido antes de la concepción, pero el concepto jurídico de legitimidad que nos ofrece el Derecho canónico desborda los límites de la legitimidad natural"²⁹². A pesar de todo, la doctrina reconoce unánimemente que el CIC 83 no reconoce más que un concepto de legitimidad, el jurídico. En este sentido se pronunció muy acertadamente Santos: "La legitimidad de los hijos, aunque tiene su base normal en el simple matrimonio de los padres, legitimidad natural, sin embargo, en el CIC 83 y en las legislaciones civiles es más bien un concepto jurídico"²⁹³.

²⁹⁰ I. Pérez de Heredia, "Sub. cc. 1137 y 1094, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe, Fuentes y Comentarios de todos los Cánones*, A. Benlloch Poveda, (Dir.), Valencia 1993, p. 517.

²⁹¹ J.L. Santos, *Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 347.

²⁹² A. Mostaza, "Matrimonio...", op. cit., p. 493.

²⁹³ J.L. Santos, *Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 347.

Llegados a este punto resulta importante estudiar la relación y diferencia entre legitimidad y presunción de paternidad. A este respecto llama la atención cómo el canon 1138.2 del CIC 83 refiere los plazos de aplicación de la presunción de Ulpiano a la consideración de legitimidad. Es el de la misma norma que en el anterior canon 1115.2 del CIC 17; ésta es la llamada presunción de legitimidad. Sin embargo, que el objeto principal de esta presunción sea la legitimidad, no parece que sea conforme con el espíritu del CIC 83 en materia de filiación. Parece más coherente que lo preponderante y útil de esta presunción sea el conocimiento de la paternidad. Efectivamente, lo antedicho queda mucho más claro al atender al mismo canon 1138.1 cuando afirma que: El matrimonio muestra quién es el padre, a no ser que se pruebe lo contrario con razones evidentes. Según lo dicho, J.L. Santos citando a Miguélez nos dice que: “en realidad de verdad esta nueva presunción se refiere más directamente a la filiación respecto del marido de la madre que a la legitimidad, aunque ésta sea consecuencia de aquélla”²⁹⁴.

Atendiendo a la consideración anterior, el contenido de la presunción del canon 1138.2 cuando nos dice que: se presumen legítimos los hijos nacidos al menos 180 días después de celebrarse el matrimonio, o dentro de 300 días a partir de la disolución de la vida conyugal; es objeto de estudio de capítulos posteriores de la tesis.

C.- LA FILIACIÓN ILEGÍTIMA

La definición de ilegitimidad, en la doctrina viene dada fundamentalmente por la interpretación a sensu contrario de la legitimidad. No podía ser de otra manera, si atendemos a que la referencia a la categoría de legitimidad en el CIC 83, al igual que en el CIC 17, no contiene un canon dedicado a definir la ilegitimidad de forma explícita. Sin embargo, sí existe una referencia inmediata a la categoría de hijos ilegítimos al hablar de la legitimación en el canon 1139. Por ello admite la calificación de ilegitimidad de la filiación; siempre como categoría contraria a la de hijo legítimo. Así el CIC 83

²⁹⁴ J.L. Santos, *Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 346.

admite implícitamente la definición que la doctrina²⁹⁵ anterior había dado sobre hijo ilegítimo como: aquél que no es concebido ni nacido de matrimonio válido ni putativo.

Algunas referencias doctrinales a la ilegitimidad, se pueden considerar jurídicamente imprecisas: Un ejemplo sería la definición de Angulo: “Se llama así a todo lo que se opone a la ley, y por esta razón se llaman ilegítimos a los hijos que no han nacido de verdadero matrimonio”²⁹⁶. Esta definición no es compatible ni con la legislación del CIC 83, ni con el canon 1114 del CIC 17 que consideraba legítimos a los hijos de matrimonio putativo. En esta misma línea del J.P. Angulo nos podemos referir a la afirmación del profesor Mostaza: “Para el Derecho canónico, la prole originada de un matrimonio inválido o de relaciones extramatrimoniales es ilegítima”²⁹⁷. Pero esta viene aclarada acto seguido: “Son, pues, hijos ilegítimos los concebidos y nacidos fuera del matrimonio válido o putativo”²⁹⁸. Queda pues claro que el CIC 83, como en el CIC 17, considera ilegítimos a los hijos nacidos fuera del matrimonio válido o putativo.

Al estudiar la categoría de ilegitimidad no podemos dejar de recordar como en el canon 1137 del CIC 83 suprimió el último inciso del antiguo canon 1114 del CIC 17²⁹⁹. Así no sigue en vigor la norma por la cual se extendía la ilegitimidad al supuesto del hijo concebido o nacido en matrimonio que siendo válido existía una prohibición por las órdenes sagradas o por la profesión para ejercer la vida conyugal.

²⁹⁵ P. Ciprotti, “*Prole*...”, op. cit., p. 113: “È figlio illegittimo quello che non è ne concepito ne natto da matrimonio válido o putativo. Anche illegittimo è il figlio se, pur essendo stato concepito durante il matrimonio valido o putativo e quindi rientrando nel caso, al tempo dil concepimento uno dei due genitori fosse legato da professione solenne o da ordine sacro, e fosse quindi illècito l’usso del matrimonio (anche i genitori lo ignorassero)”.

²⁹⁶ J.P. Angulo, “*hijo...*”, op. cit., p. 503.

²⁹⁷ A. Mostaza, “*el Matrimonio...*”, op. cit., p. 495.

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ C 1114, CIC 17: “Nisi parentibus ob sollemnem professionem religiosam vel susceptum ordinemsacrum prohibitus tempore conceptionis fuerit usus matrimonii antea contracti”.

a) El hijo cuyo padre y madre son desconocidos

En el canon 870 del CIC 83 se encuentra una clasificación de los hijos de padre y madre desconocidos. Este canon contiene la clasificación del canon 749 del CIC 17 hablando de niños expósitos y los que se hallaron en situación de abandono. Alonso Lobo justifica esta distinción entre expósitos y hallados en los siguientes términos: “Se ocupa tanto de los expósitos como de los hallados. Reciben el nombre de expósitos los niños que fueron colocados por sus padres en las vías públicas o en las casas de maternidad, etc., para que otros los recojan y se encarguen de su alimentación y educación. Llamamos encontrados (o hallados) a los infantes que, por cualquier causa, fueron perdidos o abandonados por sus padres y después otras personas los encontraron y se hacen cargo de ellos”. El mismo autor, justifica esta distinción en que no todos los hijos abandonados son necesariamente expósitos, aunque todos los expósitos han sido hallados abandonados.

b) consecuencias de la ilegitimidad en el CIC 17

El mismo CIC 17 preveía para los hijos ilegítimos, todo un elenco de irregularidades y exclusiones³⁰⁰, a saber: eran irregulares *ex defectu* para recibir las órdenes sagradas según el canon 984³⁰¹ o para la profesión religiosa con el fin de ser ordenado; no podían ser admitidos en el seminario de acuerdo con el canon 1363³⁰²; eran excluidos de la dignidad de cardenal por disposición del canon 232.2 1^o³⁰³; quedaban excluidos de la dignidad de obispos atendiendo al

³⁰⁰ P. Ciprotti, “Prole” in: *Enciclopedia...*, op.cit., p. 114.

³⁰¹ c. 984,1^o, CIC 17: “Sunt irregulares ex defectu: 1^o Illegitimi, sive illegitimitas sit publica sive occulta, nisi fuerint legitimati vel vota sollemnia professi.”.

³⁰² c. 1363.1, CIC 17: “In seminarium ab Ordinario ne admittantur, nisi filii legitimi quorum indoles et voluntas spem afferant eos cum fructu ecclesiasticis ministeriis perpetuo inservituros”.

³⁰³ c. 232.2,1^o, CIC.17: “A Cardinalatus dignitate arcentur: 1^o Illegitimi etiamsi per sequens matrimonium fuerint legitimati; itemque ialii irregulares vel a sacris ordinibus impediti secundum canonicas sanctiones, etsi cum ipsis auctoritate apostólica fuerit ad ordines et dignitates etiam episcopalem dispensatum”.

canon 331.1 ,1³⁰⁴; no podían ser elegidos superiores mayores de órdenes o congregaciones religiosas a tenor del canon 504³⁰⁵.

Aunque estas irregularidades admitían dispensa, en principio estaba reservada a la Santa Sede. Poco a poco, ante la evidencia de la incoherencia de estas consecuencias con la consideración del menor como inocente, se fue descentralizando la capacidad de dispensa. Sin embargo, se mantuvieron dos excepciones: para los hijos sacrílegos y adulterinos. Estas excepciones confirmaban cómo seguía vigente la línea de primar la protección de la regularidad de las uniones en detrimento del principio de no perjudicar a los hijos por los actos de los padres.

Dos documentos que procuraban la descentralización y aminoraban la dureza de la disciplina se pueden considerar reseñables:

En el ámbito del acceso al clero secular: El motu proprio *Pastorale Munus*³⁰⁶. En él se permitía a los obispos admitir en el seminario a los hijos ilegítimos si poseían las cualidades que se requerían para su admisión en el seminario; excepción hecha de los hijos adulterinos o sacrílegos. Por lo tanto, al estudiar este número del motu proprio no podemos dejar de tener en cuenta que se trataba de la derogación de una prohibición que limitaba la competencia de los Obispos. En consecuencia, no es lo mismo que una facultad de dispensa. Esta disposición era importante porque, por un lado se dejaba al arbitrio del Obispo, pero por otro no podía imponer mas condiciones objetivas; bastaba que el Obispo tuviera alguna razón o causa para admitir en el seminario.

³⁰⁴ Canon 331.1º, CIC. 17: “Ut quis idoneus habetur, debet esse: 1º Natus ex legitimo matrimonio, non autem legitimatus etiam per subsequens matrimonium;”.

³⁰⁵ c. 504, CIC. 17: “firmis Propriis Cuiusvis religionis constitutionibus quae proveciorem aetatem aliaque potiora requisita exigant, ad munus Superioris maioris inhabiles sunt qui eandem religionem professi non sunt a decem saltem annis a prima professionem computandis, non sunt ex legitimo matrimonio nati et annos quadraginta non expleverunt, si agatur de supremo religionis Moderatore aut de Antistita in monialium monasterio; annos triginta, si de aliis superioribus maioribus”.

³⁰⁶ Pablo VI, “Motu Proprio *Pastorale Munus*”, n. 31, in: AAS 56 (1964) 10: “Admittendi in Seminario filios illegitimos, si qualitates praebeant, quae pro admissione in Seminarium requiruntur, dummodo ne agatur de adulterinis aut sacrilegis”.

Respecto de los institutos religiosos, la disciplina comienza a relajarse a partir del Decreto *Religionum Laicalium*³⁰⁷; de la Sagrada Congregación de Religiosos. En su apartado I.1 se les concedía a los superiores generales de religiones laicales de Derecho pontificio, tanto de varones como de mujeres, la facultad de dispensar, de la legitimidad de nacimiento a los candidatos para la religión; para ello, requerían del consentimiento de su consejo. Como en el caso de los seminarios, se hizo la excepción de los hijos que fueran sacrílegos o adulterinos. En estos casos, como si se tratara de una dispensa, el superior de la Religión laical además del permiso de su consejo requería de causa justa.

c) Consecuencias de la ilegitimidad en el CIC 83

Actualmente, han desaparecido todas estas prohibiciones y consideraciones de indignidad que existían en el CIC 17 para acceder a las órdenes sagradas o a la profesión religiosa con destino al sacerdocio³⁰⁸ a tenor de los cánones 643, 656 a 658, 1041 y 1042 del CIC 83; y también del Título 16, Capítulo VI, Artículo II, 1º y 2º del CCEO y también de los cánones 450, 454, 527 y 533 del CCEO). También han desaparecido las relativas a: el episcopado, a tenor del canon 378 del CIC 83 y del canon 180 del CCEO; al orden del cardenalato según el canon 351 del CIC 83. De esta manera, los hijos ilegítimos pueden acceder a cualquier cargo eclesiástico sin discriminaciones por su nacimiento. Por lo tanto, todos los hijos gozan de un estatuto jurídico pleno en el ordenamiento canónico. Así, de no subsistir la denominación ilegítimos, existiría una convergencia plena del ordenamiento canónico con la legislación secular española en la materia. También podemos decir que con esta supresión de discriminaciones por razón de nacimiento el Derecho canónico se inserta en la misma línea de las declaraciones de derechos del hombre³⁰⁹.

³⁰⁷ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Decreto *Religionum Laicalium*", I, n. 1, In: *AAS* 59 (1967) 362: "Dispensandi, de consensu sui consilii, admittendos in Religionem super illegitimitate natalium, dummodo ne sint sacrilegi vel adulterini".

³⁰⁸ A. Mostaza, "*Matrimonio ...*", op. cit., p. 495.

³⁰⁹ Se estudia en el capítulo III las referencias a las declaraciones internacionales de derechos.

D) CLASES DE FILIACIÓN FUERA DE VIGENCIA

a) Clasificación de la filiación ilegítima³¹⁰

Como hemos visto, la unión entre la consideración de la pareja y la del hijo, históricamente ha supuesto un traslado de las consecuencias jurídicas al hijo. Fruto de esto, se dio lugar a clasificaciones dentro de la categoría de ilegitimidad que resultaban de la relación existente entre los padres. Esta diferenciación no era exclusiva del ordenamiento canónico. Incluso, como más adelante veremos, en los ordenamientos seculares aún quedan algunos preceptos que traen ciertos recuerdos del pasado. En la actualidad, “ha desaparecido del código la clasificación del Derecho anterior, que incluía cierto sentido peyorativo: (prole adulterina, sacrílega...)”³¹¹.

Esta clasificación no se encontraba explícitamente en el CIC 17. Sin embargo, si existió la tradición doctrinal de distinguir en subcategorías a los hijos ilegítimos de acuerdo con la condición canónica de la unión de sus padres:³¹²

Se entendía por hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio entre personas que podían casarse la una con la otra en el tiempo de concepción o del parto.

Se consideraban hijos espúreos los nacidos de personas inhábiles para contraer matrimonio entre sí al tiempo de la concepción o del parto.

Esta primera distinción encontraba implícitamente su apoyatura legal en el canon 1116 del CIC 17³¹³ al tratar la legitimación, si bien no estaba reconocida

³¹⁰ J.L. Santos, *Nuevo Derecho...*, op.cit., p. 348. - F. Aznar, Comentario al c. 1137, in: Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid 1999, p. 535.

³¹¹ J.L. Santos, *Nuevo Derecho...*, op.cit., p. 348.

³¹² Expuesta la doctrina contenida en: JP. Angulo, “*Ilegítimo...*”, op.cit., pp. 503-5. - P. Ciprotti, “*Prole...*”, p. 114; A. Mostaza, “*Matrimonio...*”, op. cit., p. 495.

³¹³ c. 1116, CIC. 17: “Per subsequens parentum matrimonium sive verum sive putativum, sive noviter contractum sive convalidatum, etiam non consumatum, legitima eficitur proles,

explícitamente. Pero la clasificación hecha por la doctrina con connotaciones más negativas se daba dentro de los hijos espúreos:

Se llamaban hijos sacrílegos: Los habidos entre personas en que ambas o alguna de ellas habían hecho profesión religiosa o había recibido la ordenación sacerdotal.

También se hablaba de hijos incestuosos los de personas ligadas entre sí por vínculo de parentesco en línea recta o colateral hasta el segundo grado. Dentro de éstos se hacía una subdistinción: los hijos nefarios; que eran los hijos nacidos de padres unidos por vínculo de parentesco en línea recta.

Se consideraban hijos adulterinos los nacidos entre personas ligadas a otras personas con vínculo matrimonial, bien fueran ambas o alguna de ellas.

b) clasificación según la confesión a la que pertenecen los padres

Otra clasificación de los hijos ya superada hacía referencia a la consideración de la confesión de los padres o su pertenencia religiosa. Actualmente, esto no es un criterio para clasificar a la filiación o atribuirle consecuencias jurídicas:

De hecho, el ser hijo de padres acatólicos suponía en el CIC 17. consecuencias gravemente limitadoras. Entre éstas destacaba el considerarse como un impedimento para la ordenación a tenor del canon 987.1º del CIC 17³¹⁴; así como un impedimento para la profesión religiosa.

La falta de sentido de esta legislación ya se comenzó a vislumbrar previamente a la aparición del CIC 83, por lo que aparecieron distintas normas favoreciendo la dispensa del mismo:

dummodo parentes habiles exstiterint ad matrimonium inter se contrahendum tempore conceptionis, vel praegnationis, vel nativitatis”.

³¹⁴ c. 987, CIC 17: “sunt simpliciter impediti: 1º Filii acatholicorum,quandiu parentes in suo errore permanent...”.

Una de ellas fue el Rescripto Pontificio Cum Admotae³¹⁵ que ampliaba la posibilidad de dispensar del impedimento a los hijos de acatólicos, para acceder a la religión o a las órdenes sagradas, en este último caso cuando fueran sus súbditos. Así concedía esta capacidad a los supremos moderadores de religiones de Derecho pontificio; siempre con el permiso de su consejo.

La otra fue el Motu Proprio Pastorale Munus³¹⁶, que facultaba al obispo para dispensar del impedimento para las órdenes que afectaba a los hijos de acatólicos, aunque los padres siguieran en estas confesiones. En este caso, se necesitaba una causa justa, si bien esto era una exigencia práctica que no constaba en el CIC.

E) LA LEGITIMACIÓN

La legitimación se define actualmente como: “El acto mediante el cual los hijos ilegítimos adquieren la condición de legítimos”³¹⁷. Este concepto que es propio de la línea del CIC 83, es fruto de una evolución de la doctrina. En cuanto al CCEO, al no recoger la categoría de legitimidad e ilegitimidad de los hijos tampoco aborda la cuestión de la legitimación.

Durante la vigencia del CIC 17, la doctrina³¹⁸ definía la legitimación como un medio por el cual los hijos ilegítimos podían adquirir un estado jurídico similar a aquel de los hijos legítimos. Por tanto, la legitimidad variaba los efectos de la clasificación de la filiación, pero no consideraban que variara la misma condición de hijo legítimo o ilegítimo.

Históricamente, la doctrina canónica, a la hora de establecer las competencias de la Iglesia y el estado sobre la legitimación siguió el criterio de

³¹⁵ Pablo VI, “Rescripto Pontificio Cum Admota”, n. 7, in: AAS 59 (1967)375: “Dispensandi, de consensu sui consilii, suos subditos ab impeidmento ad sacros ordines, quo filii acatholicarum afficiuntur quumdiu parentes in suo errore permanent”.

³¹⁶ Pablo VI, “Motu Proprio Pastorale Munus”, n. 16, in: AAS 56 (1964)10: “Dispensandi super impedimento ad ordines, quo astringuntur filii acatholicorum, quamdiu parentes in suo errore permanent”.

³¹⁷ A. Mostaza, “Matrimonio...” , op.cit., p. 495.

³¹⁸ P. Ciprotti, “Prole...”, op.cit., p. 114: “Il Figlio illegitimo può aquistare uno stato giurídico simile a quello dei figli legítimi, mediante la cosiddetta legittimazione...”.

la división de competencias. En este sentido Ciprotti³¹⁹ afirmaba que eran competentes el Estado y la Iglesia pero limitándose cada uno a su campo específico, es decir la Iglesia sólo a los efectos canónicos y el Estado a los efectos civiles. Esto, sin embargo, no debía impedir al Estado el reconocer algunos efectos meramente civiles a la legitimación canónica para algunos supuestos específicos. Pero en ningún caso suponía un reconocimiento de la capacidad del legislador canónico en materias propias del Estado.

a) Medios de legitimación

Las diferencias fundamentales entre la legislación actual y el CIC 17 en materia de legitimación la encontramos básicamente en la regulación de los procedimientos y efectos de los distintos medios. Así, no se puede decir que sea una total novedad el hecho de que en el actual CIC se haga mención explícita a la legitimación por rescripto de la Santa Sede. Pues, aunque esta posibilidad no se admitía explícitamente en el CIC 17; sin embargo, sí lo era por la doctrina y práctica canónica. Así se demuestra en las decretales de Inocencio III *Apostolica Sedes* y *Per Venerabilem*. Siguiendo esta idea era general la consideración de esta capacidad dentro de los poderes del Romano Pontífice en el canon 218 CIC 17³²⁰.

Los medios de legitimación que se consideran en el actual Código son fundamentalmente dos:

a.1) Por subsiguiente matrimonio de sus padres³²¹ Este medio de legitimación es reconocido por el canon 1140 CIC 83. El canon establece que los

³¹⁹ Ibid., p. 113.

³²⁰ c. 218, CIC 17: "1.- Romanus Pontifex, Beati Petri in primatu Successor, habet non solum primatum honoris, sed supremam et plenam potestatem iurisdictionis in universam Ecclesiam tum in rebus quae ad fidem et mores, tum in iis quae ad disciplinam et regimen Ecclesiae per totum orbem diffusae pertinent
2.- Haec potestas est vere episcopalis, ordinaria et immediata tum in omnes et singulas ecclesias tum in omnes et singulos pastores et fideles a quavis humana auctoritate independens".

³²¹ En este punto exponemos fundamentalmente tres aportaciones doctrinales: - A. Mostaza, "Matrimonio...", op. cit..., p. 496; JL. Santos, *Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 349.

hijos ilegítimos se legitiman por matrimonio subsiguiente de sus padres tanto válido como putativo.

La legitimación por matrimonio subsiguiente, puede tener como causa eficiente tanto la convalidación del matrimonio como sanación en la raíz. Asimismo, el ámbito de aplicación de este medio de legitimación abarca no sólo a los hijos naturales, sino a todos los hijos no calificados como legítimos por el CIC 83. En el CIC 17, el canon 1116 excluía a los hijos espúreos de la posibilidad de ser legitimados por subsiguiente matrimonio³²². En este canon también se hacía referencia explícita y diferenciada a la convalidación del matrimonio anterior. Actualmente todos los hijos pueden pasar a considerarse legítimos por este medio, con independencia de si en el momento de su concepción o nacimiento era posible el matrimonio entre sus progenitores.

a.2) Legitimación por rescripto de la santa sede

Este medio se encuentra recogido en el canon 1139 CIC 83. El rescripto de legitimación puede ser consecuencia de una solicitud directa u otorgado en rescripto concedido por otra solicitud con el que guarda relación. Usualmente se da este efecto al conceder el rescripto de dispensa del celibato o el decreto de pérdida del estado clerical que ha recibido el orden sagrado.

Su consideración es de subsidiario a la legitimación *per subsequens matrimonium*; es decir, cuando no sea posible el matrimonio entre los padres. Sin embargo, Fornés considera otra posibilidad: "Aunque no hay que descartar, a nuestro juicio, la posibilidad de que se conceda el rescripto de legitimación también en algún supuesto en que los progenitores, pese a poder contraer matrimonio, no quieran hacerlo"³²³.

b) Efectos de la legitimación

En el CIC 83, se ha operado la total equiparación de los efectos de la legitimación a los de la legitimidad. Esto sí supone una novedad bastante

³²² P. Ciprotti, "Prole"..., op.cit., p. 114.

³²³ J. Fornes, "sub. c. 1139", in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 2002, p. 1540.

importante respecto del CIC 17, en el que la equiparación de los hijos legitimados y legítimos sólo era parcial. Así pasamos a estudiar el elenco de efectos de la legitimación en ambos códigos:

b.1) Efectos de la legitimación en el CIC 17³²⁴

En el canon 1117³²⁵ CIC 17, se establecía que “los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio se equiparan en todo a los legítimos para los efectos canónicos, si no se halla expresamente determinada otra cosa”. La realidad es que esta equiparación no era tal, porque en la misma ley canónica se preveía toda una serie de excepciones. Así el mismo CIC 17 consideraba inhábiles a los hijos legitimados para los cargos de cardenalato, de acuerdo con el canon 232.2,1º; Episcopado, de acuerdo con el canon 331.1,1º; así como para la abadía o prelatura Nullius, de acuerdo con el canon 320.2. Ante esta desigualdad sólo existía una excepción, se trataba de los hijos legitimados por la sanación en la raíz del matrimonio de los padres. Este era el único supuesto en que al hijo se tenía por legítimo desde el momento al que se retrotraía la sanación de acuerdo con el canon 1138.1 y 2 CIC 17³²⁶.

b.2.) Los efectos de la legitimación en el CIC 83³²⁷

No se puede negar que la evolución doctrinal y legal en esta materia ha sido hasta llegar a la plena equiparación con la filiación legítima. Así, si bien el canon 1140 del actual CIC 83 es prácticamente el mismo que el canon 1117 CIC 17, otros cánones han variado eliminando las diferencias entre hijo legítimo y legitimado. Este es el caso de los que regulan el acceso al orden episcopal según lo prescrito por el canon 378 del CIC 83, al orden del cardenalato según el canon

³²⁴ En este punto exponemos fundamentalmente tres aportaciones doctrinales: P. Ciprotti, “Prole...”, op. cit., p. 114; A. Mostaza, “Matrimonio...”, op. cit., p. 496.

³²⁵ c. 1117, CIC 17: “Fili legitimi per subsequens matrimonium, ad effectus canonicos quod attinet, in omnibus aequiparantur legitimis, nisi aliud expresse cautum fuerit”.

³²⁶ c. 1138 &1 y &2., CIC 17: “1.- Matrimonii in radice sanatio est eiusdem convalidatio, secumferens, praeter dispensationem vel cessationem impedimenti, dispensationem impedimenti, dispensationem a lege renovando consensu, et retrotractionem, per fictionem iuris, circa effectus canonicos, ad praeteritum.

2.- Convalidatio fit a momento concessionis gratiae; retrotractio vero intelligitur facta ad matrimonii initium, nisi aliud expresse caveatur”.

³²⁷ En este punto exponemos fundamentalmente tres aportaciones doctrinales: - A. Mostaza, “Matrimonio...”, op.cit., p. 496. - JL. Santos, *Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 349.

351 del CIC 83 y el canon 180 del CCEO, así como a los equiparados al obispo, abades y *prelados nullius* a tenor del canon 381 del CIC 83. Así, estos cánones no contemplan ninguna irregularidad o incapacidad por razón del nacimiento en el CIC 83. Por lo tanto aquí reside la clave de la total equiparación jurídica entre hijos legítimos y legitimados en el actual CIC 83.

Sin embargo, si bien se elimina toda discriminación en el CIC 83, tampoco se ha eliminado del todo la posibilidad de que existan diferencias entre los hijos legitimados y los legítimos. Esta posibilidad la otorga el CIC 83 cuando no se elimina totalmente la posibilidad de atribución de diversos efectos por vía de las legislaciones particulares. En este sentido no podemos perder de vista que el canon 1140 dice: “por lo que se refiere a los efectos canónicos, los hijos legitimados se equiparan en todo a los legítimos, a no ser que en derecho se disponga expresamente otra cosa”.

Capítulo III.- EL DERECHO A LA LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN EL DERECHO CANÓNICO

1.- Introducción

Al hacer la introducción histórica ya hemos tratado el tema de como el Derecho canónico, al igual que el Derecho romano, siempre ha reconocido el derecho del hijo a investigar su filiación. En el caso de la maternidad el principio probatorio Paulino *Mater Semper certa est etiam si vulgo demostrant* hacía que no se planteara como problemático. Sin embargo a la hora de sostener este derecho no basta hacer una referencia histórica sino que tenemos que ver en qué principios legislativos se sustenta y en que cauces y medios jurídicos se concreta. A este respecto, no podemos olvidar que ni el CIC 83, ni el CCEO, reconoce específicamente este derecho a la libre investigación de la filiación.

No obstante a lo anteriormente dicho, el derecho a la libre investigación de la filiación se impone como la concreción del principio de primacía de la verdad material que ya hemos analizado en el capítulo anterior. En este mismo capítulo hemos señalado como tal principio resulta fundamental y deriva de la misma naturaleza y fines del ordenamiento canónico. No obstante, a la hora de concretar la fundamentación del derecho a la libre investigación de la paternidad, no basta con hacer esta referencia genérica. Habrá que estudiar los principios que concretan esta primacía de la libertad material en el derecho a conocer la libre investigación de la paternidad; así procedemos a hacerlo en los puntos siguientes del presente capítulo.

2.- Principios canónicos en los que se sustenta el derecho a la libre investigación de la paternidad y maternidad.

Respecto de los principios que sustentan este derecho a la libre investigación de la paternidad, algunos ya los hemos tratado y estudiado en el

anterior capítulo. Es el caso del principio de *salus animarum* y ajuste a la verdad. Otros principios que desarrollaremos más adelante como el de igualdad en dignidad del canon 208 del CIC 83, que trataremos al tratar de la igualdad de los efectos de la filiación y sus clases. Pero hay principios que debemos mencionar específicamente en este apartado.

2.1.- derecho a la educación

Nos referimos en primer lugar al principio del canon 217 que incluye el “derecho a una educación cristiana por la que se les instruya convenientemente en orden a conseguir la madurez de la persona humana y al mismo tiempo conocer y vivir el misterio de la salvación”. Evidentemente desde los puntos de vista físico, moral e intelectual el hijo requiere una educación que corresponde a los padres otorgar como derecho y obligación en primer lugar. En consecuencia, no se podría entender la educación del hijo si previamente no se atiende a poder investigar quienes son los padres y por lo tanto los obligados a llevar a cabo esta educación a todos los niveles y también específicamente el de la fe.

En una línea garantista de este derecho a la educación el canon 1055.1 del CIC 83 y el 776 del CCEO la procreación y educación de los hijos como uno de los fines esenciales del matrimonio³²⁸. Ciertamente, la consideración de la

³²⁸ F. Aznar, *Derecho Matrimonial Canónico, Vol. III*, Salamanca 2003: “También contrae inválidamente por esta causa, en mi opinión, quien pretende desinteresarse de forma absoluta de la educación de la prole ya que ello está, al menos, en el mismo plano de esencialidad que la generación, y la obligación que sobre ello grava en los padres es de carácter primario...”; J.J.García Failde, *La nulidad matrimonial, hoy*, Barcelona 1999, p. 195: “...que, en concreto, esos derechos/obligaciones son los que esos padres se concedieron/impusieron mutuamente al consentir en quedar unidos en ese matrimonio que tiene esa ordenación natural; son derechos obligaciones a colaborar mutuamente en el proceso educacional de sus hijos; un cónyuge podrá exigirle al otro cónyuge, por razón de haber consentido en quedar unidos en el matrimonio, la colaboración, prestación de medios, adopción de posturas precisas, dentro del consorcio o comunión de vida, para educar a sus hijos...Y contraerá inválidamente el matrimonio el contrayente que al celebrar este matrimonio se proponga con un acto positivo de su voluntad no conceder el derecho y no asumir la obligación...”; A. Stankiewicz, “L’esclusione della procreazione ed educazione della prole”, in: *Apol LXIII*, 1990, 3-4 ,p. 317: “In questa dimensione il diritto–dovere dei genitori “si qualifica come essenziale, connesso com’è con la trasmissiones de la vita humana

dimensión educativa de la filiación como necesaria para la validez del matrimonio sólo se entiende desde la unión de los conceptos matrimonio y filiación³²⁹. Por unión entendemos implicación desde su misma naturaleza. Por tanto la implicación se hace notar en unas determinadas consecuencias jurídicas, entre ellas el derecho-obligación a la educación, como vemos más adelante.

Según lo antedicho, en ningún caso, el hecho de que esté recogido este derecho de forma explícita en la legislación matrimonial, puede implicar una situación de laguna jurídica respecto de la educación de los hijos en los demás casos. Así, en los casos en que los padres no están casados la obligación de los padres de la educación de los hijos se contiene en los cánones 793 del CIC 83 y 627 del CCEO. Ciertamente una despreocupación jurídica a este respecto hubiera sido contraria tanto a los principios pastorales del derecho canónico, como a la vocación completiva de todo ordenamiento e incluso al principio de igualdad que hemos mencionado anteriormente. Por tanto, no podemos dejar de atender que la obligación de los padres de atender y educar a los hijos para el Derecho canónico nace por el hecho de ser padres con independencia de si están casados o no³³⁰.

...Ciò permesso, ci si chiede se e in quale dimensione il diritto – dovere educativo sia rilevante nell'ordine canonico, e non solo nell'ordine etico, nel momento costitutivo del matrimonio (*matrimonium in fieri*)", in modo che l'esclusione dell'educazione della prole, qui à ordinato il matrimonio per sua indole naturale (CAN. 1055,1), potrebbe rendere nullo il consenso nella stessa misura come nel caso dell'esclusione del diritto-dovere aprocreativo".

³²⁹ A. Stankiewicz, "L'esclusione della procreazione ed educazione della prole", in: *Apol LXIII*, 1990, 3-4 ,p. 319: "In vero il diritto – dovere educativo dei coniugi nel sistema matrimoniale canonico non può essere separato dal matrimonio ed inteso soltanto nel senso della filiazione civilistica, in quanto il "totius vitae consortium" che gli sposi costituiscono in virtù del patto coniugale, già per sua indole naturale è ordinato alla procreazione e a la educazione della prole (can 1055,1)".

³³⁰ JJ. García Failde, *La nulidad...*, op. cit., p. 195.: "Algún canon (por ejemplo el can 793 parr.1) habla del derecho/obligación de los padres, por ser padres o, lo que es le mismo, sin referencia alguna a que sean o no sean cónyuges, en cuanto a la educación de los hijos ...otros cánones se refieren a ese derecho / obligación de los padres que están únicos en matrimonio pero no por estar unidos en matrimonio (can.226 parr 2 y 1136) ...Son, pues, derechos/obligaciones que tienen los padres por ser padres de sus hijos y no por ser cónyuges".

Todo lo manifestado en el párrafo anterior tiene como clave de interpretación que el derecho y deber de educar de los padres responde al derecho preferencial a recibir una educación por parte de los hijos. Efectivamente este último es el que está establecido en el elenco de los derechos fundamentales de todo fiel cristiano. A tal derecho le correspondería el derecho y la obligación de los padres a educar, en primer lugar, y sólo secundariamente se haría referencia a la comunidad eclesial íntegramente en el canon 794 del CIC 83. Por tanto, de tal derecho se deriva de forma necesaria el derecho del hijo de averiguar quiénes son sus padres.

2.2.- Derecho a la intimidad

Entiendo que otro principio en el que se sustenta el derecho a la libre investigación de la paternidad es el derecho a la protección de la intimidad que consagra el canon 220 del CIC 83. Se trata de uno de los derechos considerados fundamentales en el estatuto de los fieles en las dos vertientes que se reconoce, tanto la de buena fama como el derecho a la intimidad, y se considera como un principio de interpretación de otros cánones³³¹.

Es cierto que en el mismo se expone este derecho desde una perspectiva de un ataque a la intimidad. Sin embargo, en una interpretación profunda y adecuada de este principio entendemos que no sería posible considerar este derecho solamente como un derecho negativo, es decir como imposibilitar de la divulgación de la intimidad. Así, al igual que ha ido desarrollando la doctrina civilista³³² habría que entender este derecho a la intimidad de forma positiva. Esta vertiente positiva del derecho a la intimidad implicaría también el derecho

³³¹ J. M. Díaz Moreno, "Los fieles cristianos y los laicos", in: *Derecho Canónico I El Pueblo de Dios*, M. Cortés – J. S. José, Madrid 2006, p. 176: "Existe un auténtico derecho a la *buena fama eclesial* y el derecho a la intimidad está reforzado y garantizado, al afirmar la doctrina de la Iglesia que la intimidad personal de la propia conciencia es el *núcleo y sagrario más secreto*, en el que la persona *se encuentra a solas con Dios* (GS 16), no permitiendo interferencias no pedidas o permitidas. Este derecho tiene que ser un criterio de interpretación y aplicación de determinadas normas concretas y particulares (cf. cc.991; 979; 239 § 2; 240; 642) 38".

³³² Vid. Cap. IV, ap. 2.4. El derecho a la intimidad y el conocimiento del propio origen.

de las personas de acceder a todos los datos que conforman su personalidad. En este sentido, tal derecho a la intimidad protegería el derecho a la libre investigación de la paternidad y maternidad. También protegería el derecho a conocer el propio origen biológico que en Derecho canónico no podría constituirse en un derecho escindible del mismo derecho a la libre investigación de la paternidad y maternidad. La razón es obvia: al no existir una paternidad o maternidad jurídica por naturaleza (no adoptiva) distinta de la biológica, no es posible una distinción entre progenitores y paternidad y maternidad natural.

Pero para entender bien la relación entre esta perspectiva positiva del derecho a la intimidad y la libre investigación de la paternidad debemos de tener en cuenta también su relación con el principio del canon 219 del CIC 83. Este canon reconoce la inmunidad de coacción en la elección del estado de vida, como también lo hace el canon 22 del CCEO. Ciertamente estos datos que conforman la intimidad de la persona resultan fundamentales en la elección en la vida y de las personas. Es cierto que el *estatus familiae* o el conocimiento de la paternidad y maternidad no supone directamente un estado de vida, pero forma parte constitutiva del estado de las personas. Así lo ha reconocido la doctrina poniéndolo como ejemplo de hechos que no pueden pasar a cosa juzgada³³³. Resulta evidente la relación entre el derecho a escoger sin coacción del estado de vida y el estado de las personas. La razón resulta evidente, no es posible escoger libremente desde el desconocimiento de datos fundamentales para realizar tal elección.

La última afirmación que hemos realizado supone tener en cuenta que para realizar la elección del estado de vida se requieren todos los datos a los que legítimamente la persona tiene derecho a conocer sobre sí mismo y su propia identidad. Esto no es una cuestión teórica o accesoria, pensemos en la

³³³ F. Ramos, *I Tribunali Ecclesiastici, costituzione, Organizzazione, norme processuali, cause matrimoniali, Romae 2000*, p. 591: "...anche le sentenze sulla filiazione legittima o naturale...". - J.L. López Zubillaga, "sub c. 1643", in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2011, 925-6: "...se trata de derechos tan unidos a la persona como es, por ejemplo, la condición de hijo legítimo, de soltero o casado...".

evidencia de la concurrencia de un impedimento de consanguinidad o de la posibilidad de una enfermedad hereditaria. En todo caso, no debemos de olvidar que el ordenamiento canónico el principio de *salus animarum* se muestra como fundamental. Tampoco se nos puede escapar que la concepción canónica de la filiación supone una unidad entre lo biológico y los elementos espirituales y morales, tal y como hemos estudiado³³⁴. En consecuencia no podrían relevarse a la insignificancia las causas morales y espirituales en aras a la elección del propio estado de vida y a otras decisiones importantes en la vida del fiel cristiano, como tal fiel y como persona.

3.- Cauces procesales y procedimentales para conocer la filiación

La base legal con la que contamos para desarrollar esta materia no es específica de la materia de filiación. En este sentido afirma F. Aznar: “La legislación canónica no tiene ni normas ni un procedimiento propio para reclamar el reconocimiento de la paternidad ni para reclamar el reconocimiento de la misma: aunque nada se dice expresamente sobre ello, entendemos, que, o bien cabe una actuación específicamente canónica (administrativa o judicial), o bien se podrán canonizar las decisiones civiles que se dicten al respecto, siempre que se prevea que la sentencia civil no será contraria al Derecho canónico” (c. 1692) ...”³³⁵. En el mismo sentido que el canon 1692 del CIC 83 se manifiesta el canon 1378 del CCEO.

Esta cuestión se hace más importante, si atendemos a que el Derecho canónico tiene las relaciones parentales como base de una gran cantidad de instituciones y, junto con el matrimonio, de la familia. La relación paterno-filial no sólo es básica en derecho de familia; sino en toda la ordenación eclesial a través de la misma familia que aparece como Iglesia Doméstica. Así pues,

³³⁴ Vid. Cap. II., ap. 1.1. fundamentos doctrinales generales.

³³⁵ F. Aznar, “sub c. 1138”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1999, p.p. 598-9.

muchos de los preceptos³³⁶ canónicos exigen veracidad y cierta seguridad jurídica en la materia. Es a partir de estos mismos preceptos con los que el ordenamiento canónico crea cauces que pueden ser válidos para probar – acreditar la filiación.

¿Cuáles serían estos cauces específicamente canónicos? Ciertamente no hemos encontrado un tratamiento procesual específicamente considerado, pero encontramos dos posibilidades en la práctica canónica: - una es la vía administrativa; - la otra consiste en la vía judicial en distintas modalidades.

3.1.- La vía administrativa

Se fundamenta en la cuestión de la filiación en relación a la partida de bautismo. Esta como acto administrativo puede ser corregida por el superior competente, en este caso el ordinario del lugar. En este sentido, Manzanares manifiesta: “Para corregir un acta de bautismo asentada en el libro correspondiente se precisa la autorización de la curia diocesana. Esta debe de ser anotada al margen de la partida corregida y el documento de autorización

³³⁶ Podemos ejemplificar esta afirmación de la necesidad de la veracidad y cierta seguridad jurídica en la legislación del CIC 83 en los siguientes cánones: c. 867 CIC 83 sobre la obligación de los padres de hacer bautizar a su hijo cuanto antes; c. 868 CIC 83 sobre el consentimiento de los padres para la licitud del bautismo cuando no existe peligro de muerte; c. 867 CIC 83 respecto de la paternidad y maternidad y el lugar de celebración del bautismo; c. 855 CIC 83 sobre la imposición del nombre; c. 874 CIC 83 sobre la elección de padrinos; c. 869.3 CIC 83 el bautismo condicionado a los infantes no debe de ser administrado hasta que los padres no hayan manifestado las razones de sus dudas respecto de la validez del bautismo; c. 851,2º CIC 83 respecto de la ratificación de sus dudas respecto de la validez del bautismo; c. 914 CIC 83 encarga a los padres que los hijos menores al alcanzar la edad de uso de razón se preparen y se nutran de la eucaristía previa confesión sacramental; c. 793 CIC 83 el derecho y la obligación de los padres de educar a sus hijos; c. 890 CIC 83 impone la obligación de los padres junto con los pastores de almas de preparar a los hijos para la confirmación; c. 1091 CIC 83 establece el impedimento de parentesco por consanguinidad; c. 1094 CIC 83 establece el impedimento de parentesco legal; el c. 101 CIC 83 se establece el lugar de procedencia del hijo; en el c. 111 CIC 83 se establecen los criterios respecto de la Iglesia ritual a la que pertenece el hijo; el canon 1398 CIC 83 penaliza el delito de aborto.

sea guardado en el archivo.”³³⁷. Mostaza aborda la corrección de la inscripción de bautismo como posibilidad en el caso de legitimación: “En nueva partida, a juicio del ordinario del lugar. Esta partida se asentará en el libro de bautismos después de la última inscrita, advirtiéndolo antes de la firma que se hace por mandato del ordinario y previo expediente. Se anula la antigua partida, al margen de la cual se anota que la anulación se hace por orden del obispo y en su lugar vale la que se halla en tal folio”³³⁸. Esta posibilidad tiene una base legal firme en el canon 1400.2 del CIC 83 en relación con los cánones 1732 y 1737.1:

El canon 1732 contenido en el L. VII part. V sec. I: “del recurso contra los decretos administrativos” afirma que: Lo que se establece en los cánones de esta sección sobre los decretos, ha de aplicarse también a todos los actos administrativos singulares que se producen en el fuero externo extrajudicial, exceptuados aquellos que emanen directamente del propio Romano Pontífice o del propio Concilio Ecuménico.

El canon 1737.1 del CIC 83 afirma que: “Quien se considera perjudicado por un decreto, puede recurrir por cualquier motivo justo al superior jerárquico de quien emitió el decreto; el recurso puede interponerse ante el mismo actor del decreto, quien inmediatamente debe transmitirlo al competente superior jerárquico”.

Así la legitimación activa, para plantear este recurso vendría dada por el canon 1737.1 *Qui se decreto gravatum esse contendit* (quien se considere perjudicado). Por lo tanto, entiendo que no sólo sería el bautizado, sino también aquellos quienes constan como padres en la partida de bautismo. A este respecto Acebal afirma: “La capacidad para interponer este recurso corresponde a cualquier persona,...La Signatura Apostólica,...en un decreto de 21 nov 1987 (Comm.20 [1988] 88-94), manifiesta que para presentar un recurso se requiere ser titular de algún derecho subjetivo o interés legítimo, no meramente general,

³³⁷ J. San José, “sub c. 877”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2011, p. 526.

³³⁸ A. Mostaza, “El bautismo...”, op. cit., pp. 149-50.

y padecer un gravamen personal, directo, actual y tutelado por la ley al menos indirectamente..."³³⁹.

En cuanto al límite de edad aquí pueden resultar de mucho interés las disposiciones del canon 1478 del CIC 83 referente a la capacidad de los menores para litigar. Dentro de este canon sería especialmente importante la disposición del n.º. 3, pues entendemos que estamos ante una causa conexas a una espiritual, por lo tanto el menor podría demandar aun contra la voluntad de sus padres y tutores. Ciertamente a esta conclusión se llega atendiendo a la definición de causas anejas a las espirituales como aquellas cuyo "tratamiento jurídico no es posible separarlo del de la cosa espiritual, que es la principal mientras la material es accesoria..."³⁴⁰. En este sentido por causas espirituales se entienden aquellas referentes a la: "fe y a la moral, a los sacramentos y en especial al matrimonio"³⁴¹. Este sentido de causas espirituales lo entendemos como propio de las causas relativas a la filiación. A esta conclusión podemos llegar también a partir de la afirmación de Pinto³⁴² de que las causas de filiación tampoco pasan a cosa juzgada precisamente en atención al *salus animarum* y al *periculum peccati*.

Esta conclusión vendría justificada por la ratio normativa de todo el precepto contenido en el canon 1478: "es la de tutelar a los más débiles, de modo que impida que puedan aprovecharse de sus limitaciones y de sus dificultades..."³⁴³. Precisamente para conseguir este objetivo, el mismo canon 1478.3 prevé dos disposiciones: - La primera sería que los menores de edad hayan alcanzado el uso de razón; - La segunda, que si son menores de 14 años deben hacerlo por un curador nombrado por el juez.

³³⁹ J.L. Acebal, "sub. c. 1737", in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1999, p. 889.

³⁴⁰ C. De Diego-Lora, "sub. C. 1401", in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 1996, p. 634.

³⁴¹ Ibidem.

³⁴² Mons. J.M. Pinto, "sub c. 1643", in: *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano, 2001: "La *salus animarum* ed il *periculum peccati* portarono i canonisti ad escudere dal passaggio in giudicato le cause sullo stato delle persone, come sono lo stato di coniuge di figlio legittimo o naturale...".

³⁴³ C. Gullo, "sub. c. 1478", in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 1996, p. 1032.

En cuanto al plazo para interponer el recurso, entendemos que podría aplicarse por analogía el canon 1643, por el cual no se podría considerar nunca que se haya agotado la posibilidad de investigar la paternidad. En este canon se afirma que: “Nunca pasan a cosa juzgada las causas sobre el estado de las personas”. A este respecto la doctrina³⁴⁴ incluye como derechos unidos a la persona los de filiación.

Esta disciplina de recurso al ordinario para variar una inscripción de bautismo también resultaría aplicable a las Iglesias Orientales, en base al canon 1055.2 en relación con los cánones 996 y 997 del CCEO.

3.2.- La vía judicial

A.- PROCESOS DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Como ya hemos mencionado antes, no existe un proceso específico de determinación de la filiación en el Derecho canónico, tampoco en vía judicial. Sin embargo esto no quiere decir que no sea posible la tutela judicial efectiva del derecho a la libre investigación de la paternidad en sede canónica. Esta se debe realizar cuando en un proceso judicial aparece como cuestión trascendente para la causa el tema de filiación. Incluso la tutela de este principio es tal que, como ya hemos comentado, las causas nunca pasarían a cosa juzgada de acuerdo con el canon 1643. Esta tutela procesal sería congruente con un sistema canónico que no pretende determinar una filiación jurídica, sino que se fundamenta en la natural. Sin embargo, no debemos obviar que la necesidad de agotar la vía administrativa para acceder al proceso contencioso-administrativo incide en la tutela judicial de este derecho de los fieles.

La dificultad para la vía contencioso-administrativa consiste en que si bien el canon 1400 la contempla, como ya hemos tratado, después no se ha

³⁴⁴ Vid ap. 2.3.- Derecho a la intimidad.

admitido en el CIC 83 un desarrollo de esta vía en las instancias inferiores³⁴⁵. El único órgano judicial contencioso administrativo que prevé el CIC 83 es la Signatura Apostólica según el canon 1445.2; pero para ello habría que agotar toda la vía administrativa.

Así, al margen de la difícil vía contencioso administrativa, la cuestión de la filiación se puede presentar con mayor probabilidad en una causa de nulidad matrimonial. Dos serán los cauces más probables: - Uno es la apelación en un proceso documental por impedimento de consanguinidad o parentesco legal. - Otra posibilidad consiste en una causa incidental a una de nulidad seguida en procedimiento contencioso ordinario.

a) En el caso de la apelación de una sentencia del proceso documental

Normalmente por impedimento de consanguinidad o de parentesco legal. A este respecto, el canon 1686 del CIC 83 habla de que para que se de este procedimiento ha de presentarse “documento al que no pueda oponerse ninguna objeción ni excepción consta con certeza la existencia de un impedimento dirimente o el defecto de forma legítima, con tal de que conste con igual certeza que no se concedió dispensa, o que el procurador carece de mandato válido.”. Entre los impedimentos estaría por supuesto el de parentesco por consanguinidad y parentesco legal.

El canon 1687.1 del CIC 83 cuando prevé la posibilidad de que el defensor de vínculo apele si considera prudentemente que los vicios señalados en el c. 1686 o la falta de dispensa no son ciertos. En tal caso el procedimiento a seguir vendría fijado por el canon 1688.

b) en causa de nulidad matrimonial sustanciada en el proceso ordinario

³⁴⁵ F. Ramos, *I Tribunali Ecclesiastici...*, op. cit. , 40: “Especialmente viene detto che è possibile portare questo tipo di contese davanti al tribunale amministrativo. Le norme sui processi amministrativi che la commissione aveva preparato e che si trovavano negli schemi non sono state promulgate. Rimane però come vero tribunale amministrativo la IIª sessione del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica...”.

Como hemos dicho, la cuestión respecto de la filiación acreditada se podría plantear en una causa de nulidad de procedimiento ordinario. Podrían ser por ejemplo en supuestos de exclusión de la prole, o de impedimento de impotencia, o incluso en un supuesto de incapacidad. En estos casos cabría resolverse por las normas de las causas incidentales contenidas en los cánones 1587 a 1589 del CIC 83.

B) PROCESOS QUE INCIDEN EN LA PRESUNCIÓN MATRIMONIAL DE PATERNIDAD

Nos referimos ahora a los procesos que ponen fin a la vida conyugal o que la demuestran resultan esenciales a la hora de constituir y delimitar la presunción matrimonial de filiación. Estos procesos indirectamente tienen una incidencia importante a la hora de probar la atribución de la relación paterno-filial. En este sentido no sólo abordamos el proceso de nulidad matrimonial. También influiría en el proceso de separación (L. VI. Part. I, Artículo 2 del CIC 83: “De la separación permaneciendo el vínculo”), y en el ámbito administrativo: la declaración de matrimonio rato y no consumado, atendiendo al canon 1697 del CIC 83, la dispensa en favor de la fe, según el canon 1143 del CIC 83, y la *permissio transitus*, a tenor del canon 1707 del CIC 83.

Todos estos procesos, al evidenciar el fin de la convivencia matrimonial, establecen el término a partir del cual comienza a computarse el plazo de los 300 días últimos de la presunción de paternidad del marido. El caso de la *permissio transitus*, contendría también el día de ausencia del marido con lo cual establecería una fecha del fin de la convivencia matrimonial. Por lo tanto, no siendo procesos que tienen como objeto la filiación sino aspectos del matrimonio, inciden en la presunción matrimonial de paternidad; la prueba más consolidada e importante respecto a la filiación en el Derecho canónico. Su influencia en la atribución de la paternidad solo se explica desde la relación filiación y matrimonio que resulta fundante de esta presunción jurídica.

C) REFLEXIONES COMUNES SOBRE LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO A LA LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA FILIACIÓN

La conclusión a la que llegamos del estudio de este apartado es la posible pendencia de la adaptación de cauces jurídicos para hacer efectivo el derecho de libre investigación de la paternidad. Ciertamente vías administrativas y procesales existen, pero falta que contemplen y den respuesta suficiente a las especificidades del problema de la filiación.

A esta impresión se llega fundamentalmente al observar la carencia de una jurisdicción contencioso-administrativa en primera y segunda instancia. Esta importancia de la vía contencioso-administrativa no se explica tanto desde el valor probatorio de la inscripción de bautismo, sino de lo que supone el mismo bautismo para la persona. Como hemos tratado, con el bautismo el hombre y la mujer adquieren la personalidad en la Iglesia (canon 96 del CIC 83). También el bautismo supone el acceso a la economía sacramental de acuerdo con lo establecido en el canon 849 del CIC 83. Así, resulta sorprendente que sea tan difícil la tutela judicial de la veracidad de la filiación en la inscripción del acto fundante de la personalidad canónica, -el bautismo-. Más sorprendente resulta si atendemos a lo fundamental que resultan la paternidad, maternidad y filiación en la personalidad canónica.

En el ámbito procesal hay que destacar como el principio de libertad de prueba que siempre había estado presente en nuestro ordenamiento se ha ido ampliando, fundamentalmente con la admisión de las pruebas de ADN y las nuevas situaciones filiatorias producidas por la aparición de las técnicas de reproducción asistida. En este sentido no podemos dejar de constatar cómo tanto el Derecho romano, como la misma tradición canónica, durante mucho tiempo, solo preveían la imposibilidad del marido de unirse a la mujer por haber ausencia o impotencia como prueba en contrario de la presunción de paternidad. A este respecto, señalaba Barberena³⁴⁶ que al establecerse que solo

³⁴⁶ T.G. Barberena, "La investigación de la paternidad por examen de grupos sanguíneos y el c.115", in: *REDC* 3 (1949) 1009.

se da una prueba contra la presunción de paternidad no se consideró este hecho como una característica de la presunción de legitimidad, sino como una exigencia de la práctica. En el mismo sentido se manifiesta Ramírez Navalón alegando la siguiente motivación; “porque de hecho no supieron encontrar otra que ofreciera mayores garantías.”³⁴⁷ Este principio es el que deben buscar los procesos canónicos de filiación, aunque se desarrollen como incidente o impugnación en el seno de una causa matrimonial. En esta materia el punto de partida es canon 1138, al afirmar: *nisi evidéntibus argumentis contrarium probetur*. Interpretando este punto del canon de conformidad con el canon 1527 afirma Fornés: “...Y en esta materia no hay limitaciones para la investigación de la paternidad, de modo que entre otras caben las pruebas biológicas”³⁴⁸. El mismo principio de libertad de prueba encontramos en el canon 1208.1 del CCEO.

De lo que hemos estudiado, es claro que el principio de verdad biológica está por encima de la presunción matrimonial de filiación, también a nivel procesal. Un ejemplo de esto es el proceso documental donde la inscripción del bautismo puede cobrar una importancia específica alta. Otro muy importante sería que actualmente las pruebas de ADN sean admitidas en aquellos procesos canónicos relativos a la filiación. Estas pruebas se convierten en el medio más seguro y práctico para averiguar la verdad de la paternidad filiación. Sin embargo, otro aspecto que queda pendiente es la práctica común de estas pruebas en sede canónica.

En referencia a las pruebas de ADN entendemos siguiendo a Barberena³⁴⁹ y a Ramírez Navalón³⁵⁰ que las pruebas biológicas pueden ser admitidas en el ordenamiento canónico por dos vías: La más común sería mediante la admisión de un documento civil fundado en las mismas, como documento público (c. 1540.1); en este caso el documento haría prueba plena, refutable con

³⁴⁷ R. Ramírez Navalón, *Problemas morales y jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana*, Valencia 1986, p. 325.

³⁴⁸ J. Fornés, “sub. c. 1138”, in: CIC 83, *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barrañín, 2002, p. 1543.

³⁴⁹ T.G. Barberena, “La investigación de la paternidad...”, op. cit., p. 1009.

³⁵⁰ R. Ramírez Navalón, *Problemas morales...*, op. cit, p. 325.

argumentos contrarios y evidentes (c. 1541). – También sería posible alegar las pruebas biológicas de paternidad directamente en el fuero canónico; en este supuesto estaríamos ante una prueba pericial siempre y cuando hubiera nombrado el juez, al perito, (c. 1575 CIC 83). Esta posibilidad, le supone mucha importancia en las posibles causas canónicas de filiación, incluso podrían entenderse como imprescindibles. Esta idea se deduce a tenor del c. 1574 CIC 83 cuando afirma que: “Se ha de acudir al auxilio de peritos siempre que, por prescripción del derecho o del juez, se requiera su estudio y dictamen, basado en las reglas de una técnica o ciencia, para comprobar un hecho o determinar la verdadera naturaleza de una cosa”. Sin embargo, el mismo canon deja claro que es el juez el que tiene la última palabra. Así pues resultarían aplicables todas las normas para la prueba pericial contenida en el capítulo IV del LVII, parte II “*De los peritos*”. Hay que advertir aquí que en el CCEO 83 no existe la categoría probatoria de pericial privada. Por lo tanto, un informe de unas pruebas biológicas que aportara una parte, sería considerado un documento privado (canon 1540.3 CIC 83).

4.- Medios directos para el ejercicio del derecho a la libre investigación de la paternidad

Los medios de prueba de la filiación en los procesos judiciales o en los procedimientos administrativos escapan en principio al objeto de esta investigación que no se ocupa de un aspecto procesal como es la prueba. En este sentido, la práctica de la prueba biológica excede el objeto de nuestra investigación. Sin embargo, respecto a otros casos, no podemos olvidar que en el Derecho canónico, a diferencia de los ordenamientos seculares, la filiación es un hecho biológico. Por otra parte, como hemos abordado en el punto anterior, no existe propiamente un proceso específico para la determinación de la filiación por vía judicial o administrativa, ni siquiera para la investigación de la paternidad o maternidad. Esto supone que en la praxis eclesial y sacramental ordinaria la filiación deba de ser probada de manera extrajudicial e incluso fuera de un proceso de recurso administrativo formal.

Según lo antedicho, muchos de los medios de prueba actuarían directamente como medio para ejercer el ejercicio de investigar la paternidad y maternidad o demostrarla. Estos medios directos del ejercicio del derecho a la libre investigación de la paternidad o maternidad podrían darse ante la perspectiva de la recepción de un sacramento u otro bien espiritual o temporal eclesial, y serían casi todos los llamados medios de prueba. El único medio que por su propia naturaleza quedaría excluido de estos medios directos sería la práctica de la prueba de ADN que por su naturaleza deberá de practicarse dentro de un procedimiento judicial o administrativo. La causa sería clara que este medio de prueba requerirá de una resolución judicial para poderse practicar. Cuestión sería la acreditación documental de la práctica de dichas pruebas de ADN. No obstante, cabe aclarar que en estos casos estaríamos propiamente ante una prueba documental y no ante una prueba pericial como es las llamadas pruebas de ADN. El resto de medios probatorios sí podrían suponer en un momento dado un medio directo para ejercer el derecho a la investigación de la paternidad y maternidad. Tal investigación o prueba podría darse de cara a la recepción o constancia de un sacramento o cualquier bien espiritual o eclesial en general que requiera la constancia de los nombres de los padres o de la filiación.

4.1.- Presunciones de paternidad y maternidad

A) CARÁCTER PRESUNTIVO DE ESTA PRUEBA

El canon 1138 ha sido considerado por la doctrina jurídica como una prueba presuntiva. Como ejemplos más cercanos podemos citar la doctrina de: - Aznar: "Se trata de una presunción iuris que admite prueba en contrario"³⁵¹, a García Failde: "...diversos ejemplos de hechos presumidos por el

³⁵¹ F. Aznar, "sub c. 1138", in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2011, pp. 598-9.

derecho...c.1138.2”³⁵² o a Fornés”...Y en este sentido el CIC 83 establece dos presunciones *Iuris Tantum*. ...La primera se refiere a la paternidad (&1)... La segunda presunción (&2) conecta la concepción y nacimiento, estableciendo unos plazos que se computan por días”³⁵³.

Por tanto, previamente a estudiar la presunción de paternidad, debemos de aclarar cuál es el valor y consistencia de la prueba presuntiva en el Derecho canónico. En este sentido el canon 1584 del CIC 83 nos define presunción como una conjetura probable sobre una cosa incierta. Se trata pues de una deducción que se hace en base a la certeza de otra cosa³⁵⁴. Para esto se establece una relación lógica entre el hecho cierto, llamado indicio y el incierto, llamado indiciado; si existe un indicio el hecho indiciado se presume. En el canon 1138.1 existe pues una conexión entre un hecho cierto, -el marido de la mujer-, con un hecho no cierto, -el padre del niño-³⁵⁵. Así mismo, el canon 1138.2 conecta el hecho cierto en el tiempo del nacimiento, con el incierto en el tiempo, como es el de la concepción.

En cuanto a la clasificación de las presunciones que hace el mismo canon 1584, se distingue: Presunciones de derecho, que son aquellas que determina la ley; o presunciones *hominis*, si proviene de un razonamiento del juez. Ya que el canon 1138 establece la presunción de paternidad, entendemos que se trata de una presunción de derecho.

El canon 1585 del CIC 83 establece la eficacia de la prueba presuntiva afirmando que: Quien tiene a su favor una presunción de derecho, queda exonerado de la carga de la prueba, que recae sobre la parte contraria. En el CIC 83 a diferencia del CIC 17 no se contemplan las presunciones “de derecho y por

³⁵² J.J. García Failde, *Nuevo Derecho procesal Canónico*, Salamanca, 1995, p. 198.

³⁵³ J. Fornés, “sub. c. 1138”, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 2002, p. 1538.

³⁵⁴ M. Arroba Conde, *Diritto Processuale Canónico*, Roma 1993, p. 426: “Presumere vuol dire dedurre una cosa incerta da un'altra certa, una deduzione che si fa in base a la certezza di una altra cosa”.

³⁵⁵ J. Fornés, “sub. c. 1138”, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 1996, p. 1538. - J L. Santos, *Nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid, 1983, p. 346.

derecho". Tales presunciones *iuris et de iure* (canon 1825 del CIC 17³⁵⁶) solo admitían pruebas indirectas, es decir aquellas que demostraban la falsedad del hecho indiciario en que se basa la presunción³⁵⁷.

Por tanto la presunción del canon 1138, como todas las presunciones de derecho en el actual CIC 83, admiten pruebas en contrario: tanto directas, -las que consisten en demostrar la falsedad del hecho presunto o indiciado-, como indirectas, -las encaminadas a demostrar la falsedad del hecho indiciario-. Esta posibilidad de prueba directa e indirecta en contra es admitida por el mismo código en el c. 1138.1, así se trata de una presunción *Iuris tantum*.

A partir de lo antedicho, debemos plantearnos la cuestión de qué pruebas en contra admite la presunción de paternidad en el matrimonio. Tradicionalmente se admitía que esta prueba sólo podía consistir en la demostración de la imposibilidad de la unión sexual entre los esposos. Esta imposibilidad venía demostrada fundamentalmente por la ausencia, separación, o por impotencia sobrevenida³⁵⁸. Sin embargo como señala la profesora Ramírez Navalón citando a Barberena: "...no consideraron este hecho como una característica de la presunción de legitimidad, sino como una exigencia práctica, porque de hecho no supieron encontrar otra que les ofreciera mayores garantías"³⁵⁹. Incluso, cómo hemos visto, las técnicas de reproducción asistida, han hecho dudar de que la ausencia sea siempre una prueba³⁶⁰. En consecuencia, las posibilidades y las necesidades en el orden de la prueba se han ido ampliando; Así ha cobrado fuerza la idea de que caben todos los medios de prueba admitidos³⁶¹ en el CIC 83. Respaldando esto el canon 1527.1

³⁵⁶ C. 1825.2, CIC 17: "2.- Praesumptio iuris alia est iuris simpliciter, alia iuris et de iure".

³⁵⁷ J.J. García Failde, *Nuevo Derecho procesal...*, op. cit., 196; F. Aznar, "sub c. 1585", in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1999, p. 817.

³⁵⁸ J L. Santos, *Nuevo Derecho...*, op. cit, p. 346.

³⁵⁹ R. Ramírez Navalón, *Problemas morales...*, op. cit., p. 325.

³⁶⁰ Vid. II, cap. 5. Las técnicas de reproducción asistida y la atribución de la paternidad en el Derecho canónico.

³⁶¹ R. Ramírez Navalón, *Problemas morales...*, op. cit., p. 324; J. Fornes, "sub c. 1138", in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 2002*, p. 1539.

del CIC 83 establece el principio general de libertad de prueba en el Derecho canónico afirmando que: pueden aportarse cualesquiera pruebas que se consideren útiles para dilucidar la causa y que sean lícitas.

Ciertamente, la necesidad de admitir un principio amplio de prueba en contra de la presunción viene de la misma limitación física de su capacidad probatoria de la presunción. A este respecto el profesor Ciprotti, pone dos ejemplos en que no sería sostenible la presunción de paternidad³⁶² fijada en el canon 1138.1: Si antes de los 10 meses desde el fin de la vida conyugal la mujer tiene dos hijos. Otro caso sería si el hijo nace antes de transcurrir los diez meses desde el fin de la convivencia conyugal pero tras los 6 primeros meses después de contraer un nuevo matrimonio. En estos casos, afirma Ciprotti, la presunción de paternidad sería absurda.

B) RELACIÓN ENTRE MATRIMONIO CANÓNICO Y PRUEBA PRESUNTIVA DE PATERNIDAD

La presunción contenida en el canon 1138.1 es el viejo aforismo de Ulpiano en el Digesto: *Pater est qui iuxtae nuptiae designant*³⁶³. Por tanto está claro que el objeto de la presunción de este canon 1138.1 es la paternidad del marido. En este sentido el matrimonio se convierte en la prueba presuntiva más común y más sencilla respecto de la paternidad. Sin embargo ésta, salvo conflictos de filiación suele repercutir indirectamente. Realmente está tan asumida por la Iglesia y la sociedad que, salvo en casos de conflicto, la paternidad se acredita con documentos que en la base de su elaboración tiene en la mayoría de estos casos esta prueba de paternidad. Piénsese en partidas de los registros civiles o las de bautismo.

El canon 1138.2. contiene una presunción que completa la anterior. El contenido de este párrafo, no sólo trata sobre la paternidad, sino que contiene

³⁶² P. Ciprotti, *De Prole Legítima Vel Illegítima in Iure Canónico Vigenti*, Roma 1939, p. 27.

³⁶³ J. Fornes, c. 1138, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 2002, p. 1538; J L. Santos, *Nuevo Derecho...*, op. cit., pp. 345-6.

una mención explícita a la calificación del hijo. A este respecto entendemos que resulta de gran interés y muy acertado lo que citando a Miguélez nos dice Santos: "... de verdad esta nueva presunción se refiere más directamente a la filiación respecto del marido de la madre que a la legitimidad, aunque ésta sea consecuencia de aquélla. Lo confirma el haberse situado esa norma en el mismo canon y a continuación del primero, el cual trata la filiación, su sentido, continúa Miguélez, creemos que equivale a lo siguiente: se presume que son hijos del marido los nacidos..."³⁶⁴. Usando términos distintos, Ciprotti³⁶⁵ se manifestaba de forma muy similar: La ley no presume sólo que la concepción se produzca durante ese tiempo, sino, como señalamos, incluso que los hijos sean legítimos, es decir, concebidos del marido de la madre, si nacen dentro de aquellos días.

Así, la presunción de paternidad respecto del marido de la mujer la concreta el canon 1138.2 del CIC 83 estableciendo que se presumen legítimos los hijos nacidos al menos 180 días después de celebrarse el matrimonio, o dentro de 300 días a partir de la disolución de la vida conyugal. Poco ha variado este precepto respecto del canon que lo antecedió, el canon 1115.2³⁶⁶ del CIC 17. Lo único que se puede señalar en este sentido es la variación del cómputo de los plazos que en vez de ser en meses como en el canon 1115 del CIC 17 se hace en días, de forma que resulta más precisa³⁶⁷, pues como es sabido los meses naturales no todos tienen el mismo número de días. Estos plazos en que opera la presunción ya eran contemplados en el Derecho romano³⁶⁸. Se trata de los plazos mínimos, 180 días, y máximo, 300 días, que la medicina tradicionalmente ha considerado que el feto puede estar dentro de la mujer.

³⁶⁴ J L. Santos, *Nuevo Derecho...*, op. cit., p. 346.

³⁶⁵ P. Ciprotti, *De Prole legitima...*, op. cit., p. 25: "Verum Lex non presumit tantum conceptionem durante illo tempore factam esse, sed, ut innuimus, etiam filios esse legítimos, id est conceptos ex matris marito, si intra illos dies nascantur: quod forte poterat omitti".

³⁶⁶ C.1115.2 ,CIC 17: "Legítimi praesuntur filii qui nati sunt saltem post sex menses a die celebrati matrimonii, vel intra decem menses a die dissolutae vitae coniugalis".

³⁶⁷ A. Mostaza, "El Matrimonio" ..., op. cit., p. 494.

³⁶⁸ Vid. Cap. I, ap. El Derecho romano clásico.

Respecto del cómputo de los 300 días del final del plazo, surge la siguiente cuestión: ¿qué se ha de entender por disolución de la vida conyugal, a estos efectos? Conviene aclarar que por disolución de la vida conyugal hay que entender no sólo las distintas disoluciones ab extrínseco del matrimonio, sino también la declaración de nulidad y a la separación de los cónyuges. Parece pues que se puede concluir que se refiere al cese efectivo de la convivencia³⁶⁹.

Una cuestión íntimamente conexa es en que casos opera de forma directa la presunción de paternidad. La postura de López Alarcón respecto a los correlativos cánones en el CIC 17 supone que la presunción que en el CIC 83 se contiene en el canon 1138.2 entraría en juego solamente cuando se impugnara o desconociera la paternidad³⁷⁰. A este respecto el profesor Ciprotti descende a casos más concretos donde se hace efectiva esta presunción³⁷¹: si el marido de la madre reconoce a la prole (al menos tácitamente, esto es, no repudiándola), no hay ninguna causa por la que no se considere como legítima, así como, por el contrario, deba tenerse por ilegítima si él la repudia. Pero si surge esta cuestión (por ejemplo el padre, después de que conoce al hijo, quiere repudiarlo; o bien el hijo repudiado, siendo ya mayor, quiere ser considerado legítimo de aquel hombre; o bien la madre quiere que el hijo sea considerado como legítimo o ilegítimo) entonces, quien hace que se cambie el estado en que el hijo se halla debe probar que ese estado no es verdadero.

C) LA PRESUNCIÓN DE MATERNIDAD

Como hemos estudiado, el canon 1138.2 relaciona al hijo con el matrimonio usando el calificativo de legitimidad. Así ante el contenido explícito de este canon cabría plantearse la siguiente cuestión: ¿por qué hablar de

³⁶⁹ J. Fornes, "sub c. 1138", in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 2002, p. 1539.

³⁷⁰ M. López Alarcón, "La filiación en el derecho canónico. Su correspondencia en el derecho civil", in: *Pretor*, 1977, p. 321.

³⁷¹ P. Cipriotti, *De Prole legítima...*, op. cit., 25: "Qua propter, si matris maritus eam agnoscat (saltem tacite, id est non repudians), nulla est causa sur non habetur legítima, sicut vicissim habenda est illegítima, si ille eam repudiet. Quodsi Quaestio oriatur (e.g. pater, postquam agnovit filius legítimus illus viri; vel mater vult ut filius possidet debet probare illum statum non esse verum".

presunción de paternidad por el matrimonio y no de una presunción de paternidad y maternidad? La doctrina³⁷² da una explicación basada en el aforismo de Paulo: *quia mater semper certa est etiam vulgo conceperit*. Con ello se reconoce que bastará con demostrar el parto para que quede demostrada la maternidad respecto del hijo. Sin embargo, este argumento, a primera vista claro y sólido, requiere un análisis ante nuevos supuestos que plantean fenómenos como el de la fecundación asistida³⁷³.

Para encontrar un análisis y una crítica al principio de Derecho romano, adoptado por la mayoría de ordenamientos occidentales debemos de remitirnos a la doctrina civil que es la que recientemente se ha ocupado del principio paulino actualizándolo a la situación actual. Esta ha ido realizando una crítica a este principio consagrado por el art. 10 de la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida. Pero aclaramos que lo que nos interesa en este momento del estudio no son sus reflexiones en materia civil que estudiaremos posteriormente. Realmente lo que referimos de la doctrina civil en este punto es la referencia al principio paulino en el contexto novedoso de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida donde la maternidad biológica por el parto y la genética pueden venir disociadas. A este respecto, resulta muy interesante y útil para la doctrina canónica la consideración del estudio realizado por Rivero³⁷⁴. En este estudio aparecen toda una serie de cuestiones que el aforismo de Paulo no resuelve en materia de reproducción asistida:

“...No puedo declinar el sugerir algunas cuestiones importantes y poner de manifiesto ciertas incoherencias de nuestro sistema jurídico. He aquí algunas: ¿Cómo compatibilizar esa definición de “maternidad igual a parto” (sin preocupación por la relación genética ni por la voluntad de tener un hijo

³⁷² J. Fornes, “sub. c. 1138”, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañain 2002, p. 1538; R. Ramírez Navalón, *Problemas morales...* op. cit, Valencia, 1986, p. 328.

³⁷³ Vid. Ap. 5. Las técnicas de reproducción asistida y la atribución de la paternidad en el Derecho canónico.

³⁷⁴ F. Rivero, “¿Mater semper certa est?”, in: *ADC* n. L, Madrid 1997, p. 17.

propio) con una concepción en buena medida todavía voluntarista y formalista de la filiación y de la propia maternidad, y con total desconocimiento de la voluntad (de la pareja o madre comitente) de que un hijo nazca? ¿No contrasta este con la directa atribución de la paternidad al marido o compañero que consiente la inseminación de su esposa/compañera con material genético de donante, otro varón? ¿No hay cierta contradicción en que la sola voluntad de ese marido o compañero pueda hacerle padre del hijo no engendrado por él en absoluto, y la nula trascendencia de la voluntad de la mujer con idéntica participación en ese nacimiento (a veces mayor, suministrando su propio óvulo y una herencia genética)? ¿Qué sentido tiene en estos casos la tan invocada “verdad sociológica” de nuestro sistema de filiación para luego ignorar el papel de la mujer (a veces, de la pareja) que decide que el hijo nazca? ¿por qué en nuestra LTRA’88 sólo es madre jurídica la madre fisiológica (más que la biológica) y no la madre genética (puestos a ignorar por completo al comitente), o no se ha contemplado alguna excepción o casos especiales a la regla general tan drástica y discutible?”.

Si todas estas cuestiones son relevantes, entiendo que resulta especialmente importante la última: ¿La maternidad natural debe de tener una base biológica en sentido genético o simplemente fisiológico? No olvidemos que el axioma de Paulo se dio en una época donde el criterio de verdad biológica de la maternidad no era posible separarlo de la realidad del parto. A este respecto, el Derecho canónico desde su peculiar naturaleza y desde su misión pastoral debe plantearse autónomamente esta cuestión. En este sentido, no podemos olvidar la importancia del patrimonio genético en la configuración de la personalidad y la relevancia en la condición de hijo³⁷⁵. Sin embargo, mientras no surja una norma específica al respecto, en Derecho canónico cabría entender válido el principio heredado del Derecho romano de que la maternidad queda determinada por el parto. No obstante entendemos que los datos científicos son suficientes para entender que tal presunción, que no se reconoce explícitamente en el CIC 83, sería una presunción *iuris tantum*. En realidad no puede ser de otra manera en el Derecho canónico ya que en el CIC 83 se eliminaron las

³⁷⁵ F. Rivero, “¿*Mater semper...*”, op. cit., p.p. 21-2.

presunciones *iuris et de iure*. Por tanto, a nuestro parecer, tal presunción debería de ceder ante una prueba en contrario evidente como sería los resultados de la práctica de ADN.

D) PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL CCEO

Como ya hemos comentado en el CCEO no existe un apartado específico respecto de las consecuencias del matrimonio. Así, al igual como en materia de legitimidad, tampoco encontramos un canon que haga una referencia a la presunción de paternidad-filiación. Sin embargo, como no podría ser de otra manera, existe una referencia constante a la paternidad-filiación. El ejemplo más claro de esto lo encontramos en el canon 689.1 del CCEO que contiene la misma norma sobre la inscripción de bautismo que el canon 877 del CIC 83. Pero también en materia de educación y educación en la fe de los hijos etc... Por lo tanto, el CCEO requiere un mínimo de seguridad a la hora de conocer quienes son el padre y la madre. Así, tampoco podría acoger acríticamente la legislación civil en la materia. Esto es debido a que los principios inspiradores de los ordenamientos civiles no siempre son coincidentes con los del canónico, como ya hemos estudiado. En consecuencia, aunque no tenga una norma universal no puede prescindir del medio de prueba más común que es aceptado de una u otra forma por todos o al menos la mayoría de ordenamientos jurídicos.

En conclusión, la presunción de paternidad vendría dada por la práctica jurídica a la hora de concretar los derechos y obligaciones referentes a los padres o quienes hacen sus veces. Pero ¿qué respaldo legal encontraría? Entiendo que a falta de de la legislación particular de cada Iglesia, que podría introducir la presunción conteniendo algunas especificidades, encontraría su apoyatura en el canon 1265 CCEO. En este canon se contiene las presunciones que puede formular el juez para llegar a una sentencia justa, puede formar presunciones que no están establecidas por la ley.

En cuanto al valor de esta presunción, sería el otorgado en el canon 1266 del CCEO, que contiene también la misma norma que en el CIC 83: “Quien tiene a su favor lo que se presume por el mismo derecho, queda liberado de la carga de la prueba, la cual recae sobre el adversario”.

4.2.- La inscripción del bautismo

El canon 877.1 del CCEO 83 prescribe que el párroco del lugar en que se celebra el bautismo debe de anotar diligentemente y sin demora en el libro de bautismos el nombre de los bautizados, haciendo mención del ministro, los padres, padrinos... Este mismo precepto lo recoge el canon 689.1 CCEO.

El canon 535.2 del CIC 83 completa los datos que deben de constar en la inscripción de bautismo. Entre estos requiere que conste “...lo que se refiere al estado canónico de los fieles por razón del matrimonio, quedando a salvo lo que prescribe el canon 1133, por razón de la adopción...”. Es importante destacar como la disposición del canon sobre anotación de matrimonio en la partida de bautismo se refiere al matrimonio del bautizado. Por tanto, no encontramos en el CIC 83 ninguna referencia a la constancia del matrimonio de los padres del bautizado menor. Con ello advertimos que el CIC 83 no establece la partida de bautismo como prueba de la legitimidad o no del bautizado. En este sentido el comentario de Salachas al c. 689 CCEO no deja lugar a duda: “Si deve assolutamente evitare l’indicazione “*filius illegitimus*”³⁷⁶.

También, previamente al estudio de esta prueba de filiación, cabría hacer unas consideraciones respecto de cómo y en qué forma el CIC 83 plantea esta inscripción: En este mismo sentido establece el canon 535 que en cada parroquia se han de llevar los libros parroquiales, entre ellos los de bautizados. Un importante cambio en la nueva regulación de la inscripción del bautismo

³⁷⁶ D. Salachas, “sub. c. 68”, in: *Commento Al Codice Dei Canonici Delle Chiese Orientali*, Citta del Vaticano 2001, p. 575.

respecto de la anterior en el canon 777.1 del CIC 17³⁷⁷ consiste en que se especifica que es el párroco quien debe de efectuar la inscripción³⁷⁸. Es el párroco del lugar donde se realice el bautismo quien debe realizarla. Así se ha suprimido la disposición del canon 778 del CIC 17³⁷⁹ por la cual el párroco del lugar donde se bautiza debía comunicarlo al de la parroquia de los padres para que este practique la inscripción en el caso de bautismo de menor. Así, si bien el CIC 83. sigue reconociendo que lo normal es que el menor se bautice en la Iglesia parroquial de sus padres, a no ser que una causa justa lo aconseje, según el canon 857.2 del CIC 83; Cuando esto no ocurra así se inscribe en la parroquia donde se bautizó y se evita una doble inscripción.

A.- CONSIDERACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL BAUTISMO COMO DOCUMENTO PÚBLICO ECLESIAÍSTICO

La definición de documento público la encontramos en el canon 1540.1 del CIC 83, en él se afirma que: Son documentos públicos eclesiásticos aquellos que han sido redactados por una persona pública en el ejercicio de su función en la Iglesia y observando las solemnidades prescritas por el derecho. La inscripción de bautismo la debe realizar y emitir una persona pública eclesiástica competente³⁸⁰; así lo encarga el canon 877. Por lo tanto los testimonios auténticos de estas certificaciones son considerados como documentos públicos. Respecto a éstos afirma García Failde: “Estas copias

³⁷⁷ C. 777.1, CIC 17: “Parochi debent nomina baptizatorum, mentione facta de ministro, parentibus ac patrinis, de loco ac die collati baptismi, in baptismali libro sedulo et sine ulla mora referre.”

³⁷⁸ A. Mostaza, “El Bautismo”, in: *Nuevo Derecho Parroquial*, Madrid 1994, p. 148.

³⁷⁹ C. 778, CIC 17: “Si baptismus nec a proprio parochi nec eo praesente administratus fuerit, minister de ipso collato quam primum proprium rationem domicilii parochum baptizati certiore reddat”.

³⁸⁰ Esta idea se evidencia cuando G. Failde al tratar la prueba documental nombra explícitamente el canon 877: - JJ. García Failde, *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Salamanca 2007, p. 217: “Otro ejemplo de documento público eclesiástico es el de la inscripción de un bautismo en los libros parroquiales; el canon 877.1 ordena: El párroco del lugar en que se celebra el bautismo debe anotar diligentemente sin demora en el libro de bautismos el nombre de los bautizados, haciendo mención del ministro”. Este documento público de la inscripción del bautismo da fe plena acerca de los extremos que tienen relación en el acto conoció inmediata o mediatamente el párroco”. - También se evidencia esta idea en: - M. Arroba Conde, *Diritto Processuale...*, op. cit., p. 398.

auténticas por quien en autoridad para ello gozan del mismo valor que sus originales... dígase lo mismo de los atestados auténticos de los originales”³⁸¹. A este respecto el mismo autor especifica que “en estos casos suele ser distinto el autor del original y el autor de la autoenticación; el primero da fe de la correspondencia de lo afirmado en el documento con la verdad objetiva y el segundo da fe de la correspondencia de la copia o del extracto con el original”³⁸².

Conviene recordar al respecto de lo antes tratado que por persona pública eclesiástica no sólo se entienden los notarios. Más bien se entiende cualquier persona que el derecho concede autoridad para documentar un acto en virtud de la ley y su función administrativa³⁸³.

El valor probatorio de los documentos públicos viene dado por el canon 1541 del CIC 83 el cual afirma que; a no ser que conste otra cosa por argumentos directos y evidentes, los documentos públicos hacen fe de aquello que directa y principalmente se afirma en ellos. En el mismo sentido se manifiesta el canon 1222 CCEO. Por tanto el valor de los documentos públicos es de prueba plena. En definitiva supone una inversión de la carga de la prueba exigiéndose además argumentos directos y evidentes. Sin embargo este efecto, como el mismo canon indica, se refiere tan sólo a lo que directa y principalmente se afirma en ellos. Por directamente³⁸⁴ se entiende aquello que la persona pública ha percibido, puede ser de forma inmediata o mediata, y que puede documentar públicamente. Por “principalmente”³⁸⁵ se entiende aquello que es el objeto del acto jurídico por el cual viene redactado el documento. De forma muy parecida dice García Failde que: “afirma “principalmente” todo aquello

³⁸¹ J.J. García Failde, *Nuevo Derecho Procesal...*, op. cit., p. 46.

³⁸² J.J. García Failde, *Tratado de Derecho Procesal...*, op. cit., p. 215

³⁸³ J.I. Lopez Zubillaga, “sub c. 1540”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1999, p. 878.

³⁸⁴ M. Arroba Conde, *Diritto Processuale...*, op. cit., p. 398: “Direttamente viene afermato ciò che la pubblica persona ha percepito con i propri sensi e che può documentare públicamente...”.

³⁸⁵ *Ibidem*: “primamente viene afermato ciò che è l’oggetto dell’atto giurídico per il quale viene redatto il documento...”.

que pertenece a la sustancia del hecho consignado en el documento...³⁸⁶. Este último autor aborda los dos términos, “directa y principalmente”, afirmando que “indican que el documento público hace referencia acerca de todo aquello que motivó por disposición de la ley la confección del documento en orden a la prueba y que el documentador conoció con seguridad directa o indirectamente”³⁸⁷. Así esta cuestión resulta de gran importancia, porque el hecho de considerar la partida de bautismo como documento público no significa que haga fe pública de todo su contenido. Así surge la necesidad de plantearse y estudiar que eficacia probatoria tendrá respecto de la existencia de una relación paterno-filial.

B.- EFICACIA PROBATORIA RESPECTO DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN

La solución a esta cuestión es de gran importancia, porque en ella se ven comprometidos varios principios del Derecho canónico: - El de adecuación a la verdad material, frente a la verdad formal. – El principio del valor probatorio de los libros en el Derecho canónico. – El principio de consideración del ordenamiento canónico como un derecho pastoral que tiende a la benignidad.

Atendiendo al valor probatorio que otorga el c. 1541 a los documentos públicos Arroba pone como ejemplo³⁸⁸ que un certificado de bautismo declara la recepción del sacramento y no la edad del bautizado. En el mismo sentido se debe entender la afirmación de Ramos al decir que en el certificado de bautismo se afirma directamente el hecho del bautismo y los padrinos; mientras que en el certificado de nacimiento, el hecho del nacimiento, la fecha y los padres³⁸⁹. En este mismo sentido se pronuncia también García Failde: “según esto la inscripción de un bautismo hace fe plena acerca de la persona del bautizado y de los padrinos y del ministro del sacramento y del lugar y día en que fue

³⁸⁶ Cf. J.J. García Failde, *Nuevo derecho procesal...*, op. cit., p. 149.

³⁸⁷ J.J. García Failde, *Tratado de Derecho Procesal...*, op. cit., p. 215.

³⁸⁸ M. Arroba Conde, *Diritto Processuale...*, op. cit., p. 398: “un certificato di batesimo dichiara il sacramento riceuvo, non l’età del battezzato”.

³⁸⁹ F.J. Ramos, *I Tribunali Ecclesiastici...*, op. cit, p. 417.

administrado; pero no acerca de los padres ni acerca del día y del lugar del nacimiento por que estos datos, aunque el canon ordena que se consignen, no ha podido el párroco comprobarlos por sus sentidos”³⁹⁰.

No obstante, hay que tener presente que los documentos públicos, respecto de lo que no afirman directa y principalmente, suponen indicios³⁹¹ a ser valorados por el juez. Por lo tanto entendemos que no está totalmente cerrada la cuestión de cuál es el valor probatorio de la inscripción de bautismo y de las certificaciones auténticas de las mismas en la cuestión de la filiación del bautizado.

López Alarcón manifiesta: “¿Por qué excluye la prueba registral, que ordinariamente viene constituyendo un instrumento idóneo para ello por la autenticidad y la de exteriorizar la verdad en esta materia?”³⁹². Esta postura se entiende desde el valor que consuetudinariamente se le ha otorgado en la sociedad secular a los libros de bautismos: “Es interesante subrayar que hasta 1870 en España los registros eclesiásticos han hecho las veces del Registro Civil. “Las garantías que, desde el primer momento, ofreció el Registro eclesiástico fueron tales, que su utilización en el fuero civil se hizo prácticamente indispensable, y así durante tres siglos una institución puramente eclesiástica pudo subvenir las necesidades de la vida civil, en condiciones de eficacia similar a las que han podido ser ulteriormente la generalidad de los Registros civiles y, desde luego sin complicación ni gasto alguno para el Estado”³⁹³.

Sin embargo, a nuestro entender resulta más coherente con el c. 1541 y con los principios del ordenamiento canónico la solución manifestada por Ciprotti al respecto: “este reconocimiento tiene menor fuerza que el reconocimiento que tiene vigencia ante cualquier ley civil, ...Pues ya que

³⁹⁰ J.J. García Failde, *Tratado de Derecho Procesal...*, op. cit., p. 215.

³⁹¹ M. Arroba Conde, *Diritto Processuale...*, op. cit., p. 398: “Gli elementi che non rientrano in tale contenuto sono indiretti accessori e hanno valore solo de indizi”.

³⁹² M. López Alarcón, “La filiación en el derecho...”, op. cit., p. 345.

³⁹³ M. Blanco, “sub. cc. 877 y 878”, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañain 2002, p. 503.

aquellas leyes civiles, además de reconocimiento apenas pueden admitir alguna otra prueba de la filiación ilegítima y también sentencia del juez, el Derecho canónico por el contrario tiene el reconocimiento necesario sólo porque llega a incorporar los nombres de los padres en el libro bautismal y, consecuentemente, a establecer el nombre y apellido del hijo, pero la necesidad no es absoluta, ya que el canon se ha quedado en la pública noticia de la maternidad, cualquiera que sea); ... pero fuera de este motivo acerca de la incorporación de los nombres en el libro bautismal no hay razón por la que no se admita ninguna prueba de cualquier tipo”³⁹⁴.

Ciertamente, nos parece más acertada la opinión de Cipriotti. Con ella se hace más justicia a la consideración de que el ordenamiento Canónico no prevé una determinación de la paternidad sino que establece distintas pruebas a la natural. Así considerar la inscripción de bautismo como prueba registral directa no equivaldría a un sistema de determinación de la paternidad, pero se asimilaría bastante. Esta similitud vendría propiciada por la consideración del valor de prueba plena, es decir al mismo nivel probatorio que la presunción matrimonial de paternidad. Incluso en la práctica sería en muchos casos mayor, pues, a la postre, la presunción matrimonial de paternidad ya habría podido ser estudiada y descartada por el ministro que anota el bautismo.

Sin embargo, al considerarla tan sólo como prueba documental indirecta, su valor no sería equiparable sin más adminículos a la presunción matrimonial de paternidad. En consecuencia la seguridad jurídica en el ordenamiento eclesial respecto a la relación pareno-filial se basa en el matrimonio canónico, al menos en principio. Si bien se admiten todas las pruebas legítimas en contra o en defecto de la presunción matrimonial. Con ello se plasma jurídicamente

³⁹⁴ P. Ciprotti, *De Prole legítima...*, op. cit.: “Quaere cognitio autem minorem vim habet quam cognitio quae viget apud quetam civilia iura, e. G. Fallicum (et Italicum vix admittant filiationis illegitimae probationem aliam ac iudicis sententiam, ius canonicum econtram necessariam recognitionem habet solum quod attinet ad nómína parentum in baptismali libro inserenda, et, consequenter ad filii nomen (cognomen) satatuendum (at necitas non est absoluta, cum canon constentus sit etiam pública notitia, ad normam can. 2197 n. 1, de maternitate, vel publico documento quolibet de paternitate); quae norma ex eo statuta est, quod non expediebat infamare naturalis filii parentes, ne forte ipsi a prole baptizanda absterrentur... ”.

mejor la concepción de familia por parte de la Iglesia. Además se establece un sistema más flexible que evita consideraciones jurídicas de filiación distintas a la relación de filiación natural.

C) LA INSCRIPCIÓN DE BAUTISMO CUANDO NO HAY MATRIMONIO DE LOS PADRES

El canon 877.2 del CCEO 83 establece en este caso que: Se ha de inscribir el nombre de la madre, si consta públicamente la maternidad o ella misma lo pide voluntariamente, por escrito o ante dos testigos; y también se ha de inscribir el nombre del padre si su paternidad se prueba por documento público y por propia declaración ante el párroco y dos testigos; en los demás casos se inscribirá sólo el nombre de los bautizados.

Manzanares constata el espíritu del canon y de su aplicación al afirmar que: “en la inscripción de la que trata el 2 se debe evitar cuanto sea contrario a la verdad, pero también cuanto pueda ser infamante para la persona del bautizado”³⁹⁵. Se trata de una síntesis de los principios fundamentales en la materia que ayuda a comprender la disciplina y poder aplicarla con justicia y veracidad.

a) Cuestiones que plantea la inscripción de hijo de madre soltera

La primera cuestión que se plantea es el alcance de la norma del citado canon 877 del CIC 83. A este respecto entendemos muy acertados tanto la idea como los términos tal y como los expresa el profesor Mostaza al decir: “Al no distinguir el legislador entre hijos de madre soltera, como tampoco distinguía el código anterior entre ilegítimos (canon 777.2), entendemos que la citada norma de la inscripción es aplicable no sólo a los hijos naturales, sino también a los espúreos (adulterinos, incestuosos y sacrílegos), ya que *verba generalia generaliter sunt intelligenda*. Lo que nunca debe hacerse en la inscripción, sin embargo, es

³⁹⁵ J. San José, “sub. c. 877”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2008, p. 526.

emplear adjetivos denigrantes como, p. ej., bauticé a Juan, hijo adulterino, o sacrílego etc., de Cayo o de Berta”³⁹⁶.

En este tema también debe plantearse el registro de los hijos de parejas homosexuales, pues podría plantearse esta cuestión más allá de la situación de adopción de parejas según la ley civil española. Pensemos en supuestos de adopción unilateral y filiación natural. En todo caso, como manifiesta J. San José: “Lo que es claro es que bajo ninguna circunstancia se debería inscribir en el libro de Bautismos el nombre de dos padres o dos madres del mismo sexo, pues es un imposible humano y una manifiesta inexactitud registral”³⁹⁷.

En este canon se pone en evidencia la necesidad de profundizar en dos cuestiones: el valor de los documentos públicos civiles respecto de la paternidad, y; la cuestión del reconocimiento por parte del padre y/o de la madre ante el párroco y dos testigos. Pero ambos temas los trataremos específicamente más adelante.

b) La anotación del bautismo de los hijos expósitos o abandonados

Atendiendo al sentido literal del canon 877.2, en estos casos no debería constar el nombre de los padres; *nulla facta de patris aut parentum nomine indicatione*. A este respecto existe una ligera variación respecto de la fórmula del canon 777.2 del CIC 17 que manifestaba: *inscribatur natus tanquam filius patris ignoti vel ingnotorum parentum* (sin hacer constar para nada el del padre o de los padres). En este supuesto Lobo comentaba respecto de la inscripción: “Cuando no se sabe quiénes son ni el padre ni la madre, vgr., tratándose de niños abandonados o expósitos, escríbase la fórmula en plural: ‘hijo de padres desconocidos’”³⁹⁸. Esta diferencia supone una voluntad del legislador del CIC 83 de no calificar al hijo en la partida de bautismo. Esto es una consecuencia de la aplicación del principio de que se procure la veracidad en la inscripción pero se evite todo lo que pueda ser infamante para el menor.

³⁹⁶ A. Mostaza, “El Bautismo...”, op. cit. , p. 149.

³⁹⁷ J. San José, “Derecho Parroquial”, Salamanca, 2008, p. 221.

³⁹⁸ A. Lobo, “El bautismo”, in: *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, M. Cabrerós de Anta CMF, A. Alonso Lobo O.P., S. Alonso Moran O.P., Madrid 1963, 153.

Se plantea en este ámbito, otra cuestión desde la letra del canon 877 comparándolo con otros cánones respecto del bautismo de menores que hablan de la intervención de los padres. Así mientras el canon 877 al igual que otros, (por ejemplo los cánones 872 y 851) se habla de padres; pero otros cánones hablan de padres y “quienes hacen las veces de padres” (por ejemplo los cánones: 874 y 868.1). El supuesto del 868.1 es muy paradigmático porque se refiere a algo tan comprometido como el dar el consentimiento para el bautismo. Este canon afirma taxativamente que para bautizar lícitamente a un niño se requiere: 1º que den su consentimiento los padres, o quienes legítimamente hacen sus veces.

Evidentemente, mientras los padres sean conocidos la interpretación del canon 877.1 no ofrecería duda, se entendería literalmente. Pero ¿qué ocurriría en el supuesto de ignorancia de los padres? La respuesta al tenor literal del canon es evidente: que no consten para nada los padres³⁹⁹. Esta solución confirma que el carácter de la inscripción es meramente probatorio del bautismo. Pero se plantean cuestiones referentes a la seguridad jurídica en materia familiar tanto a partir de la concurrencia de las legislaciones estatales cómo con la concurrencia de otros cánones. Un supuesto sería el canon 868.1: Los que no siendo padres, pero que hacen sus veces, deben de consentir el bautismo cómo requisito de licitud de acuerdo con el mencionado canon, ¿cómo es posible que después no consten en la inscripción de bautismo? Pero mayor inseguridad jurídica crea el hecho de que no haya constancia en la inscripción de quienes tiene el derecho y la obligación de tutelar y educar al menor, también en la fe. Pensemos en el canon 793 del CIC 83 cuando dice que: Los padres y quienes hacen sus veces tienen la obligación y el derecho de educar a la prole.

A raíz de estas cuestiones consideramos que cabría plantearse: ¿No sería muy conveniente incluir también a quien “legítimamente hace las veces de padre” en la inscripción del bautismo?

³⁹⁹ C. 877.2, CIC 83: “...nulla facta de patris aut parentum nomine indicatione”.

Ciertamente, no parece que estas cuestiones estén resueltas por la disciplina canónica. Entendemos que, en estos casos en los que se desconoce a los padres, sería concorde con los principios de *salus animarum* y veracidad del ordenamiento canónico hacer constar a quienes hacen las veces de padres. Tengamos en cuenta que estos principios no pueden hacerse efectivos sin un mínimo de seguridad jurídica. Sin embargo, no creo que debiera emplearse la expresión padre o madre; parece más concorde con el principio de veracidad usar la expresión “quien hace las veces de padre” o un término similar a la del canon 868. Se trata de ajustarse al principio de veracidad y evitar también todo adjetivo que fuera ofensivo o denigrante. Pues como afirma el profesor Mostaza: “Lo que nunca debe hacerse en la inscripción, sin embargo, es emplear adjetivos denigrantes...”⁴⁰⁰.

En cuanto a la cuestión de ¿quién se puede entender que hace legítimamente las veces de padre?, Molina⁴⁰¹, comentando el canon 868, remite al canon 98.2 que afirma que: La persona menor está sujeta a la potestad de los padres o tutores en el ejercicio de sus derechos, excepto en aquello en que, por ley divina o por el Derecho canónico, los menores están exentos de aquella potestad; respecto a la designación y potestad de los tutores, obsérvense las prescripciones del Derecho civil a no ser que se establezca otra cosa por el Derecho canónico, o que el Obispo diocesano, con justa causa, estime que en casos determinados se ha de proveer mediante nombramiento de otro tutor.

En todo caso, aunque los cánones 877.1 y 535.2 del CIC 83 dan un elenco de datos que deben constar en la inscripción de bautismo, este elenco no es taxativo. Así, cabría que las legislaciones particulares al respecto lo ampliaran haciendo constar otros. En todo caso, la situación social y jurídica actual requiere de la Iglesia una solución que permita defender su magisterio respecto

⁴⁰⁰ Mostaza, “matrimonio...” , op. cit., p. 149.

⁴⁰¹ A. Molina, *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe, Fuentes y Comentarios de todos los Cánones*, A. Benlloch Poveda, (Dir.), Valencia 1993, p.p. 403-4.

a la familia y dar a los hijos seguridad y veracidad en materia familiar y sacramental.

D) LA ADOPCIÓN E INSCRIPCIÓN DEL BAUTISMO⁴⁰²

El canon 877.3 del CIC 83, nos viene a decir que a la hora de inscribir, si se trata de un hijo adoptivo, se inscribirá el nombre de quienes lo adoptaron y también, al menos si así lo hace en el registro civil de la región, el de los padres naturales, según lo establecido en los puntos 1 y 2 del canon 877 teniendo en cuenta las disposiciones de la conferencia episcopal. En esta materia las competencias de las conferencias episcopales son importantes. Sin embargo, en el caso de muchas conferencias episcopales su regulación se limita a breves referencias.

Aznar, al estudiar, las legislaciones de las conferencias episcopales las disposiciones referentes a las formas de inscribir los datos respecto de los padres biológicos cuando proceda distingue dos situaciones que merecen una legislación específica. Estas situaciones son: en primer lugar las referentes a los niños adoptados y todavía no bautizados; en segundo la de los niños adoptados bautizados ya antes de la adopción, las Pasamos a exponer alguna de las conclusiones que extrae en su estudio:

a) Respecto de los niños adoptados que todavía no están bautizados afirma que en algunas de las conferencias episcopales, analizadas en el estudio referido, simplemente se disponía que la inscripción contuviese los datos que pudieran constar en la inscripción del registro civil correspondiente⁴⁰³.

⁴⁰² Este apartado ha tenido como base fundamentalmente: - F. Aznar, "La Inscripción o Registro de los hijos Adoptados en la Legislación Canónica", in: *REDC* (1997) 135-54.

⁴⁰³ F. Aznar, "La Inscripción o Registro de los hijos...", op. cit. p. 139: "Norte de Africa (Argelia, Libia, Marruecos y Tunez); Guatemala; Haití, que indica que se debe añadir "dans certains cas une note marginale dans le registre du baptême"; Argentina, que señala que "al margen de la referida acta de bautismo se hará una llamada a la anotación reservada" (existente en el archivo secreto de la curia diocesana) (*Anuario Argentino de Derecho Canónico* 1, 1994,284); Francia; Escocia "When an adopted child is baptized, a note Will be added to the name and the address of the adoption authority and the place and date of the adoption".

Aznar informa de “bastantes Conferencias Episcopales indican que, al bautizar a niños adoptados, sólo deben inscribir en el libro de bautismo los nombres de los padres adoptantes, además de observar las restantes normas y de transcribir los datos civiles de la adopción”⁴⁰⁴.

También señala como muchas de las conferencias episcopales determinan que conste en la inscripción los nombres de los padres adoptantes y de los naturales, siempre que sea posible por constar en un Registro civil o documento público⁴⁰⁵.

Algunas conferencias episcopales se han ocupado del supuesto de que el niño sea bautizado cuando se hayan iniciado los trámites de la adopción. Un ejemplo sería la regulación de Chile, y otro la regulación de la Conferencia Episcopal Francesa⁴⁰⁶.

b) Supuesto de los niños ya bautizados antes de la adopción

Algunas conferencias episcopales han determinado que se anote la adopción en una nota marginal en el libro de bautismos, incluyendo en ella los datos de la adopción⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Cfr. Ibidem. A este respecto, a nota a pie de página indica algunas de estas conferencias episcopales: “Alemania (Ius Ecclesiae 2, 1990, 786-94); Luxemburgo; Bolivia; Chile; Francia; Nicaragua; Panamá; Perú; Puerto Rico; Uruguay”(F. Aznar, “La Inscripción o Registro de los hijos Adoptados en la Legislación Canónica”, op. cit. ..., 139).

⁴⁰⁵ Ibidem.: “Belgica (Ius Ecclesiae 1, 1989, 744); Benin; ...Brasil (Ius Ecclesiae 1,1989, 767-75); Colombia (Ius Ecclesiae 3, 1991, 395); Ecuador; Escandinavia; Ghana; Hungría (Ius Ecclesiae 6, 1994, 843-50); India ...”.

⁴⁰⁶ Ibid., p.p. 140-1.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 142: “Las conferencias Episcopales de Canadá y de Australia han establecido una doble norma para estos casos: en primer lugar, que “le baptême ne peut être administré licitement avant l’adoption(s) que l’enfant soit baptisé et qu’il y ait un espoir fondé sera élevé dans la foi catholique; ou 2 . qu’il y ait danger de mort’. Y en segundo lugar, que “si les parents adoptifs savent que l’enfant a été baptisé avant l’adoption, ils demanderont que la note suivante soit faite au registre des baptêmes... ‘Cet enfant a été légalement adopté come...(nom)...le (date)...à (endroit)...par (noms des parents adoptifs)’” A pie de página señala una lista de conferencias episcopales que contiene disposiciones sobre anotación en nota marginal de la adopción: “Bolivia; Bélgica (Ius Ecclesiae 1, 1989, 764); Guatemala; Portugal; Francia sólo para el caso de la adopción simple: además de escribir la nota

Otras, en este supuesto contemplan la realización de una nueva partida de bautismo con los nuevos datos provenientes de la adopción y la anulación de la anterior partida. Ejemplos de esta postura serían las normas de las conferencias Episcopales Chilena y Argentina⁴⁰⁸.

También, algunas conferencias episcopales han determinado que, en este caso, se corrija la partida original de bautismo y se añadan los nuevos datos resultantes de la adopción. Ejemplo de estas disposiciones los encontramos en las normas de las conferencias episcopales de Filipinas y del Perú⁴⁰⁹.

Las normas de otras conferencias episcopales han establecido que: para el caso de que la adopción se realice después del bautismo, pero antes de cerrar el libro de bautizados al finalizar el año, el párroco anotará el nombre de los padres adoptantes en el capítulo de observaciones. Ejemplo de lo antedicho serían las normas de las Conferencias Episcopales de Suiza y Malta al respecto⁴¹⁰.

c) Disposiciones de las conferencias episcopales acerca de la confidencialidad de los nombres de los padres naturales⁴¹¹

La tendencia más habitual en las normas de las Conferencias Episcopales en esta materia ha sido el que estos datos, en la medida en que se conozcan, se registren en el archivo secreto de la curia diocesana. Alguna conferencia Episcopal como, la francesa, han creado incluso un registro especial de niños adoptados. Ciertamente, la necesidad de la confidencialidad de la identidad de los padres naturales viene urgida en muchas ocasiones por los mismos ordenamientos seculares. Sin embargo el ordenamiento Canónico necesita que, en la medida de lo posible, se pueda tener constancia de la identidad de los

marginal, "on transmettra à la chancellerie de l'évêché la copie de l'acte de naissance"(Directories...93)".

⁴⁰⁸ Ibid., p. 143.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 143 y 144.

⁴¹⁰ Ibid., p. 144.

⁴¹¹ Ibid., p.p. 145-8.

padres biológicos. Un claro ejemplo de lo antedicho vendría dado por los impedimentos matrimoniales de consanguinidad y pública honestidad de los cánones 1091 y 1093.

Sin embargo, esta necesidad del ordenamiento Canónico, se conjuga con la de confidencialidad exigida por la sociedad civil, a la que ya nos hemos referido. Así, ante esta concurrencia de necesidades, varias conferencias episcopales han establecido una normativa particular sobre los certificados de bautismo en casos de menores adoptados. En estos supuestos, algunas conferencias episcopales, simplemente indican que los certificados de bautismo “solo deben de especificar el nombre adoptivo y el de los padres adoptantes”⁴¹². Otras Conferencias episcopales, han establecido la norma general en que los certificados contengan sólo los nuevos datos, salvo algunas situaciones excepcionales. Este último modelo de legislación particular es la de la Conferencia Episcopal de Malta. Esta sólo permite estos certificados completos cuando los solicite el mismo bautizado y haya cumplido los 18 años, con permiso del ordinario del lugar, así como para el expediente matrimonial.

d) Legislación de la Conferencia Episcopal española⁴¹³

En el Decreto General sobre las normas complementarias al nuevo Código de Derecho canónico de 1 de diciembre de 1984, en el artículo 9 se nos dice: “En observancia con lo que se dispone en el c. 877&3, los párrocos deben cuidar que en las inscripciones de un hijo adoptivo en el Libro de Bautizados se haga constar el nombre o nombres de sus adoptantes, y que en dicha inscripción consten además los otros datos que recoja la inscripción de adopción efectuada en el Registro Civil, a cuyo efecto el párroco le exigirá, antes de proceder a la inscripción en el Libro de Bautizados, el oportuno documento del Registro Civil que certifique legítimamente la adopción practicada”.

Ante ello Aznar manifiesta “La norma es manifiestamente insuficiente”⁴¹⁴. Comentario que viene ratificado por el estudio comparativo, y

⁴¹² Ibid., p. 145.

⁴¹³ Ibid., p.p. 144-8.

por la gravedad y cuidado que pone la legislación secular española en la materia. Ciertamente echamos en falta referencias a temas como qué ocurre si la adopción se practica después de la inscripción del bautismo; o la publicidad que puede tener en estos casos la inscripción de bautismo.

4.3.- Los documentos seculares

El canon 1540.2 del CIC 83, considera documentos públicos civiles los que, según las leyes de cada lugar, se reconocen como tales. Así pues, acudiendo al Código civil español, en su artículo 1216 nos dice que: “son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”. El artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000 especifica: “A efectos de prueba en el proceso se consideran documentos públicos: ...6º Los que con referencia a archivos y registros de órganos del estado, de las administraciones públicas o de otras entidades de derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de esos órganos, Administraciones o entidades”.

Como ya hemos visto, los documentos públicos de acuerdo con el canon 1541⁴¹⁵, hacen fe de aquello que directa y principalmente se contiene en ellos. Es decir que tienen valor de prueba plena salvo que conste otra cosa por argumentos contrarios y evidentes. Especialmente importante es la posibilidad de prueba en contrario y el no constreñimiento a ningún tipo de prueba. Ambos principios se derivan y concretan en la práctica en el principio de libre investigación de la paternidad.

⁴¹⁴ Ibid., p. 151.

⁴¹⁵ Vid. Ap. 4.3 La inscripción del bautismo.

4.4.- Declaraciones de los padres

En el CIC 83 donde se habla en dos lugares de las declaraciones que pueden darse en el ámbito de la filiación: Por una parte, en el título IV del lib. VII, al tratar de las pruebas en los procesos: cánones 1530 y siguientes, (sobre las declaración judicial de las partes); y cánones 1546 y siguientes (sobre las declaración de testigos). En primer lugar, el ya estudiado canon 877.2 cuando trata la anotación en el libro de bautismos de los hijos de madre soltera. En este sentido vemos dos ámbitos de la confesión en materia de filiación, el judicial y el administrativo. La misma disciplina es aplicable al CCEO, con las siguientes correspondencias: -Título XXV, Capítulo I, Artículo V, (1º De las declaraciones de las partes, 3º De los testigos y de los testimonios). Así mismo en el canon 689.2 sobre la anotación en el libro de bautismo.

No debemos olvidar que, aunque infrecuente, cabe la posibilidad de un proceso judicial de filiación dentro del ordenamiento canónico; esto lo estudiamos más adelante. Sin embargo, desde un punto de vista científico, entendemos que tiene más sentido centrarnos en el ámbito del canon 877.2, porque es en el que se dan peculiaridades y contenidos específicos en materia de filiación.

Como hemos visto, en el canon 877.2 se preveían dos posibilidades de declaración: que la madre pida voluntariamente por escrito o ante dos testigos la declaración de su maternidad; o que el padre pruebe la paternidad por la propia declaración ante el párroco y dos testigos. Con independencia de la iniciativa, la posibilidad de las declaraciones es reconocida en orden a la inscripción de los nombres del padre y la madre en el libro de bautizados.

A este respecto, López Alarcón trata estas declaraciones de los padres como un reconocimiento judicial⁴¹⁶. Demuestra además cierta discrepancia con la doctrina de Ciprotti al respecto afirmando que: "...rebaja la eficacia de este

⁴¹⁶ M. López Alarcón, *"La filiación en el derecho..."*, op. cit., p. 344.

reconocimiento que -dice- opera solamente en lo que concierne a la inscripción del nombre de los padres en el libro de bautismo y, consecuentemente, al establecimiento de los apellidos, pues esta norma –añade- pretende evitar la infamia de los padres naturales y para que no se ahuyente el bautizar la prole”⁴¹⁷ En este mismo sentido se cuestiona: “¿Por qué excluye la prueba registral, que ordinariamente viene constituyendo un instrumento idóneo para ello por la autenticidad y oportunidad de exteriorizar la verdad en la materia?”⁴¹⁸.

En esta cuestión queremos hacer notar algunos elementos que ya hemos estudiado y que aportan bastante luz a esta cuestión:

Primero.- Que el canon 877, se encuentra en el Libro IV, Parte I, Título I, Capítulo V: “De las pruebas y anotaciones del bautismo administrado”.

Segundo.- Que como estudiamos al tratar de la anotación del bautismo, los documentos que certifican estas anotaciones solo hacen prueba plena de aquello que directa y principalmente manifiestan. A tal efecto se entiende que se afirma principalmente aquello que pertenece a la sustancia del hecho consignado en el documento, en este caso el hecho del bautismo⁴¹⁹.

Tercero.- El canon 877.2 no emplea el término reconocimiento; tan solo se habla de la declaración de los padres. Sin embargo el Código Civil si trata y regula el reconocimiento en su sección tercera del título V del libro primero, titulada: “De la determinación de la filiación no matrimonial”. Por tanto el CC. considera el reconocimiento como medio de determinación de la filiación. Como ya hemos estudiado no podemos hablar de determinación de la filiación propiamente dicha en el ordenamiento canónico⁴²⁰.

⁴¹⁷ Ibidem., p. 344.

⁴¹⁸ Ibid., p. 345.

⁴¹⁹ Vid. Ap. 4.3 La inscripción del bautismo.

⁴²⁰ Cap. II., ap. 3 La atribución de la filiación en el ordenamiento canónico.

Cuarto.- Como ya hemos tratado, los libros parroquiales sólo tienen efectos probatorios para el Derecho canónico. De esta forma, la eficacia de estos es distinta del Registro Civil para el ordenamiento secular; que en lo que respecta a la filiación tiene efectos determinativos.

Parece pues, atendiendo a todos estos elementos, más acorde la consideración de la declaración de los padres en la inscripción de bautismo como que: "...opera solamente en lo que concierne a la inscripción del nombre de los padres en el libro de bautismo y, consecuentemente, al establecimiento de los apellidos..."⁴²¹. Ciertamente, con ello se viene a reconocer la declaración de los padres como un medio de prueba en aras al fin que propiamente le atribuye el CIC 83. Así se comprende mejor la consideración de que el Derecho canónico sólo establece medios de prueba para la filiación natural. Esta consideración de las declaraciones de los padres también respeta mejor los principios relativos a la prueba.

No obstante a lo antes manifestado, cuando nos estamos refiriendo a medios de prueba de la filiación en el ámbito del Derecho canónico no estamos refiriéndonos tan solo a medios de prueba dentro de un proceso judicial o procedimiento administrativo formal. Efectivamente, estamos hablando también de la manera probar directamente, o acreditar la filiación de una manera indirecta de cara a la recepción de los sacramentos u otros bienes espirituales. De esta manera, no podemos olvidar que la partida de bautismo es el medio ordinario de acreditar tal filiación de manera indirecta en el tráfico jurídico dentro de la Iglesia.

Tampoco podemos obviar que la inscripción de bautismo, por ser la que acredita el hecho constitucional de la personalidad jurídica dentro de la Iglesia, es la anotación principal en la que se realizan marginalmente todas aquellas que afectan al estado de vida. En este sentido el canon 1535.2 de la CIC 83 hace un elenco de lo que debe anotarse en la partida de bautismo e incluye la adopción; también: "la confirmación, así como lo que se refiere al estado canónico de los

⁴²¹ M. López Alarcón, *"La filiación en el derecho..."*, op. cit., p. 345.

fieles por razón del matrimonio,...por razón de la adopción, de la recepción del orden sagrado, de la profesión perpetua emitida en un instituto religioso y del cambio de rito". Además el canon advierte que "esas anotaciones han de hacerse constar siempre en la partida del bautismo". No podemos olvidar que respecto a la misma anotación de bautismo el párroco hace de "notario nato"⁴²². Así, si bien no tiene valor determinativo sino simplemente de prueba indirecta el reconocimiento ante el párroco será, cuando se haga, una manera sencilla de posibilitar la libre investigación de la paternidad. Además, esta permitiría una posible investigación más profunda pudiendo localizar a los que constan como padres. Este hecho de localizarlos permitiría comprobar con otras pruebas en un procedimiento administrativo o judicial si se confirma o no esta paternidad o maternidad.

⁴²² J. San José, "La misión de Santificar de la Iglesia", in: *Derecho Canónico II, El Derecho en la Misión de la Iglesia*, M. Cortés – J. S. José, Madrid 2006, p. 65.

RELACIÓN CONCLUSIVA DE LA PRIMERA PARTE

PRIMERA

Desde la perspectiva del Derecho canónico la filiación es una cuestión humana y social inescindible de la vertiente creyente y religiosa del hombre. La consecuencia de este planteamiento respecto de la filiación es evidente. Por ello, el punto de partida del ordenamiento canónico son presupuestos antropológicos y doctrinales propios de la doctrina de la Iglesia. Esto supone por una parte que no puede dejar de regular la filiación, y por otra que no puede existir una realidad jurídico canónica paralela a la natural. Por tanto no puede existir una filiación – paternidad y maternidad- que obvie y desconozca la realidad biológica. Distinto es la adopción ya que esta nueva relación jurídica de filiación no niega la filiación, paternidad y maternidad biológicas. Por el contrario, viene a resolver jurídicamente posibles casos de desatención de los hijos y la situación de infertilidad biológica de algunos matrimonios. Por eso varios de los documentos como el Decreto conciliar *Apostólicam Actuositatem* o la Encíclica *Familiaris Consortio* recomienda el recurso de la misma y consideran a los padres adoptivos verdaderos padres.

En relación con las técnicas de reproducción asistida, la doctrina de la Iglesia siempre ha condenado los medios de reproducción asistida heteróloga, es decir, aquellos en que se utilizan gametos de alguna persona que no es el cónyuge en el matrimonio. En esta materia ha sido fundamental la Instrucción *Donum Vitae* de 1987. En este documento se diferencia dentro de la reproducción artificial homóloga, la *in vitro*, que se hace sustituyendo el acto conyugal, por tanto se considera moralmente ilícita. Sin embargo sí considera lícita la reproducción asistida que no sustituye al acto conyugal, sino que consigue que éste sea fecundo. Esta doctrina fue profundizada por la Instrucción *Dignitas Personae* del 2008 que reconoció el estatuto personal al embrión desde el mismo momento de la concepción. En materia de filiación esto supone la consideración de la filiación, maternidad y paternidad desde el mismo momento de la concepción para el ordenamiento canónico.

También la Clonación viene reprobada por la Doctrina de la Iglesia, y queda patente en las citadas instrucciones *Donum Vitae* y *Dignitas Personae*. Se considera que este medio reproductivo supone un quebrantamiento profundo de la estructura de la reproducción humana y priva al hijo de la diversidad genética, además de la paternidad y filiación natural.

Por último la doctrina de la Iglesia considera el matrimonio como el medio adecuado para la filiación, como se comprueba en la misma Constitución Apostólica *Gaudium et Spes* en el número 50. Sin embargo no circunscribe las obligaciones paternas filiales a la existencia de un matrimonio y por tanto prevé la existencia de la relación paterno-filial con los mismos derechos y obligaciones fuera del matrimonio por parte de padres e hijo. Así lo podemos comprobar en la Instrucción *Donum Vitae* 57. Esta misma doctrina sería aplicable a la creación de embriones por transferencia nuclear.

Así las diferencias en esta materia entre el ordenamiento canónico y civil no solo vendrán explicadas por la distinta naturaleza y principios de ambos ordenamientos. También vienen explicadas por los principios confesionales que implican la visión antropológica, familiar y social que afectan plenamente a la materia de filiación. Sin embargo desde los mismos principios confesionales y naturaleza del Derecho canónico en materia de filiación existen una base de coincidencia y necesidad de articulación de ambos ordenamientos en esta materia. No se puede olvidar que la base antropológica tiene una vocación de universalidad y efectividad desde la base de la libertad.

SEGUNDA

En coherencia con la propia naturaleza y fines del ordenamiento canónico, así como con la doctrina de la Iglesia, el CIC 83 y el CCEO no contienen una definición de filiación, hijo, madre o padre. El ordenamiento canónico tan sólo considera unas pruebas y otorga efectos jurídicos a unas realidades naturales, espirituales y sobrenaturales como son la filiación, paternidad y maternidad. Esto supone que el Derecho canónico no contiene un sistema de determinación

de la filiación alternativo al de los ordenamientos civiles. Sin embargo tampoco supone que el ordenamiento canónico acoge el sistema civil de determinación de la filiación. En este sentido hay que decir que, si bien se prevé una canonización de la adopción en el canon 110 del CIC 83, no sucede lo mismo con la filiación por naturaleza ya que para el Derecho canónico no es otra que la misma filiación biológica.

En este punto, no podemos dejar de referirnos a la vinculación de la filiación con el matrimonio en el ordenamiento canónico que se contempla como uno de los dos fines matrimoniales, tanto desde su vertiente generativa como educativa. En todo caso el mismo CIC 83 y el CCEO contemplan las obligaciones tuitivas y educativas con independencia de la relación del matrimonio, como se puede comprobar por ejemplo en los cánones 793 del CIC 83 y 627 del CCEO otros ejemplos serían los cánones 98.2, 101.1, 111.1, 226, 529.1, 774.2, 776, 793, 796.2 a 799, 835.4, 851.2, 855, 857.2, 867.1, 868, 869.3, 874.1, 877, 890, 895, 914 y 1366 del CIC 83 y los cánones 618, 627, 629, 633, 639, 681, 1439 CCEO. Así pues, haciendo un análisis de esta materia podemos afirmar la existencia un derecho de familia referido a las relaciones de paternidad, maternidad y filiación con independencia del matrimonio. Esto supone la importancia que para el Derecho canónico tiene la filiación biológica con independencia del derecho matrimonial. Esta importancia supone pues también la relevancia de la investigación de la filiación y el derecho a investigarla libremente como requisito previo indispensable para el ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la misma.

A este respecto destacamos dos derechos fundamentales de los fieles respecto de los que se apoya el derecho a la libre investigación de la paternidad y a conocer el origen biológico en el Derecho canónico. El primero sería el derecho -deber a la educación con fundamento en los en los cánones 793 del CIC 83 y 627 del CCEO. Respecto del mismo hay que advertir que se refiere a una educación integral y por lo tanto tiene como primera base el sustento y la guarda paternal, pero también se trata de la educación a nivel físico, intelectual, moral, espiritual y religioso. El segundo sería el derecho a la intimidad del canon 220 CIC 83

entendida en un sentido positivo y en relación con la libertad de elección del estado de vida del canon 219 CIC 83 y 20 CCEO. Esto supondría el derecho del hijo a tener todos los datos pertenecientes a su intimidad y que según su conciencia pueden influir en su elección de un estado de vida, es decir en las decisiones trascendentales en su vida tanto a nivel personal, como social y eclesial.

TERCERA

A la hora de aproximarnos al fenómeno de la filiación, para poder realizar un estudio conjunto del ordenamiento civil y canónico, sus elementos de contraste, convergencia y articulación de ambos, conviene partir de una concepción doctrinal de la atribución de la filiación. En este sentido partimos de un concepto de atribución de la filiación como un concepto distinto a la determinación jurídica de la misma. Así la atribución de la filiación no es un elemento jurídico propiamente, si no natural, que viene dada por el mismo hecho biológico de la generación. La única excepción que prevé el CIC 83 es la adopción que sí sería un supuesto de atribución jurídica de la paternidad, en el supuesto de la adopción plena. Por lo tanto en el ordenamiento canónico, la atribución, sea por naturaleza o por adopción, produce directamente todas las consecuencias jurídicas propias de la paternidad y sobre la misma se establecen distintos medios de prueba con distinta eficacia. En este sentido ya hemos referido en el punto anterior que el ordenamiento canónico no contiene un sistema de determinación de la filiación.

CUARTA

El CIC 83 prevé la canonización de la normativa civil en materia de adopción, no de un reconocimiento competencial a los ordenamientos seculares. Con ello estamos diciendo que hablamos de una auténtica asunción de la normativa civil en materia de adopción como parte del ordenamiento canónico, y como tal sometida a sus principios y ordenada a sus propios fines. Sin embargo, no toda la normativa de los ordenamientos seculares actualmente sería compatible con los principios ni fines del ordenamiento canónico. Por lo tanto, nos encontramos con la necesidad de

reconocer limitaciones a la canonización de adopciones. Pero ello no se debe confundir con un reconocimiento competencial a los ordenamientos seculares. Con esto estamos diciendo que hablamos de una auténtica asunción de la normativa civil en materia de adopción como parte del ordenamiento canónico, con sus principios y fines propios.

Respecto de lo anteriormente enunciado, es necesario distinguir la adopción por una persona de la adopción conjunta. En este último caso las exigencias jurídicas del matrimonio tendrán relevancia a la hora de considerar la canonización de las adopciones conjuntas. Por ello, es necesario atender la doctrina de la Iglesia acerca de la consideración del matrimonio como el marco jurídico responsable con la filiación. Por tanto, como ha reconocido J. M^a. Serrano en la Pontificia Academia Provida, no serían canonizables las adopciones conjuntas que no se dieran dentro del matrimonio canónico. De esta manera no serían canonizables las adopciones que se dan tanto por las parejas de hecho como por las uniones civiles entre católicos que no fueran los matrimonios canónicos. Las objeciones más explícitas se han dado en los casos de aquellas uniones que no podrían llegar a considerarse matrimonio por la Iglesia por lo que, tampoco podría reconocerse de modo indirecto mediante la canonización de la adopción conjunta de un hijo.

QUINTA

Respecto a la incidencia de la reproducción asistida en la atribución de la filiación, queda claro que para el Derecho canónico no hay más atribución de la filiación que la natural y la adoptiva, por tanto, los hijos concebidos mediante fecundación artificial Homóloga será considerada la filiación respecto del matrimonio o pareja. No así los hijos nacidos de técnicas de reproducción artificial Heteróloga cuya filiación se consideraría respecto de aquellos que han aportado material genético. En este sentido, la casuística que analizamos en esta investigación supone para el derecho la necesidad de replantearse el principio formulado por Paulo de *mater semper certa est etiam si vulgo concepit*. Especialmente este cuestionamiento lo han planteado los supuestos de implantación de un óvulo donado a la mujer que estuviera fecundado por

esperma de su propio marido, o los supuestos de implantación de embriones en madres sustitutivas.

Según lo antedicho entendemos que tal principio Paulino ya no sería sostenible por dos motivos fundamentalmente. En primer lugar porque tal criterio del parto se formuló contando con una indiferenciación entre maternidad genética y la biológica del alumbramiento, de tal manera que el hecho del parto siempre mostraba la madre genética. En segundo lugar porque daría lugar a dos criterios distintos para la atribución de la paternidad y maternidad que, existiendo en ambos aportación genética, podría llegar a considerarse discriminatorio. Además entendemos que no podría considerarse suficiente como argumento en contra el descubrimiento de que la gestación tiene cierta incidencia en la configuración genética del nuevo ser humano. La razón es que la base fundamental del genotipo proviene de la aportación genética de ambos cónyuges en el momento de la concepción.

SEXTA

El ordenamiento canónico, a la hora de clasificar la filiación, si bien ha superado obsoletas clasificaciones doctrinales de la filiación ilegítima altamente discriminatorias e injustas (Ej.: hijos espúreos, adulterinos, incestuosos y sacrílegos), sigue manteniendo la definición de hijos legítimos e ilegítimos (cc. 1137 y 1138). Así distingue a los hijos nacidos o concebidos en matrimonio válido o putativo de los que no. A este respecto, aunque ha vaciado de toda consecuencia jurídica esta definición, entendemos acertadas las consideraciones doctrinales en favor de la supresión toda clasificación de la filiación. Tal distinción ha desaparecido en el CCEO.

También el Derecho canónico mantiene los cauces que históricamente ha constituido para que los hijos considerados ilegítimos pasaran a ser legítimos. La legitimación se definiría pues como el acto mediante el cual los hijos ilegítimos pasan a ser considerados legítimos. Los medios de legitimación son los siguientes: 1.- legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres (c. 1140); 2.- legitimación por rescripto de la Santa Sede. En la actualidad los

efectos de la legitimación es la adquisición de la legitimidad y plena equiparación a los efectos a la misma filiación legítima. A este respecto también conviene señalar que el instituto de legitimación viene referido a la condición del hijo, pero no sería propiamente un medio de determinación de la filiación; es decir, se da respecto de los padres del hijo. Por tanto no serviría para convertir en padres a quienes no lo son biológicamente.

SÉPTIMA

En el Derecho canónico, como ya hemos señalado, no existe un sistema de determinación de la filiación. Esto supone que en la praxis eclesial y sacramental ordinaria la filiación debe ser probada de manera extrajudicial e incluso fuera de un proceso de recurso administrativo formal. Así, muchos de los medios de prueba actuarían directamente como medios para el ejercicio del derecho a investigar la paternidad y maternidad o para demostrarla. Por tanto distinguiremos estos medios directos para investigar la filiación en la economía sacramental y actos jurídicos canónicos de aquellos medios indirectos que deben de llevarse a cabo en un recurso administrativo o proceso judicial que recurre un acto administrativo o de declaración de nulidad del matrimonio.

El primero que destacamos es la presunción de paternidad del canon 1138.1. CIC 83 Los plazos en los que opera la presunción de paternidad son los que tradicionalmente han considerado la medicina como mínima y máxima, es decir: 180 días tras el inicio de la convivencia y 360 días tras su interrupción. Se trata de una presunción *Iuris tantum que admitten* pruebas en contrario. Partiendo del principio de libertad de prueba en la materia propio del Derecho canónico. Es cierto que esta prueba no se encuentra directamente regulada en el CCEO pero la regulación del mismo en materia de filiación presupone que acoge implícitamente esta presunción formulada jurídicamente por Ulpiano.

La inscripción de la paternidad en el libro de bautismos entendemos, tal y como había argumentado Ciprotti y posteriormente otros autores, que la anotación del bautismo tiene como hecho directo y principal a acreditar el mismo bautismo del hijo. En consecuencia, la anotación de los padres tendrá un

valor probatorio indirecto y no de documento público. Menos aún podemos considerarlo como un medio de determinación de la paternidad.

En los casos de los hijos de madre soltera, el canon 877.2 establece, que se ha de inscribir el nombre de la madre, si consta públicamente la maternidad o ella misma lo pide voluntariamente, y también el nombre del padre si su paternidad se prueba por documento público o por declaración ante el párroco y dos testigos.

Si se trata de un hijo adoptivo a tenor del canon 877.3, se inscribirá el nombre de quienes lo adoptaron y también, al menos si así lo hace en el Registro civil de la región, el de los padres naturales, teniendo en cuenta las disposiciones de la conferencia episcopal. En esta materia las competencias de las conferencias episcopales son importantes. Así en el artículo 9 del Decreto General de la CEE sobre las normas complementarias al nuevo Código de derecho Canónico del 84 se prevé que: “en las inscripciones de un hijo adoptivo en el Libro de Bautizados se haga constar el nombre o nombres de sus adoptantes, y...otros datos que recoja la inscripción de adopción efectuada en el Registro Civil...”. Entendemos muy apropiado el comentario del profesor Aznar al respecto: “La norma es manifiestamente insuficiente”.

Respecto de los documentos seculares que acreditan la filiación; el canon 1540.2, reconoce como documentos públicos civiles a los que, según las leyes de cada lugar, se reconocen como tales. Sin embargo como documentos públicos que son, también admiten prueba en contrario a tenor de lo establecido en el canon 1542.

No incluimos en este elenco las pruebas biológicas ya que estas son medios probatorios que no podrían ser practicados directamente, sino como pruebas en un proceso judicial o procedimiento administrativo.

OCTAVA

Debido a la falta de un sistema de determinación de la filiación, el Derecho canónico tampoco prevé un procedimiento administrativo o judicial propio para reclamar o impugnar la paternidad, maternidad y filiación. Las causas de filiación solamente se pueden abordar en los procedimientos sobre las consecuencias de la misma filiación a nivel de los sacramentos o del ordenamiento canónico. Estos efectos pueden aparecer fundamentalmente en procedimientos matrimoniales o como consecuencia de la inscripción del bautismo. Por todo ello, para estudiar la protección canónica del derecho a la libre investigación de la paternidad, tenemos que acudir a un estudio y clasificación de medios indirectos:

Podemos distinguir los medios propiamente canónicos respecto de la actuación consistente en canonizar una resolución civil que no resulte contraria al ordenamiento canónico de acuerdo al c.1692 CIC 83 y c. 1378 CEEQ.

Dentro de los procedimientos canónicos, podemos distinguir la posibilidad del recurso en procedimiento administrativo de la actuación propiamente procesal. Este procedimiento administrativo consistiría básicamente en el recurso contra una inscripción de bautismo frente al ordinario del lugar.

La actuación procesal ofrece dos posibilidades fundamentalmente: el procedimiento incidental en una causa de nulidad matrimonial en procedimiento contencioso ordinario, por una parte; y la actuación impugnatoria en el procedimiento documental en causas matrimoniales por un impedimento dirimente.

Si bien éstas serían las posibilidades del Derecho procesal canónico respecto de investigación y prueba de la filiación, debemos mencionar, también, otros procesos y procedimientos que influyen de manera indirecta en estas cuestiones. Entre los mismos cabe destacar los procesos que ponen fin a la convivencia matrimonial, pues determinan el momento a partir del cual

comienza el cómputo de la presunción de paternidad, como ya hemos estudiado. A pesar de la dificultad de que se deN estas causas en un proceso abreviado de los cánones 1683 a 1687 CIC 83 tras el decreto *Mitis Iudex dominus Iesus* debido a la necesidad de que exista un litisconsorcio de ambos cónyuges para iniciar este proceso, podría llegar a darse. Estos casos se podrían considerar como un reconocimiento judicial por parte de uno de los cónyuges.

Respecto de esta vía indirecta de investigación de la paternidad constatamos que es cierto que el hecho de no contemplar un procedimiento judicial o administrativo directo para reclamar o impugnar la filiación resulta coherente con los principios del ordenamiento en la materia. Pero no es menos cierto que la ausencia de medios y normas específicas respecto de estas vías de investigación indirecta de la paternidad resulta problemática. Así, destaca la posible pendencia de normas más específicas para resolver la filiación en los procedimientos canónicos donde esta resulta relevante. Especialmente señalada sería la gran dificultad que ofrece el recurso contencioso administrativo respecto de las anotaciones del bautismo. No olvidemos que el único tribunal competente en materia contencioso administrativo es el de la Signatura Apostólica y que habría que agotar íntegramente la vía administrativa. Por otra parte nos parece que del ámbito procesal se evidencia la importantísima interacción entre matrimonio y filiación.

PARTE II.- LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CIVIL

Capítulo IV.- INVESTIGACIÓN DE LA FILIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. Derecho a la libre investigación de la paternidad.

1.1.- Principio constitucional.

A) PRINCIPIO DE LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y PRINCIPIOS RELACIONADOS:

Previamente a adentrarnos en el estudio del principio de libre investigación de la paternidad, lo primero que debemos constatar es la imposibilidad de estudiarlo de forma desligada de otros principios constitucionales cuya relación no es simplemente casuística. Se trata de una relación a nivel axial, ontológico y práctico que vendría determinada por el principio de “protección integral de los hijos” consagrado en el mismo artículo 39.2 de la Constitución que reconoce el derecho a la libre investigación de la paternidad. Así este principio viene íntimamente relacionado con otros principios juntos con los cuales sentó en su día las bases de la reforma de filiación que supuso la ley 11/81 de 13 de marzo. Nos referimos a los principios de igualdad ante la ley en razón del nacimiento de los artículos 14 y 39.2 de la Constitución y al principio de protección de la filiación formulado en el art. 39 Constitución. Por otra parte, más allá del principio constitucional de libre investigación de la paternidad, el artículo 39 de la Constitución se sitúa el derecho al conocimiento del origen biológico. Este Derecho encontraría su fundamentación en otros preceptos constitucionales: arts. 10, 15, 16 o 18 de la

Constitución como desarrollamos en este mismo punto del trabajo de investigación

Lo que sí resulta evidente es la importancia del artículo 39.2 del cual parten prácticamente todos los principios constitucionales en materia de filiación y que afirma: "Los poderes públicos asegurarán, así mismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su Estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad". Estas normas base de toda la reforma de la filiación suponen en primer lugar el objetivo prioritario del ordenamiento jurídico que requiere la protección del menor en régimen de igualdad. Así mismo este objetivo supone, también, necesariamente la posibilidad de investigar libremente la paternidad, para hacer posible el ejercicio de los derechos como hijo y su protección.

Pero lo que aún resulta más importante: "desde la reforma de 1981 se impone una concepción más realista de la relación paterno-filial, pues el derecho propicia la coincidencia entre la realidad biológica y la realidad jurídica (principio de veracidad), lo que se demuestra por ejemplo, en el régimen de la impugnación de la paternidad material, en la posibilidad de investigación de la paternidad y de la maternidad o en la admisión de toda clase de pruebas – incluidas las biológicas en las causas de filiación"⁴²³. Sin embargo, no debe de

⁴²³ C.C. Castillo, "Filiación patria potestad e instituciones tutelares", in: *Curso básico de Derecho de familia*, Valencia 2000, pp. 127 y 128. En este mismo sentido afirma el profesor Diez-Picazo: "Inicialmente, la filiación es un hecho biológico y consiste en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra. Esa inicial realidad biológica es recogida y regulada a posteriori por el ordenamiento jurídico, que atribuye derechos y obligaciones entre los progenitores y los seres procreados por ellos o, dicho de modo más sencillo entre padres e hijos. Puede por tanto decirse que la relación jurídica de filiación se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de hijos" (L. Diez-Picazo, *Sistema de Derecho Civil, Vol IV, Derecho de familia y sucesiones*, Madrid 2006, p. 223). Más recientemente Jarufe explicita el "Principio de veracidad biológica" y sus consecuencias, en los siguientes términos: "Nos referimos al denominado "principio de veracidad biológica" que, según ya hemos visto, rige en materia de filiación natural en el ordenamiento jurídico español, y abre las puertas a la investigación de la paternidad y/o maternidad, tanto en el orden positivo (su declaración cuando es jurídicamente desconocida) como en el negativo (impugnación de la filiación no veraz)" (D.

confundirse este desarrollo del principio de libre investigación de la paternidad con un biologismo aplicado a la cuestión de la paternidad y maternidad. Se trata, más bien, de la aplicación del mencionado principio de libre investigación de la paternidad que como hemos referido es más amplio que el de veracidad biológica pues abarca y está conexo con otros principios⁴²⁴. Así, previamente a los posteriores cambios legislativos sobre la inseminación artificial e investigación biomédica, esta reforma ya introdujo preceptos que posibilitaban una filiación no adoptiva al margen de una base biológica-genética⁴²⁵. De esta manera, se estableció una diferencia entre los conceptos de paternidad y maternidad con el de progenitor que tras las primeras normas en materia de inseminación artificial aún resultó más nítida. Estas posibilitaban la determinación de la paternidad del marido de la madre en los supuestos de inseminación artificial heteróloga; de esta manera quedaba aún más clara la diferencia entre padre y progenitor⁴²⁶.

Jarufe Contreras, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción "versus" técnicas de reproducción asistida*, Madrid 2013).

⁴²⁴ L. Díez-Picazo, "Sistema...", op. cit., p. 225; "La filiación no es, pues, necesariamente una situación derivada de un hecho biológico. De algún modo puede decirse que una cosa es ser padre y otra cosa ser progenitor, palabra antes inhabitual, que comienza a ser utilizada cada vez más por la ley. Padre contiene una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el término progenitor. En realidad, los términos paternidad, filiación, padre, hijo, expresan una definición espontánea en nuestra sociedad. De esta manera, la regla B es padre/madre de A significa que B tiene que cumplir respecto de A el conjunto de deberes - con el correlativo conjunto de derechos- o, si se prefiere, el conjunto de funciones o el conjunto de papeles que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación".

⁴²⁵ Tal sería el supuesto contenido en los artículos 117 y 118 del código civil los cuales serán tratados más exhaustivamente en momentos más avanzados de esta tesis.

⁴²⁶ M. Albaladejo, *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Barcelona 2006, p. 267: "Al esfuerzo que hizo la ley de 1981 por construir la filiación jurídica sobre la filiación biológica, es decir permitir y procurar lo más posible (aunque con ciertas excepciones que se consideraron justificadas de algún modo) que el padre biológico aparezca y ostente al paternidad jurídica, ha venido a introducirle importantes excepciones la ley 22 de noviembre de 1998, porque, a tenor de la ella, la filiación legal del nacido utilizando la fecundación artificial no tiene que corresponder ni se persigue que corresponda a su filiación biológica. Disociación de filiación legal y biológica que ciertamente no se da por capricho, sino porque la ley ha estimado que en estos casos, en virtud de la artificialidad del procedimiento y circunstancias que concurren en la procreación del hijo que se engendra su filiación legal puede ser preferible que se base más que en la naturaleza, en la voluntad de asumirlo como hijo, parecidamente -podría decirse- a como ocurre con la filiación adoptiva".

B) PRINCIPIO DE LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNDAD Y CONCEPTO DE FILIACIÓN:

La relación entre los principios de libre investigación de la paternidad y de veracidad biológica nos pone de manifiesto un concepto de filiación subyacente en el Código. A este respecto, nos hacemos eco de las manifestaciones de Rivero cuando afirma: “Estamos, de nuevo, como puede observarse en esos dos planos (entre instituciones, y aun dentro de la filiación), ante el clásico enfrentamiento formalismo-realismo (omnipresente, por lo demás, en el mundo del Derecho). Y, sin embargo, desconocer el campo que es propio de cada uno de esos principios, su justificación en cada caso, las reglas respectivas y sus propias limitaciones, puede acarrear muy graves consecuencias y disfunciones en la adecuación de las instituciones jurídicas a la realidad humana que pretende servir - pues es así, como las instituciones jurídicas sirven a la vida social y no a la inversa -”⁴²⁷. Esto resulta muy importante, porque supone una base que conecta las visiones respecto al principio de libre investigación de la paternidad con la forma de entender la relación de filiación. En el Derecho civil, a diferencia del canónico, filiación civil y biológica aparecen como dos realidades diferenciables más allá de la adopción.

Del análisis del texto constitucional y de la doctrina que hemos realizado entendemos que el principio de libre investigación de la paternidad consagrado en la C.E. atiende a una doble concepción de la filiación; como realidad jurídica y biológica. En este sentido resulta muy clarificadora la definición de filiación de la profesora Castillo: “constituye un hecho natural aceptado por el derecho que la reconoce y norma, con fundamento en el principio constitucionalmente consagrado de protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la C.E). Por consiguiente, puede definirse como una relación biológica entre los padres y los hijos por aquellos engendrados, y también como una relación jurídica que el ordenamiento reconoce y acepta”⁴²⁸.

⁴²⁷ F. Rivero, “¿Mater semper certa est?”, in: *ADC L*, 1997, p. 10.

⁴²⁸ Cfr., C.C. Castillo, “Filiación Patria...”, op. cit., pp. 127-28.

En definitiva, del texto constitucional que produjo la reforma de la filiación por ley de 13 de marzo del 81 y del mismo Código Civil, se infiere el principio de veracidad biológica en materia de filiación. Este principio, no obstante, se ha de conjugar con otros principios a la hora de investigar la paternidad y maternidad o determinar la filiación, por lo que se trata de un principio limitado en relación a la investigación de la paternidad⁴²⁹. También hay que decir que este principio no está reconocido explícitamente en la Constitución. La misma se refiere al principio de libre investigación de la paternidad, la igualdad del menor por razón del nacimiento y la protección integral de los hijos. Es el Código Civil el que al desarrollar estos principios constitucionales pone en relación el principio de verdad biológica con el mismo concepto de filiación; en el artículo 108 del Código Civil, cuando realiza la siguiente distinción: “La filiación puede ser por naturaleza y por adopción”. Así, más allá de los desajustes producidos por el reconocimiento inexacto, que serían impugnables mediante acciones de filiación, la única excepción al principio de veracidad biológica en la filiación por naturaleza es la del marido de la mujer que se practico la inseminación artificial heteróloga⁴³⁰.

Sin embargo, esta filiación se presenta como un supuesto cualitativamente distinto del reto de la filiación por naturaleza, pues como

⁴²⁹ Vid. ap. 1.2 Desarrollo legislativo y cauces jurídicos para la investigación de la paternidad y maternidad.

⁴³⁰ Frente a este argumento podría aducirse que dentro de la filiación por naturaleza se consideran supuestos como el marido que reconoce al hijo faltando la filiación legal (arts. 108 CC. y art. 253.3 CCC.) o el del marido de la mujer que se practicó la inseminación artificial (art. 253.3 CC.C). Sin embargo, no podemos olvidar como esta misma legislación recoge toda otra serie de supuestos para establecer la filiación en realidad tienen como base la filiación biológica. Por tanto salvo los supuestos concretos que marca la ley la base de la filiación jurídica seguiría siendo la biológica. En este sentido, a pesar de la introducción del art. 253 entendemos que siguen siendo perfectamente aplicables la conclusiones de Rivero al respecto: “En conclusión: no contradice la exigencia de una relación biológica subyacente a la filiación jurídica (por naturaleza) el hecho de que haya casos anómalos en que (excepcionalmente) no exista; o que tampoco la haya en las procreaciones asistidas con material genético de donante...” (F. Rivero, “Los reconocimientos de complacencia”, in: *ADC T. LVIII, F III*, 2005, p. 1072). En este mismo sentido, afirma también Rivero de forma complementaria refiriéndose al reconocimiento: “Creo, por mi parte, que en términos generales el hecho natural de la filiación, la calidad de progenitor en el reconocedor o de hijo en el reconocido, en cuanto objeto (real o posible) de la declaración de su autor, es elemento básico o sustancial del supuesto de hecho del reconocimiento (simple mecanismo de determinación legal de esa filiación), que por principio debe darse, siquiera sea sólo por coherencia, por otro lado con la vocación de nuestra actual legalidad por la adecuación de la filiación formal a la verdad biológica -cuestión relacionada con valores fundamentales (art. 10 CE, identidad de la persona) de que habla en otro lugar-”.

estudiaremos al tratar la atribución se trata de una atribución legal de la filiación⁴³¹. Así en cuanto a la filiación por naturaleza entendemos que se puede concluir que: “en los planteamientos constitucionales, la paternidad biológica es la preferente en cuanto a la constitución de las relaciones paterno-filiales, pero ello no impide paternidades formales, como ocurre en los casos de la adopción y la filiación consecuencia de la utilización de las técnicas de reproducción asistida”⁴³²

En este sentido no podemos dejar de referirnos a cómo la relación entre biología y la filiación jurídica ha sido considerada de distinta manera por la doctrina y la jurisprudencia⁴³³. Pero lo que sí es cierto es que resulta uno de los elementos que actualmente está en la base de las reclamaciones e impugnaciones de filiación, como ya hemos estudiado en el punto anterior. Así pues, el principio y derecho a la libre investigación de la paternidad no sería el fundamento axial del principio de veracidad biológica de la filiación. Este principio sería, más bien, un derecho instrumental en aras del mencionado principio de veracidad biológica. Es decir, el derecho a la libre investigación de la paternidad resulta un instrumento necesario para lograr la coincidencia entre verdad biológica y jurídica en los casos en que el ordenamiento jurídico lo permite y la realidad fáctica lo posibilita.

Sin embargo, cabría plantearse si la coincidencia entre filiación biológica y jurídica es el fin exclusivo de tal principio, como podría desprenderse de una visión restringida del mismo. En este sentido, no podemos olvidar que el mismo artículo 39.2 de la Constitución que habla de “La protección integral de los hijos”. El caso más paradigmático sería el de la adopción, ya que la determinación de la filiación biológica no alteraría las consecuencias de la filiación jurídica establecida en la adopción⁴³⁴. Por tanto, en estos casos, la protección de los hijos estaría haciendo referencia a otros derechos e intereses

⁴³¹ Vid. Capítulo V., ap. 2 La atribución de la filiación.

⁴³² E. Roca, *Libertad y familia*, Valencia 2014, p. 129

⁴³³ Vid. Capítulo V. 1.- Distinción entre atribución, determinación y acreditación de la filiación en el Derecho estatal.

⁴³⁴ Art. 180 .4 CC.: “la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”.

más allá de los que se refieren específicamente a la patria potestad y alimentos⁴³⁵.

C) PRINCIPIO DE LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y SUS LÍMITES

La legislación en materia de investigación de la paternidad prevé límites al mismo principio de verdad biológica en aras a otros derechos e intereses del menor a proteger, como desarrollaremos al tratar la determinación de la filiación⁴³⁶. Todo esto daría lugar a una necesidad de diferenciar entre progenitores y padres, es decir aquellos que son padres según el derecho. Sin embargo, esta diferencia no obsta para que el principio de veracidad biológica sea el primer criterio y el fundamental a la hora de entender la filiación, atribuirle y determinarla. Supone que el principio constitucional de “la protección del hijo” prevalecería en caso de que viniera contradicho por la verdad biológica. A este respecto, hay que aclarar que en la generalidad de los casos se entiende que el mismo bien del menor presupone la coincidencia entre filiación biológica y jurídica⁴³⁷. No obstante, en condiciones excepcionales que la misma ley prevé, podría darse un conflicto entre veracidad biológica.

Tradicionalmente cuando se trataban los límites al principio de libre investigación de la paternidad y de veracidad biológica se refería principalmente al principio de seguridad jurídica. Sin embargo muchas veces se

⁴³⁵ Como estudiaremos estos derechos e intereses entroncarían con principios constitucionales como: el de libre formación de la personalidad del artículo 10.1 de la constitución; el derecho a la integridad física y moral del art. 15; el derecho a la intimidad en un sentido afirmativo del artículo 18 de la Constitución; y libertad de conciencia protegida en el artículo 16 de la constitución. (Vid. Punto 2 del presente capítulo “El derecho a conocer el origen biológico al margen de la determinación de la filiación y sus efectos”).

⁴³⁶ Se trataría tanto de la determinación de la filiación de los artículos 117 y 118 CC., como restricciones a la hora de la determinación de la filiación como es el caso del artículo 125 CC., que posteriormente trataremos al estudiar el tema de la determinación de la filiación.

⁴³⁷ En este sentido resulta muy clasificadora la afirmación que hace el Ferrer Riba a sensu contrario: “Las barreras de acceso a la jurisdicción, si privan al padre, a la madre o al hijo de establecer o alterar una relación de filiación para ajustarla a la verdad, pueden causar lesiones irreparables a sus derechos de la personalidad” (J. Ferrer Riba, “Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad”, in: *RJC*, n.3, Barcelona 2006, p. 753).

ha hecho de forma confusa, por lo que más bien habría que referirse a otros bienes jurídicos protegidos, pues como afirma Ferrer Riba "...no es en absoluto evidente que la seguridad jurídica justifique de por sí la restricción del ejercicio de acciones de estado conducentes a que aflore la verdad biológica...Y de hecho son otras razones, si las hay, las que pueden explicar estas limitaciones. En efecto, si se examinan de cerca las alusiones a la seguridad jurídica, suelen en realidad referirse a la seguridad familiar, esto es, a la estabilidad en las condiciones de crianza y educación de los hijos, la permanencia de los vínculos emocionales consolidados y la continuidad en la anuencia de medios económicos para su sustento"⁴³⁸.

Lo cierto es que el derecho a la investigación de la paternidad no serviría para conocer el origen biológico a los hijos cuya filiación es fijada al margen de a la veracidad biológica siguiendo otros criterios. Así, en aras a la "protección integral de los hijos" aparece también la necesidad de un derecho a conocer el origen biológico más allá del propio derecho a la investigación de la paternidad y maternidad; ésta pues sería la materia del segundo punto del presente capítulo. En consecuencia, vemos como a nivel de principios constitucionales existe una continuidad y remisión entre los derechos de libre investigación de la paternidad y el derecho.

1.2 Desarrollo legislativo y cauces jurídicos para la investigación de la paternidad y maternidad.

En este momento del trabajo no vamos a abordar las cuestiones relativas a la determinación de la paternidad tanto matrimonial como extramatrimonial. Esto lo haremos en momentos posteriores, tanto por orden sistemático como por coherencia con el objetivo del trabajo que pretende hacer un estudio comparativo entre los ordenamientos civil y canónico. En este apartado nos planteamos los cauces que el ordenamiento civil español articula para la investigación de la paternidad, es decir la posibilidad de reclamar la filiación y

⁴³⁸ J. Ferrer Riba, "*Paternidad genética y paz familiar...*", op. cit., p. 752.

la apertura de estos procesos. También estudiamos los requisitos y límites que en la práctica impone el ordenamiento secular al derecho de libre investigación de la paternidad. Bien entendido que tampoco es el objeto de este estudio desarrollar todos los aspectos técnicos de las acciones, sino solo aquellos que resultan de interés para el estudio comparativo de ambos ordenamientos, el civil y el eclesiástico. En este sentido, nos centramos en aquellos aspectos de la legislación civil en materia de reclamación e impugnación de la filiación que resultan de interés para evidenciar el concepto de filiación subyacente, y para poder realizar un estudio comparativo de la investigación y determinación de la filiación.

A) LA RECLAMACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Cabría distinguirse entre las acciones que son conducentes a reclamar una filiación determinada o aquellas conducentes a impugnarla. En ambos casos para poder interponer tales acciones se requiere un principio de prueba a tenor del artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴³⁹. Este principio de prueba no consiste en una restricción del principio de libre investigación de la paternidad; más bien en una garantía que evite demandas infundadas y temerarias que puedan dañar otros bienes jurídicos como el honor, la intimidad o la paz familiar⁴⁴⁰. Además estas demandas tampoco facilitarían la libre

⁴³⁹ M.C. Quesada, "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)", in: *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol / Vol. 2*, coord. por Juan Manuel Abril Campoy, María Eulalia Amat Llari, Valencia 2006, p. 1973: "El art. 767.1 LEC es aplicable sea cual sea el tipo de acción de filiación que se ejercite, -de reclamación (de maternidad o de paternidad, matrimonial o extramatrimonial), o de impugnación (de maternidad o de paternidad, matrimonial o no matrimonial)- ya que cualquiera que sea la acción de filiación que se promueva las mismas razones hay para exigir que la demanda sea fundada".

⁴⁴⁰ *Ibidem*: "La intención del legislador al introducir el segundo párrafo del art. 127 Cc. No fue, como ya anticipé, restringir la libre investigación de la paternidad que proclamaba este precepto en su primer párrafo, sino impedir que sobre la base de demandas infundadas y temerarias se pusiera en marcha todo el complejo mecanismo procesa inútilmente, y proteger el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, así como la paz familiar que también merece algún respeto. Para la consecución de este fin el legislador ha

investigación de la paternidad sino que contribuirían a un clima de inseguridad jurídica que terminaría perjudicando este derecho. Sin embargo las condiciones que prevé el Código Civil para la legitimación activa y los plazos para interponer las acciones de filiación son bien diferenciadas según sean estas acciones de reclamación y de impugnación. En primer lugar vamos a abordar la posibilidad de reclamar la paternidad para posteriormente abordar los supuestos de impugnación de la paternidad.

a) La reclamación de la paternidad, maternidad y filiación

La reclamación de la paternidad se regula atendiendo a la circunstancia de la posesión de estado, es decir, una relación paterno-filial ostensible y manifiesta sostenida en el tiempo⁴⁴¹. Así, atendiendo a si existió tal posesión de estado o no, el Código configura unas condiciones para la legitimación activa y plazos diferenciados. En este sentido el artículo 131 del Código Civil concede legitimación activa para reclamar la filiación en los supuestos en los que existe posesión de estado a “cualquier persona con interés legítimo”⁴⁴². En el caso de

depositado su confianza en el prudente arbitrio judicial, solución de la que cabe esperar más bien que mal”.

⁴⁴¹ Verdera recogiendo la definición clásica de De castro: “aquella relación del hijo con el padre o la madre o con ambos, en concepto de tal descendiente, manifestada en forma continua, por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública. En suma, la integran un conjunto de circunstancias, que atribuidas en su complejidad a un sujeto, le presentan ante la sociedad como titular de un determinado status” (in: R. Verdera Server, *Determinación y Acreditación de la filiación*, Barcelona 1993).

⁴⁴² Cfr. Art. 131 CC. Una cuestión que resulta importante en relación a este artículo del CC. es quien tiene este interés legítimo al que se hace referencia en el mismo. Esta cuestión la aborda R. Acebes de forma exhaustiva en su artículo sobre las deficiencias de las acciones de filiación en el Código en materia de legitimación activa: “Hay que descartar, de entrada, que ningún tercero esté legitimado para ejercitar la acción de reclamación por posesión de estado cuando el directamente interesado aún vive; es decir, cuando viven el supuesto progenitor o el supuesto hijo cuya filiación se trata de establecer. No pueden, por tanto, los parientes de los supuestos progenitor o hijo arrogarse legitimación alguna para ejercitar la acción de reclamación. La razón de que esto sea así es que, a menos que haya menores o incapaces implicados...queda claro que la inteligencia de este artículo 131 es ampliar el ámbito de posibles legitimados para los casos en que uno o ambos de dichos interesados directos ha fallecido” (R. Acebes, “Diferencias de las acciones de filiación del código en materia de la legitimación activa, plazos y efectos”, in: *RJN*, n.70, 2009, p. 11). En este artículo se apunta a otro supuesto en que podrían haber legitimados distintos al supuesto hijo y progenitores, se trata del caso en que el hijo es menor de edad o incapaz. No nos parece que sea este un supuesto poco importante ni anecdótico a nivel práctico; más bien resulta muy importante, justamente porque se trata de proteger los intereses del menor por lo que en este supuesto

que no exista la posesión de estado, el Código Civil diferencia los supuestos de filiación matrimonial y extramatrimonial. Así, para los supuestos de filiación matrimonial, cuando no existe posesión de estado, la acción de reclamación “es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo”⁴⁴³ de acuerdo con el artículo 132. El mismo artículo no considera esta acción como personalísima al prever un régimen de sucesión⁴⁴⁴. En el caso de que se trate de una filiación no matrimonial, también en los supuestos de inexistencia de posesión de estado, el artículo 133 Código Civil afirma que: “corresponde al hijo durante toda su vida”⁴⁴⁵.

Resulta importante destacar el caso de la reclamación de la filiación no matrimonial en los supuestos en los que no exista posesión de estado. Como hemos señalado al final del párrafo anterior, el Código Civil sólo reconoce la legitimación activa del hijo. Sin embargo, el primer párrafo del artículo 133 ha sido declarado inconstitucional en tanto en cuanto priva de legitimación activa a los progenitores. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia 273/2005⁴⁴⁶ afirmando que además de vulnerar el principio de igualdad, “En suma, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción”⁴⁴⁷. Por tanto, también los padres biológicos podrán acceder a las acciones de reclamación de filiación no matrimonial en los supuestos de falta de posesión de estado⁴⁴⁸.

entra en juego un interés público y no se trataría una cuestión de mero interés privado sujeta a lo establecido en el artículo 122. Por tanto se trata de un supuesto de interés público muy relevante y que se puede dar en muchas ocasiones.

⁴⁴³ Cfr. Art. 132 CC.

⁴⁴⁴ Art. 132 CC. en el segundo párrafo afirma: “Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos”.

⁴⁴⁵ Cfr. Art. 133 CC.

⁴⁴⁶ Vid. punto 1.3 del presente apartado.

⁴⁴⁷ Cfr. STC 273/2005, 27 de octubre (BOE núm. 285 de 29 de noviembre de 2005), p. 101.

⁴⁴⁸ R. Verdura, “De las acciones de filiación”, in: *Comentarios al Código Civil T.I*, 4ª ed., coord. R. Bercovitz, 2014, p.1349: “La trascendencia de esta lectura de los preceptos del Código Civil

Un límite fundamental a la reclamación de la filiación se contiene en el párrafo del artículo 131.1 del Código Civil: “que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”. Sin embargo, este límite no obsta para la posibilidad de la impugnación de la filiación mientras no haya sido determinada por sentencia firme, de acuerdo con lo establecido en el artículo 764.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con esto se está asentando específicamente la eficacia absoluta del principio de cosa juzgada en materia de filiación. Sin embargo, en los casos en que existiese filiación determinada legalmente pero sin que hubiese una sentencia firme que la determinase cabría la impugnación de la misma siguiendo los requisitos de legitimación y plazos establecidos por el Código Civil para las acciones de impugnación de la filiación, que estudiamos a continuación.

b) La impugnación de la paternidad, maternidad y filiación

En el caso de los progenitores, el Código Civil distingue la impugnación de la filiación matrimonial y extramatrimonial. El artículo 136 se refiere a la impugnación de la filiación matrimonial. Así en su párrafo primero se establece un año de plazo, contando como *dies a quo* el conocimiento del nacimiento. Sin embargo, tras las declaraciones de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional (SSTC 138/2005 y 156/2005)⁴⁴⁹, este plazo se ha comenzado a computar desde el momento en que el marido tiene conocimiento de que el hijo no es propio, estableciéndose un principio de prueba de esta circunstancia.

En cuanto a la posibilidad de que el hijo impugne la filiación, el Código Civil hace la distinción basada en la posesión de estado, al igual que en los casos de reclamación de la filiación, paternidad y maternidad; así se prevé en el artículo 137 del Código Civil. De acuerdo con esta distinción, el citado artículo dispone que existiendo posesión de estado, “La paternidad podrá ser

es extraordinaria: no se trata sólo de que se reconoce el progenitor biológico, a falta de posesión de estado, legitimación activa para reclamar su paternidad (contra lo previsto expresamente en el art. 133.1 CC.), sino que, además, por aplicación de lo dispuesto en el art. 134 CC, se le va a permitir impugnar la filiación contradictoria”.

⁴⁴⁹ Vid. punto 1.3 del presente apartado.

impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal⁴⁵⁰. En estos casos de minoría edad podrá ejercer esta acción de impugnación de la paternidad “la madre que ostente la patria potestad o el ministerio fiscal” en el plazo de un año tras la inscripción de la paternidad. En estos casos el citado artículo no prevé un régimen de impugnación. A falta de la citada posesión de estado la impugnación de la paternidad podrá ser interpuesta en cualquier tiempo tanto por los hijos o por los herederos del hijo, en su caso⁴⁵¹.

Otra posibilidad de impugnar la paternidad sería la acción de impugnación del reconocimiento que regula el artículo 138 del Código Civil. Esta acción se podría dar por los causales que establece el artículo 141, es decir porque el reconocimiento haya sido “realizado mediante error, violencia o intimidación”⁴⁵². En estos casos el plazo establecido es el de un año desde el momento que cesó el vicio del consentimiento. Esta acción corresponde a aquel que lo hubiere otorgado, fuera el padre o la madre, o a sus herederos si estos murieran antes del año de plazo.

También la Impugnación de la maternidad en caso de suposición de parto o de no ser cierta la identidad del hijo viene protegida en el Código Civil, en su artículo 139, sin dar un plazo para el ejercicio de la misma. El artículo no prevé posibilidad de sucesión en dicha acción

Por otra parte, el legislador ha previsto la posibilidad de impugnar directamente la filiación paterna y materna, haciendo depender este cauce legal también de la situación de posesión de estado. De esta manera, en los supuestos en los que no existe posesión de estado el artículo 140 del Código Civil afirma: “la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique”⁴⁵³; en este sentido el Código Civil en estos casos

⁴⁵⁰ Cfr. Art. 137 CC.

⁴⁵¹ Ibidem.

⁴⁵² Cfr. Art. 141 CC.

⁴⁵³ Cfr. Art. 140 CC.

concede una posibilidad de legitimación activa muy amplia. Así, esta legitimación activa incluiría todos aquellos que fueran parte en litigios por cuestiones sucesorias o vinieran afectados por las mismas, pero que iría más allá porque no se concreta el perjuicio que pudiere causarse. En los supuestos en los que sí existe posesión de estado la legitimación activa en la impugnación de la filiación resulta más concreta: “corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos”⁴⁵⁴. Además, en estos casos, el mismo artículo prevé un plazo para la prescripción de la acción de 4 años contando desde el inicio de la posesión de estado y una vez inscrita la filiación. En el párrafo tercero del mencionado artículo 140 se prevé para ambos supuestos, - exista posesión de estado o no -, la extensión del plazo de impugnación de la filiación para el hijo de 1 año que comienza a contar “después de haber llegado a la plena capacidad”⁴⁵⁵. Sin embargo un límite que tiene el presente artículo es que reconoce la posibilidad de impugnación en casos de vicio en el acto de reconocimiento, pero no cuando el reconocimiento sea de complacencia⁴⁵⁶.

En última instancia el artículo 134 contiene una norma que permite el ajuste de la paternidad jurídica a la biológica cuando ésta haya sido reconocida y determinada⁴⁵⁷. En este sentido el mencionado artículo afirma que: “El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el

⁴⁵⁴ Cfr. *Ibidem*.

⁴⁵⁵ Cfr. *Ibidem*.

⁴⁵⁶ R. Acebes, “Diferencias de las acciones de filiación...”, *op.cit.*, p. 27: “Y de forma general, el artículo 141 lo legitima para impugnar toda hipótesis de reconocimiento ...Ahora bien, lo legitima sólo para los reconocimientos hechos con vicios; no, e cambio, para los hechos sin vicio (o de “complacencia”), porque, siguiendo la literalidad del CC, tales reconocimientos sólo serían impugnables caso de tratarse de filiación “no matrimonial”, de acuerdo con el régimen del artículo 140; no hay, pues, expresa cobertura legal para que el “marido” impugne reconocimientos sin vicios o de complacencia”.

⁴⁵⁷ I.C. Bernabeu, “La acción de impugnación de la filiación”, in: *práctica jurídica, Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, 2009, p. 28: “la acción de impugnación de la filiación es la otra cara de la moneda de la acción de reclamación de la filiación, mientras que su objeto es que se declara que no existe una relación paterno-filial, la acción de reclamación, persigue que se declare que existe una relación paterno-filial que no obra e el Registro Civil; por ello hay que partir que la acción de impugnación de la filiación es una acción subsidiaria de la acción de reclamación de la paternidad, toda vez que declarar una relación paterno-filial conllevará que a la vez se está impugnando otra relación paterno-filial”.

hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria”⁴⁵⁸. No se debe olvidar, además, que las acciones de reclamación de la filiación e impugnación son acumulables. Esta posibilidad de la acumulación de las acciones de filiación confiere una mayor amplitud a una regulación de la reclamación de la filiación que pretende la mayor amplitud posible en aras del principio de libre investigación de la paternidad consagrado en el artículo 39.2 de la constitución. Sin embargo, de cara a la praxis judicial encontramos significativas ausencias de la norma positiva española, nos referimos fundamentalmente a la posibilidad del hijo y del padre de impugnar la paternidad que está determinada pero no inscrita en el registro, por ejemplo la derivada de la presunción matrimonial de paternidad⁴⁵⁹.

En general, el Derecho civil español a partir de la reforma de 81 habilita cauces jurídicos y procedimentales para el ejercicio del derecho a la libre investigación de la paternidad. Estos cauces, no obstante, suponen la necesidad de armonizar el principio de libre investigación de la paternidad con otros como: la seguridad jurídica, el principio de cosa juzgada, la estabilidad en las relaciones familiares, la intimidad y otros que redundan en el principio superior en esta materia que es el *favor filii*. En consecuencia, esta concurrencia de principios se ha traducido en unas normas que articulan y limitan los cauces jurídicos para la investigación de la paternidad. Lo articulan en cuanto a que la búsqueda de la paternidad no siempre atenderá al principio de veracidad biológica sino que tendrá que armonizarse con otros para salvaguardar el fin de protección del hijo, como hemos expresado anteriormente. También limitan el ejercicio del derecho a la libre investigación de la paternidad en tanto en cuanto el ejercicio de las acciones procesales está sujeto a unos límites de legitimación y temporales. Sin embargo la interpretación de la norma doctrinal y

⁴⁵⁸ Cfr. Art. 134 CC.

⁴⁵⁹ R. Acebes, “Diferencias de las acciones de filiación...”, op. cit, p. 25: “...Este es el caso de los artículos 136, 137 y 140, párrafo 2º, dictados, respectivamente, para la impugnación por el “marido”, hijo y, en relación a la filiación “no matrimonial”, por el “hijo o progenitor y quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos”. En la literalidad de estos tres preceptos sólo se atribuye legitimación en cuanto se trate de impugnar una filiación sostenida en base a su inscripción en el Registro Civil, que, obviamente, no es el único medio en que sostener la filiación”.

jurisprudencial, tal y como hemos estudiado en el presente apartado, ha ido poniendo en evidencia la necesidad de superar algunos de los límites impuestos a la hora de ejercitar el principio de libre investigación de la paternidad.

Tras este desarrollo del ejercicio de la libre investigación de la paternidad también se evidencia un concepto de filiación como un hecho jurídico que requiere de un reconocimiento por el derecho, pero cuya base comúnmente la encuentra en la verdad biológica. No obstante, según lo antedicho, más allá de la filiación adoptiva y la posterior filiación por inseminación artificial, el principio del *favor filii* consagrado en la Constitución ha supuesto unos límites a la aplicación de la veracidad biológica. Tal concurrencia de principios viene reflejada en los cauces jurídicos para el ejercicio de la libre investigación de la paternidad. Un ejemplo de lo que hemos afirmado es el concepto de “posesión de estado” presente en la normativa del Código Civil respecto de la reclamación e impugnación de la filiación⁴⁶⁰. En definitiva, la protección del hijo es el principio rector de la normativa que regula los cauces jurídicos para la investigación de la paternidad. En todo caso, lo que también se evidencia es que dentro de este principio de protección del hijo, tras la ley del 11/81 de 13 de mayo ha ido cobrando cada vez mayor relevancia el criterio de veracidad biológica.

B) LA RECLAMACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATERNIDAD Y FILIACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN:

El Codi Civil de Catalunya prevé una serie de disposiciones de forma común para las acciones de reclamación e impugnación de la filiación; de estas

⁴⁶⁰ R. Verdera, “De las acciones de filiación”, in: *Comentarios al Código Civil T.I, 4ª ed.*, coord. R. Bercovitz, 2014, p.1351 y 1352: “en el ámbito de la reclamación de la filiación, la concurrencia de posesión de estado que reclama amplía el plazo de ejercicio y aumenta los legitimados para reclamar esa filiación. Por el contrario, la falta de esa posesión de estado reduce las personas legitimadas para reclamar esa filiación...el Código Civil no define la posesión de estado ni proporciona prácticamente criterio alguno para concretar cuando concurre y cuando no. La cuestión queda fundamentalmente en manos de la valoración de los tribunales. Por ello, en función del sentido que se dé a esa interpretación jurisprudencial de la concurrencia o ausencia, se podrá facilitar o restringir en buena medida el ejercicio de la acción de reclamación”.

disposiciones, atendiendo al orden sistemático que estamos siguiendo, habría que destacar la exención del principio de prueba del artículo 235-16. En esto se diferencia claramente del régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil, que como hemos señalado establece la necesidad del principio de prueba para iniciar estas acciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El resto de la normativa civil Catalana a las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad maternidad y filiación las estudiamos en otros apartados, por el orden sistemático seguido en el presente trabajo de investigación. Pasamos pues a estudiar la normativa específica de las acciones de reclamación e impugnación de la filiación.

a) Reclamación de la paternidad, maternidad y filiación

La primera diferencia que encontramos respecto del Derecho civil es que en el Derecho no existe referencia a la posesión de estado a la hora de determinar las acciones para reclamar e impugnar la paternidad. Así la única diferencia a la hora de tratar el derecho de filiación es la que existe entre filiación matrimonial y extramatrimonial.

a.1) Respecto de la filiación matrimonial debemos destacar el artículo 235-20 del Codi Civil de Catalunya no establece límite temporal al ejercicio de la reclamación de la filiación matrimonial, y legitima para el ejercicio de tal acción tanto a los padres como al hijo. Además no considera personalísima esta acción estableciendo un régimen de sucesión en la misma en los n. 2 y 3 del mismo artículo⁴⁶¹. También en el caso de la filiación no matrimonial el artículo 235-21 no establece límite temporal al ejercicio de reclamación de la filiación. Así mismo, legitima a los padres además de al hijo para ejercitar la acción de reclamación de la filiación. Este se remite en cuanto al régimen de sucesión en

⁴⁶¹ Art. 235-20.2 y 3: "2. Los descendientes o herederos de los hijos pueden ejercer la acción de reclamación de la filiación matrimonial, dentro del tiempo que quede para completar el plazo de dos años a contar desde el descubrimiento de las pruebas en que se fundamenta la reclamación...3. Si cuando el hijo muere no han transcurrido cuatro años desde el cumplimiento de la mayoría de edad o desde la recuperación de la plena capacidad, los descendientes o herederos del hijo pueden ejercer o continuar la acción de reclamación de la filiación matrimonial, dentro del tiempo que quede para completar este plazo, si es superior al de dos años fijado por el apartado 2".

la acción al artículo 235-20 2 y 3. A diferencia del Código Civil, establece la necesidad de que no sea posible el reconocimiento, bien por falta del consentimiento del hijo, bien por cualquier otras causas; a este respecto, como afirma Quesada: “No queda, pues duda alguna acerca de la preferencia que se otorga al reconocimiento en el Derecho Civil Catalán...”⁴⁶².

Conviene aclarar que el Codi Civil de Catalunya no prevé la *Exceptio plurium convuventium*⁴⁶³ como una excepción que imposibilite la acción de reclamación de la filiación. No obstante sí que estipula la posibilidad de llamar a juicio en calidad de demandado a aquellos que mantuvieron relaciones sexuales con la madre en el tiempo de concepción en el artículo 235-18.2. Además, en estos casos “debe declararse padre aquel cuya paternidad resulte más verosímil”⁴⁶⁴ de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 235-18. Comentando el contenido de este artículo Puig Ferriol afirma que debería de ser cualquier parte en el proceso quien podría solicitar que se llamara a juicio a un tercero sobre el que razonablemente se puede entender que existieron relaciones sexuales con la madre en el tiempo de concepción. Así sería cualquier persona legitimada para ser parte según el Codi y el propio ministerio fiscal⁴⁶⁵.

a.3) Respecto de la filiación no matrimonial el artículo 235-21 del Codi Civil de Catalunya establece la legitimación activa limitándola al hijo durante toda la vida y a los padres en caso de no ser posible el reconocimiento o de no contar este consentimiento con el consentimiento del hijo emancipado. Así la

⁴⁶² M.C. Quesada, “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, in: ADC, Vol. 47, Nº 2, 1994, p. 264.

⁴⁶³ Ampliamente estudiada por M.C. Quesada en: *promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Madrid 1993.

⁴⁶⁴ Cfr. Art 235-18.2 CCC.

⁴⁶⁵ Ll. Puig i Ferriol, “La filiació Accions de filiació i efectes”, in: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, E. Roca y Ll. Puig i Ferriol, Valencia 2014, pp. 496-7: “Del precepte en resulta, en primer lloc, que l’organisme jurisdiccional no pot decretar d’ofici la crida dels tercers que hagin tingut relacions sexuals amb la mare per tal que intervinguin en el procés com a part demandada, ja que ben clarament exigeix el precepte que ho demani la persona que tingui la condició de ‘part legitimada per a reclamar la paternitat’, és a dir, les persones legitimades per a l’exercici d’unes accions de reclamació d’una paternitat matrimonial segons l’art. 235-20, o no matrimonial d’acord amb l’art. 235-21, amb l’oportunitat d’incloure també entre les persones legitimades per a demanar la intervenció de tercers persones en el procés al ministeri fiscal, en base a les prevencions de l’art. 749 LEC”.

acción de filiación matrimonial también se prevé como una acción declarativa basada en la filiación biológica. Por otra parte hay que decir que si el hijo reclama la filiación no matrimonial contra un presunto padre y esta es negativa, el mismo hijo podrá presentar otra acción de filiación contra otra persona respecto del que haya *fumus boni iuris*⁴⁶⁶.

En el artículo 235-19 del Codi se establece también el principio de cosa juzgada recogiendo la imposibilidad de reclamar una filiación contradictoria respecto de la que se haya establecido por sentencia firme⁴⁶⁷. Por otra parte, el mismo artículo contempla la posibilidad de determinar jurídicamente la filiación existiendo otra contradictoria; si bien tal “determinación de la filiación no tiene ningún tipo de efecto mientras exista otra contradictoria”⁴⁶⁸. En esto se diferencia también de forma clara del Derecho español. Conviene aclarar como el legislador catalán ha regulado esta acción de reclamación de la filiación como una acción declarativa en base a la verdad material, es decir la veracidad biológica⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Ll. Puig i Ferriol, , “La filiació Accions...” , op. cit.. pp. 504-5.

⁴⁶⁷ Puig i Ferriol recoge algunos casos tanto en la legislación como en la jurisprudencia donde vendría mitigado o decepcionado el principio de cosa juzgada: “Respecte a la possibilitat de reclamar judicialment una filiació, hem de posar de manifest aquí l’eficàcia definitiva de la filiació determinada per una resolució judicial ferma, ja que, segons l’art. 235-19.2, “No es pot reclamar una filiació que en contradigui una altra que s’hagi establert per sentència ferma” (vegeu també art. 50 LRC i art. 764.2 LEC); amb l’excepció que estableix la DT cinquena, apartat 3 (vegeu allò que s’exposa en l’apartat 1.III del capítol anterior). Però en el cas que va originar l’STSJC de 27 d’octubre de 2003 es va estimar el recurs de revisió d’acord amb el resultat d’una prova biològica que constatava la no paternitat, encara que existia una sentència anterior que estimava una acció de reclamació de paternitat no matrimonial” (Ll. Puig i Ferriol, , “La filiació Accions...” , op. cit.. p. 493). A este respecto cabe recordar que la referida disposición transitoria quinta, 3 reconoce la posibilidad de “ejercerse de nuevo una acción que se fundamente en una disposición del Código civil o en un hecho o prueba solo admisible al amparo de este” a pesar de que existiera sentencia firme de acuerdo con la legislación anterior.

⁴⁶⁸ Cfr. Art 235-19 CCC.

⁴⁶⁹ Ll. Puig i Ferriol, “La filiació Accions...” , op. cit.. p. 503: “La resolució judicial que posa i a la demanda de reclamació de la filiació matrimonial és una sentència que declara la filiació que correspon legalment al fill. És per tant una sentència declarativa d’una filiació que biològicament ja existia abans de la resolució judicial, que posa i al judici de reclamació de paternitat matrimonial. I que a més és títol suficient per a la pràctica de la inscripció de la filiació en els llibres del Registre Civil”.

b) Impugnación de la paternidad, maternidad y filiación

b.1) Por lo que respecta a la regulación de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, el artículo 253-23 del Codi Civil de Catalunya concede al marido el plazo de dos años desde la fecha del conocimiento “del nacimiento del hijo o del descubrimiento de las pruebas en que se fundamenta la impugnación”⁴⁷⁰. Para este supuesto el mismo artículo en el n. 2 prevé un régimen de sucesión en la acción⁴⁷¹. También se legitima a la mujer⁴⁷² a impugnar una paternidad (art. 253-24 CCC.). Esto lo puede hacer en su propio nombre o en representación del hijo cuando éste sea menor. Para el ejercicio de esta acción cuenta con un plazo de dos años que tiene como *dies a quo* la fecha del nacimiento del hijo o “del descubrimiento de las pruebas en que se fundamenta la impugnación”⁴⁷³. En este caso el mencionado artículo no se contempla un régimen de sucesión en la acción de la madre. En el caso del hijo, su legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial tendría un plazo de prescripción de dos años que tiene como *dies a quo* un triple criterio: la mayoría de edad, la recuperación de la plena capacidad, o el descubrimiento de las pruebas en que se fundamenta tal impugnación; así se ha establecido en el artículo 235-35 del Codi Civil Català.

b.2) En el caso de la paternidad no matrimonial también tienen legitimidad activa tanto el padre como la madre y los hijos, - por sí mismo o por medio de su representante legal-, de acuerdo con lo establecido por el artículo

⁴⁷⁰ Cfr. Art 235-23.1 CCC.

⁴⁷¹ Art. 235-23.2: “La acción de impugnación se transmite a los hijos o descendientes y a los herederos del marido si este muere después de haber interpuesto la acción o antes de que finalicen los plazos fijados por el apartado 1. En estos casos, cualquiera de ellos puede ejercer la acción, dentro del tiempo que quede para completar dichos plazos”.

⁴⁷² Ll. Puig i Ferriol, “La filiació Accions...” , op. cit.. p. 505: “Tradicionalment s’ha qüestionat la legitimació activa de la mare per interposar l’acció d’impugnació de la filiació matrimonial, ja que es defensa la possibilitat de negar-li la legitimació per haver provocat la naixença del fill com a no matrimonial o de conferir-li legitimació únicament en casos determinats, centrats normalment en els supòsits de crisi matrimonial (solució que va fer seva l’art. 12.2 LF). El legislador actual —i abans l’art. 107 CF— es decanta per atribuir de manera oberta la legitimació activa a la mare”.

⁴⁷³ Cfr. Art 235-24 CCC.

235-25 del Codi⁴⁷⁴. En los tres casos el plazo fijado en el mencionado precepto es de dos años. Sin embargo, el *dies a quo* en que comienza a computar el plazo varía dependiendo de si los que impugnan son uno de los padres o el hijo. En caso de impugnar el padre o la madre se establecen tres criterios para fijar el inicio del cómputo: el día del establecimiento de la paternidad, el día del conocimiento de que esta se estableció o, en su caso, desde la aparición de nuevas pruebas contrarias a la paternidad. En caso de que el que impugne fuera el hijo el inicio del cómputo de los dos años se haría atendiendo a uno de los siguientes criterios: la mayoría de edad, la recuperación de la plena capacidad o la aparición de nuevas pruebas contrarias a la paternidad. También la madre podría ejercer la acción en interés del hijo de “de acuerdo con lo establecido por el artículo 235-24”⁴⁷⁵.

b.3) En el Derecho civil catalán también se establece la posibilidad de la impugnación del reconocimiento por error, violencia e intimidación, con los plazos previstos en el artículo 235-27 del Codi. En este mismo artículo 235-27, en el párrafo 3 se contempla la aplicación de esta misma normativa para el caso del consentimiento del padre en los supuestos de inseminación asistida de la mujer. Otra especificidad sería la consideración de nulidad del reconocimiento por fraude de ley en el párrafo 4 del mismo artículo, en el que se afirma: “El reconocimiento de la paternidad hecho en fraude de ley es nulo. La acción de nulidad es imprescriptible y puede ser ejercida por el ministerio fiscal o por cualquier otra persona con un interés directo y legítimo”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Ibidem., p. 510: “L’art. 109.1 CF establia una legitimació molt extensa per a l’exercici de l’acció d’impugnació de la filiació no matrimonial, ja que segons el precepte podien exercir-la totes les persones que en resultessin afectades, solució que feia més vulnerable la filiació no matrimonial en relació amb la matrimonial, com resultava dels articles 106, 107 i 108 CF; diferència de tracte que fins i tot havia originat el dubte de si s’havia de qualificar de discriminatòria i des d’aquesta perspectiva d’inconstitucional. El llibre segon del Codi civil de Catalunya ha esborrat aquestes diferències, ja que segons el seu article 235-26 sols s’atribueix legitimació per a l’exercici de l’acció d’impugnació de la paternitat no matrimonial al pare, la mare i els fills per ells mateixos o per mitjà del seu representant legal”.

⁴⁷⁵ Cfr. Art. 235-26 CCC.

⁴⁷⁶ Cfr. Art. 235-27.4 CCC.

b.4) Respecto a la impugnación de la maternidad el artículo 235-29 del Codi Civil reconoce la posibilidad de impugnación de la maternidad a la madre y al hijo⁴⁷⁷. Para el ejercicio de la acción de impugnación a la madre se le concede un plazo de dos años a partir del conocimiento de las pruebas en que se funda la impugnación. La acción del hijo es imprescriptible “si prueban la suposición de parto o que no es cierta la identidad del hijo”⁴⁷⁸. Así mismo el mencionado artículo prevé un régimen de sucesión en la acción de impugnación de la filiación materna⁴⁷⁹.

Del análisis de la legislación en materia de filiación en el libro segundo del Codi Civil de Catalunya (ley 25/2010 de 29 de julio) podemos concluir en su conjunto que supone una apertura mayor para el ejercicio del derecho a la libre investigación de la paternidad que el propio Derecho español. A esta consecuencia se llega fundamentalmente atendiendo a la falta de restricciones de las acciones en relación a circunstancias como: la posesión de estado⁴⁸⁰, el principio de prueba⁴⁸¹, incluso por los plazos concedidos⁴⁸². En conclusión, el Codi Civil Catalán, siguiendo su tradición más influida por el Derecho romano y el mismo Derecho canónico, sigue procurando medios que permiten ejercer y tutelar el derecho a la libre investigación de la paternidad de una manera más amplia que el Código Civil. Así mismo, el principio de veracidad biológica cuenta con una importancia mayor. Ejemplos de lo antedicho serían: el hecho de la no consideración de la posesión de estado, o cómo el nuevo Código ha

⁴⁷⁷ Art. 239-29.1 CCC.

⁴⁷⁸ Cfr. Art. 239-29.1 CCC.

⁴⁷⁹ Art. 239-29.2 y 3 CCC.: “2. La acción de impugnación se transmite a los hijos o descendientes y a los herederos de la madre si esta muere después de haber interpuesto la acción o antes de que finalicen los plazos fijados por el apartado 1. En estos casos, cualquiera de ellos puede ejercer la acción, dentro del tiempo que quede para completar dichos plazos...3. Si la madre muere sin conocer las pruebas en que debe fundamentar la acción, los dos años se cuentan desde la fecha en que la persona legitimada para impugnar la maternidad las conoce”.

⁴⁸⁰ M^a.C. Quesada, “El derecho (¿Constitucional?)...”, op. cit., p. 264.

⁴⁸¹ R. Verdera, “la filiació en el Dret Català: De la Compilació al Codi Civil”, in: *RJC*, n. 4, 2010, p. 119.

⁴⁸² En un estudio comparado de los plazos de las dos legislaciones tal y como realizamos se pone en evidencia como los plazos que restringen el ejercicio de las acciones de reclamación e impugnación son de un año en el Derecho Común y de dos años en el Codi Civil de Catalunya.

regulado de una forma más detallada la reclamación e impugnación de la maternidad.

1.3 Análisis jurisprudencial.

La jurisprudencia ha ido superando la concepción anterior a la Constitución de que la filiación era algo de índole básicamente privada: STS 15 de marzo de 1989(1989\2054): “El sentido *iusprivatista* del derecho de familia ha evolucionado en los últimos años hasta el punto de romper los estrechos moldes en que se encontraba enmarcado para pasar a integrarse en el *ius cogens* y en el ámbito del derecho público...” Pero, a consecuencia de este cambio de mentalidad, la jurisprudencia más reciente ha ido respaldando el principio de libre investigación de la paternidad. Esto no sólo ha supuesto concederle creciente importancia dentro del ordenamiento, también ha supuesto entenderlo de la manera más amplia posible. Por tanto, esta corriente jurisprudencial que ahora pasamos a analizar ha dejado de entender el derecho a la libre investigación de la paternidad como un simple medio para posibilitar el ejercicio de la patria potestad. Más bien lo entiende como un medio de protección de los derechos del menor.

A) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el mismo sentido que lo anteriormente estudiado, la jurisprudencia ha ido ampliando la aplicación del principio del art. 39.2 C.E. resolviendo afirmativamente dos cuestiones de inconstitucionalidad respecto del plazo establecido por el artículo 136 para que el marido pueda impugnar la paternidad en las SSTC 138/2005⁴⁸³ y 156/2005⁴⁸⁴. En dichas sentencias el

⁴⁸³ STC 138/2005, 26 de mayo (BOE núm. 148 de 22 de junio de 2005): “4. ...En efecto, aun cuando desde la perspectiva del art. 39.2 CE la norma enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad (STC 116/1999, de 17 de junio [RTC 1999,116],F.5), la duda de constitucionalidad aquí planteada obliga a poner en relación el mandato de posibilitar la investigación de la paternidad con el art. 24.1 CE, a fin de examinar si el enunciado de la norma cuestionada afecta también al derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de

Tribunal Constitucional afirma que: “El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la impugnación de la filiación en el Registro civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento”. La razón queda expresada de forma especialmente clara en la STC 156/2005: “...resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (artículo 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (artículo 10.1 C.E.), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.I C.E) en su dimensión de acceso a la jurisdicción”. En sentido similar, las SSTC 273/2005 ⁴⁸⁵ y 52/2006 afirmaban:

acceso a la jurisdicción. ...En el presente caso el Art. 136 CC cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art. 116), que siendo inicialmente *iuris tantum* (ATC 276/1996 de 2 de octubre [RTC 1996, 276 AUTO], F. Se transforma en presunción *iuris et de iure*, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 9.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción”.

⁴⁸⁴ STC 155/2005, 9 junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 2005): “El artículo 136 CC cercena el acceso a la jurisdicción del padre, que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.I CE) guarde proporcionalidad con la finalidad de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. La imposición al marido de una paternidad legal que, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (artículo 116 CC), que siendo inicialmente *iuris tantum* (ATC 276/1996, de 2 de octubre FJ4) sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción *iuris et de iure*, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (artículo 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (artículo 10.1 C.E.), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.I C.E) en su dimensión de acceso a la jurisdicción”. No podemos obviar cómo existió un voto particular respecto a la sentencia dictada por los magistrados Guillermo Jiménez Sánchez y Javier Delgado Barrio.

⁴⁸⁵ Cfr. STC 273/2005, 27 de octubre (BOE núm. 285 de 29 de noviembre de 2005) CE afirma: “declara que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”, e inscribe esta prescripción en la idea de “protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación”. ...Y, por añadidura, la constitución estable directamente de un deber: “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habido dentro o fuera del matrimonio (artículo 39.3 CE). La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica ...y la interpretación de las leyes que rigen esta materia

“...En suma, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de Estado no resulta compatible con el mandato del artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción”⁴⁸⁶.

Esta nueva línea jurisprudencial amplía la libre investigación de la paternidad, y permite un mayor ajuste a la verdad biológica. Pero esto no supone que este valor no venga limitado por otros. Sigue teniendo que armonizarse con el de la seguridad jurídica y la paz familiar. En este sentido la STC 116/1999 de 17 de junio consideraba la constitucionalidad del anonimato de la donación del material genético para las prácticas de fecundación artificial. En ella se entendía que la libre investigación de la paternidad del artículo 39.2 C.E. tenía como objeto la constitución de vínculos jurídicos y no la mera revelación del origen biológico. Sin embargo, es preciso aclarar que no se trata de una negación del principio de veracidad biológica de la filiación, o de la libre investigación de la paternidad, más bien supone una necesidad de limitar tales principios por la concurrencia con otros derechos⁴⁸⁷. A este respecto la sentencia se refiere a que se trata de unos límites que no niegan la posibilidad de investigar la identidad personal en casos de necesidad previstos por la ley⁴⁸⁸.

debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida ...”.

⁴⁸⁶ Cfr. Comentario a la STC 52/2006 en: Revista de Derecho de Familia, nº 31, Abril – Junio de 2006, p. 76.

⁴⁸⁷ STC 116/1999, 17 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 1999), p. 77: “Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohesión la obtención de gametos y pre embriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas —debe nuevamente recordarse— a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones —desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación— puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo”.

⁴⁸⁸ Ibidem: “Ha de señalarse, en primer término que el anonimato de los donantes que la ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, “en circunstancias extraordinarias que

B) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina del Tribunal Constitucional estudiada ha recibido un fuerte influjo, a su vez, de una línea jurisprudencial que el Tribunal Supremo seguía ya con la sentencia 30 de enero de 1993: "...el art. 39 de la Constitución Española (RCL 1978,2836 y APNDL 2875) asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor...amén de la paz familiar tan frecuentemente invocada en pro de mantener pasado un cierto tiempo, la situación paterno filial cerrada con la presunción legal de paternidad, abonan en el supuesto contemplado la impugnación ya que la tan deseada pacificación en modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una actuación fraudulenta y como tal –art. 6.4 del Código Civil- contrarias, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión..."⁴⁸⁹. En esta línea interpretativa, se pretendía establecer un nuevo equilibrio entre la seguridad jurídica y la verdad de la paternidad biológica, donde va cobrando mayor importancia el criterio de la verdad biológica.

comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto".

⁴⁸⁹ STS 30 de enero de 1993 (Roj: STS 19177/1993) , in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [22-10-2016]: "...La reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del art. 116 del Código, no sólo por su acomodo al sentido que en la normativa del código, informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el del verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más trascendentes, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego que el art. 39 de la constitución Española (RCL 1978,2836 y Ap NDL 2875) asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor ...amén de la paz familiar tan frecuentemente invocada en pro de mantener pasado un cierto tiempo, la situación paterno filial cerrada con la presunción legal de paternidad, abonan en el supuesto contemplado la impugnación ya que la tan deseada pacificación en modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una actuación fraudulenta y como tal –art. 6.4 del código Civil- contrarias, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión..."

A pesar de que este criterio ha ido cobrando creciente relevancia jurisprudencial⁴⁹⁰, se contradice con las afirmaciones contenidas en otras sentencias del Tribunal Supremo⁴⁹¹ posteriores a esta. En estas sentencias del Tribunal Supremo, en aras a la seguridad jurídica, se interpretaba de forma literal los límites al derecho de libre investigación de la paternidad.

Ambas líneas jurisprudenciales evidencian un conflicto entre la verdad biológica y la seguridad jurídica que han de conjugarse en el ordenamiento civil. En este sentido se manifiesta la STS 494/2016 de 15 de julio: "...las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica (arts. 10.1 y 39.2 CE) pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de

⁴⁹⁰ En este sentido la STS 394/2015 recoge todo un elenco de Sentencias que han seguido una línea de reconocimiento del derecho a acumular la impugnación de la filiación matrimonial a la de reclamación la no matrimonial para garantizar el derecho del hijo a que la filiación que se le determine coincida con el criterio de verdad material: "en este sentido se pueden citar las sentencias de esta Sala num. 81/2002, de, de 7 febrero y 898/2005, de 22 de noviembre. Babe admitir que quien solicita una acción de filiación respecto de una determinada persona, implícitamente está manifestando que no está conforme con la paternidad que se establece en el asiento registral y la estimación de la demanda llevará consigo la consiguiente rectificación. La sent. Num 898/2005, de 22 noviembre afirma que 'esta interpretación de los preceptos aplicables tiene apoyo en las STS de 30 de abril de 1898, 19 de mayo de 1998, 8 de julio de 1991 y 20 de diciembre de 1991. En efecto, esta Sala ha resuelto la aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 CC en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, 'ya que el propio artículo 134 permite, sin paliativos, la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión ésta tan elocuente que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada" (STS : 394/2015, 3 de julio de 2015 [Roj: 3155/2015] , in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [2-11-2016]).

⁴⁹¹ STS 2 de diciembre 1993 (Roj: 18556/1993); STS 525/1996, 20 de junio (Roj: 3768/1996); STS 708/1993, 10 de febrero (Roj: STS 857/1997); STS 1245/1998, 31 de diciembre (Roj: 8062/1998) , in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [2-11-2016]: "...Habida cuenta de la taxatividad del artículo 136 CC, no cabe duda de que el marido sólo podrá ejercitar, la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año, contado desde la inscripción de la filiación en el Registro civil, -salvo que ignore el nacimiento- por lo que es evidente, que ejercitada esta acción, con casi más de 20 años desde que se produjo dicha inscripción, habrá de mantenerse el recto razonamiento de la sentencia dictada fundamentalmente, en cuanto al contenido de sus FF. Fundamentales, en cuanto al contenido de sus FF. 2º y 4º y todo ello sin perjuicio de lo que se aduce, fundamentalmente, al contestar al resto de los motivos"; STS 792/2000, 21 de septiembre (Roj: STS 6147/2000); STS 1239/2001, 31 de diciembre (Roj: 10446/2001); STS 664/2002, 26 de junio (Roj: 4721/2002); STS 631/2003 26 de junio (Roj: 4471/2003); STS 793/2004, 14 de julio (Roj 5174/2004) , in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [2-11-2016].

estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad (arts. 9.3 , 39.3 y 39.4 CE). En ese sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 707/2014, de 3 de diciembre (Rec. 1946/2013), y 441/2016, de 30 de junio (Rec. 1957/2015), esta última del Pleno. 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”⁴⁹².

No obstante a la diversidad de líneas jurisprudenciales, la evolución de la jurisprudencia respecto del conflicto de bienes jurídicos protegidos ha ido escorándose a favor de la verdad material, que supone el conocimiento de la biológica. Así se deduce de la doctrina fijada en la STS de 15 de marzo de 1989 (1989\2054): “...Así, en los procesos de filiación y de investigación de la paternidad se ha ido pasando del principio de verdad formal al de verdad material en aras al derecho de personalidad consagrado en las leyes constitucionales.”; y más recientemente STS 2701/1990 de 5 de abril de 1990 y STS 85/2005 de 24 de febrero de 2005. En estas sentencias se hace prevalecer el principio de prueba a la hora de manifestar el conocimiento de la no paternidad como criterio necesario para fijar el *dies a quo* desde el que comienza a computarse el plazo para impugnar la filiación por parte del padre.

En este mismo sentido, recientemente se manifiestan la STS 728/2013 de 2 de diciembre⁴⁹³ y 73/2012 de 20 de febrero⁴⁹⁴. En ambas sentencias se recoge una motivación que supone un refuerzo del derecho a la libre investigación de la paternidad y una interpretación que supone un reconocimiento del criterio de

⁴⁹² STS 494/2016, 15 de julio (Roj: 3192/2016), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [3-11-2016].

⁴⁹³ STS 728/2013, 2 de diciembre (Roj: 5712/2013), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [3-11-2016].

⁴⁹⁴ STS 73/2012, 20 de diciembre (Roj: 1182/2012), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [3-11-2016].

verdad biológica: “porque de otra forma, la presunción de paternidad, inicialmente *iuris tantum*, pasaría a convertirse en *iuris et de iure*, lo que no parece haber querido la ley”. Otra cuestión ha sido cómo la Jurisprudencia actual del Supremo justifica la interpretación amplia del principio de verdad biológica y la eliminación de límites a la investigación de la paternidad con el artículo 10 de la Constitución. Así, pasa a considerar el derecho a la libre investigación de la paternidad como un derecho de la personalidad y por tanto también lo relaciona a la libre formación de la personalidad (STS 209/2012 de 12 de abril⁴⁹⁵; STS 208/2012 de 11 de abril⁴⁹⁶): “Siguiendo este argumento, la acción para reclamar la determinación de la filiación biológica constituye una manifestación del principio de protección de la persona, que es preferente en nuestro ordenamiento por declaración expresa del art. 10 CE EDL 1978/3879...”⁴⁹⁷ En este sentido, el hecho de que seguidamente afirme que da lugar a las consecuencias de la filiación previstas en el artículo 39.3 no podemos interpretarlo como que estos sean los únicos efectos que produce⁴⁹⁸. Precisamente esta vinculación al artículo 10 de la Constitución la uniría a otros derechos que también se consideran como derechos de la personalidad y que resultan protegidos .

La Jurisprudencia⁴⁹⁹ también ha ido matizando como los casos de adopción e inseminación artificial son casos cualitativamente distintos al resto de casos de filiación. Por tanto, se reconoce que no suponen una objeción para la operatividad del principio de veracidad biológica en el resto de investigación

⁴⁹⁵ STS 209/2012, 12 de abril (Roj: 2571/2012), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [3-11-2016].

⁴⁹⁶ STS 208/2012, 11 de abril (Roj: 2570/2012) , in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [3-11-2016].

⁴⁹⁷ Cfr. *Ibidem*.

⁴⁹⁸ Las mismas sentencias citadas prosiguen “...y para ello, en el art. 39.2 CE EDL 1978/3879, se determina que la ley posibilita la investigación de la paternidad, lo que va a abrir la puerta a las obligaciones impuestas en el párrafo tercero del propio 39 CE EDL1978/3879 Consecuencia de ello, el Código Civil EDL 1889/1 trata de forma distinta la prescripción en las acciones de impugnación y las de reclamación: estas son imprescriptibles para el interesado, es decir hijo, quien puede ejercerlas durante toda su vida” (STS 209/2012, 12 de abril [ROJ.: 2571/2012]; STS 208/2012 , 11 de abril [ROJ.: 2570/2012] , in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [3-11-2016]).

⁴⁹⁹ Ver las citas de las sentencias recogidas anteriormente, pero fundamentalmente: STS 30 de enero de 1993 (Roj: STS 19177/1993).

de la paternidad. No debemos olvidar que en la filiación por naturaleza basada en la biología no existe material genético de un tercero. Por tanto, al margen de los mismos, esta jurisprudencia analizada invoca el derecho a la libre investigación de la paternidad como expresión y medio en el que sea posible asentar la paternidad jurídica en la realidad biológica. Esta investigación de la verdad biológica y ajuste a la misma se dan en tanto en cuanto es considerada como un bien para el hijo, constitutivo de su identidad y que se asocia al valor constitucional de la dignidad de la persona⁵⁰⁰.

C) RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

También la Dirección General del Registro y del Notariado sigue una línea jurisprudencial que vincula la filiación jurídica con la biológica. Es más, aún ha sido más clara por lo que respecta a la primacía del criterio de veracidad biológica en que se basa la filiación civil: "...la regulación de la filiación en el Código Civil se inspira en el principio de la veracidad biológica, de modo que la declarada no podrá ser inscrita cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal filiación no se ajusta a la realidad."⁵⁰¹. Especial importancia han dado Las resoluciones de la Dirección General del Registro y el Notariado a la cuestión de los

⁵⁰⁰ J. Ferrer, "Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y reclamación de la paternidad", in: *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona 2006, nº3, p. 750: "Las SSTC 138 y 273/2005 reinterpretan el mandato constitucional de investigación de la paternidad y amplían su espectro teleológico. La primera de ellas sostiene que la finalidad primordial de la investigación de la paternidad es "la adecuación de la verdad jurídico – formal a la verdad biológica", adecuación que, además, se vincula a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), "tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona" (FJ. 4, parr. 3 y 4). La investigación de la paternidad pasa así a tener un alcance funcional con otro valor, el de la identidad persona que, a falta de plasmación textual directa en la constitución el Tribunal remite a la dignidad de la persona. Por esta vía se ensancha un círculo de intereses constitucionalmente amparados por la libre investigación de la paternidad".

⁵⁰¹ RDGRN de 18 de noviembre de 2008, 10ª, in: BMJ, año LXIII, 8 de diciembre de 2009; RDGRN de 20 de noviembre de 2008, 3ª, in: BMJ, año LXIII, 8 de diciembre de 2009; RDGRN de 21 de diciembre de 2011, 10ª, in: BMJ, año LXVI, 3 de mayo de 2012; RDGRN de 15 de abril de 2013, in: BMJ, año LXVII, de 1 de agosto de 2013; RDGRN de 17 de Febrero de 2014, in: BMJ, año LXVIII, 9 de julio de 2014; RDGRN de 27 de enero de 2014, in: BMJ, año LXVIII, 21 de mayo de 2014 .

reconocimientos de complacencia que se realizan al margen de la verdad biológica. Para ello las Resoluciones, no solo recuerdan las exigencias formales y materiales del artículo 124 del Código Civil,⁵⁰² además se pronuncian al respecto de la exigencia del criterio de veracidad material en los siguientes términos: “estos reconocimientos no serían inscribibles si hay datos objetivos que permitan estimarlos como reconocimientos de complacencia que no se ajustan a la realidad a la vista de que el principio de veracidad biológica es el inspirador de la regulación del Código civil en materia de filiación”⁵⁰³.

Según lo antedicho, especialmente importante resulta la aplicación de este principio de veracidad biológica para rechazar los llamados reconocimientos de complacencia, según las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Destacamos esta importancia porque entendemos que supone una consideración de la veracidad biológica como

⁵⁰² RDGRN de 6 de mayo de 2011, 5ª, in: BMJ, año LXVII, 7 de marzo de 2012: “Sin embargo, al margen de que los hechos alegados no aparecen acreditados por prueba alguna más allá de su mera alegación, es lo cierto que – sin necesidad de prejuzgar los mismos - si bien la filiación no matrimonial paterna, con arreglo a la ley española expresamente invocada por el recurrente, puede quedar determinada legalmente por el reconocimiento del padre, su validez y eficacia dependen de la concurrencia de una serie de requisitos tanto formales - su formalización ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público – como materiales - consentimiento expreso del representante legal del menor o incapaz reconocido o la aprobación judicial - que en este caso no han sido acreditados (cfr. artículo 120 nº1 y 124 del Código civil). Por tanto, tampoco puede ser estimado el recurso respecto del segundo de los motivos de denegación invocados por el Sr. Cónsul en su calificación”.

⁵⁰³ RDGRN de 10 de Enero de 2014, in: BMJ, año LXVIII, 30 de Enero de 2014; RDGRN de in: BMJ, año LXVIII, 21 de mayo de 2014. En este mismo sentido manifiesta también la RDGRN en resoluciones anteriores: “Hay que insistir en la idea de que la regulación de la filiación en el Código civil español se inspira en el principio de la veracidad biológica (principio reforzado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo y por la más reciente de 27 de octubre de 2005 que declaran la inconstitucionalidad de los artículos 136.1 y 133.1 del CC., respectivamente), de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad.” (RDGRN de 23 de diciembre de 2008, 10ª, in: BMJ, año LXIII, 8 de diciembre de 2009) En este mismo sentido se manifiesta la RDGRN de 19 de noviembre de 2008, 2ª, in: BMJ, año LXIII, 8 de diciembre de 2009: “Como la regulación de la filiación en el Código civil se inspira en el principio de la veracidad biológica, hay que entender que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando, como en este caso, hay en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduce que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad”.

principio más acorde con la protección del menor, exigida en la Constitución. Esta consideración primaria el principio de realidad material se da frente a otros criterios que pudieran justificar la admisión de tales reconocimientos de complacencia, como pudiera ser la paz familiar o la seguridad jurídica. De esta manera, en las resoluciones más recientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto régimen jurídico de la filiación va abriéndose camino y creciendo la aplicación del principio de veracidad biológica. También se desprende que este principio va conjugándose con otros que componen “la protección de los hijos” exigida por el artículo 39.2 de la Constitución en materia de libre investigación de la paternidad.

Esta tutela del principio de protección de los hijos como superior supone que el principio de seguridad jurídica establece límites en los cauces procedimentales para la modificación de la filiación determinada. En este sentido, la Dirección General de los Registros y el Notariado ha venido protegiendo la imposibilidad de retracción del reconocimiento⁵⁰⁴. Desde esta misma perspectiva debemos considerar también la protección que da la Dirección General de los Registros a la presunción matrimonial de paternidad frente a las declaraciones posteriores contrarias de alguno de los que constan como progenitores⁵⁰⁵. No se puede dejar de tener en cuenta que también la

⁵⁰⁴ RDGRN de 20 de abril de 2011, 1ª, in: BMJ, año LXVI, 29 de febrero de 2012: “En esta situación debe practicarse la inscripción en los términos acordados por el auto recurrido, aunque la retracción efectuada por el que dijo ser padre cuente con la conformidad de la madre, porque, en armonía con el carácter de interés público que tiene en el plano jurídico todo estado civil, las cuestiones relativas al mismo están, en principio sustraídas a la autonomía de la voluntad, lo que determina que no pueda darse relevancia a las decisiones de los interesados fuera de los supuestos permitidos por la legislación. Así, el declarante no puede después, ni aún con el consentimiento de la madre, renunciar a las consecuencias que su acto jurídico comporta ni arrepentirse o retractarse de su declaración evocándola. Esa doctrina tiene su reflejo expreso en los preceptos del Código, pues ni siquiera en el caso de que el reconocimiento se haya efectuado en un acto tan esencialmente revocable como el testamento es posible la revocación de dicho reconocimiento (Cfr. art. 741 Cc). Todo ello se entiende sin perjuicio de que los interesados puedan impugnar al filiación paterna en la correspondiente vía judicial”.

⁵⁰⁵ RDGRN de 5 de agosto de 2013, 52ª, in: BMJ, año LXVII, 18 de diciembre de 2013: “Siendo la madre casada y habiéndose producido el alumbramiento antes de que hubieran transcurrido trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, no procedería la inscripción de la filiación no matrimonial, dada la fuerza probatoria (cfr. Art. 113 CC.) de la presunción de paternidad del marido de la madre dispuesta por el artículo

seguridad jurídica supone una estabilidad en las relaciones familiares y una protección de los intereses del menor cuando queda fijado unos responsables de sus necesidades en el marco de las relaciones paterno-filiales. Sin duda, este interés del menor se incluiría y vendría protegido por el mismo interés público. También debemos de advertir que estaríamos ante una limitación que resulta específica del ámbito registral ya que sí cabría una vía judicial de impugnación de la paternidad.

En otros supuestos el interés del menor vendría antepuesto a criterios como el de veracidad biológica o el principio paulino de *Mater semper certa est etiam etiam si vulgo conceperit* reconocido en el artículo 10 de la ley de Reproducción asistida. Así, la Dirección General de los Registros y el Notariado, resolviendo supuestos específicos, como los de inscripción de una filiación por gestación sustitutiva practicadas en estados donde está admitida, supedita el mismo principio de veracidad biológica a la protección de los hijos⁵⁰⁶. Así la

116 del Código civil, salvo que fuese desvirtuada la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. Art. 385 LEC), la cual, por tratarse de presunción “iuris tantum” admite prueba en contrario. Sin embargo, la mera declaración de los promotores negando la filiación paterna respecto del marido de la madre no puede considerarse como prueba que tenga fuerza suficiente para destruirla...”. En este mismo sentido y con los mismos argumentos se pronuncia otra vez la Dirección General de los Registros en otra resolución de la misma fecha (RDGRN de 5 de agosto de 2013, 53ª, in: BMJ, año LXVII, 18 de diciembre de 2013). También en el mismo sentido se pronuncia la RDGRN de 20 de noviembre de 2008, 2ª, in: BMJ, año LXIII, 8 de diciembre de 2009 y la RDGRN de 19 de noviembre de 2008, 10ª, in: BMJ, año LXIII, 8 de diciembre de 2009; en tal resolución uno de los argumentos que aporta para no reconocer una inscripción en el registro de Honduras es la siguiente: “El primero de ellos se refiere al hecho de que la madre tenía contraído matrimonio al tiempo del nacimiento del hijo cuya inscripción se pretende y en el expediente no resulta destruida la presunción de paternidad del marido, ni consta que el matrimonio se hubiese disuelto antes del fallecimiento del marido acaecido, según se manifiesta, en 1999, ocho años después del nacimiento del hijo”.

⁵⁰⁶ En este sentido se pronuncia la DGRN el 3 de mayo del 2011 ante un supuesto de inscripción de una doble paternidad respecto de un hijo concebido mediante maternidad subrogada reconocida por el órgano jurisdiccional del Estado de California (E.E.U.U.), e inscrito en el órgano registral mencionado Estado: “Debe valorarse especialmente en el reconocimiento de la resolución judicial californiana que se ha respetado el interés superior del menor. En concreto, el hecho de que en la propia resolución se declare la custodia inmediata, total, conjunta, exclusiva, legal y física permanente de los padres internacionales, desde el momento del nacimiento de la menor”, aseguran que ésta recibirá la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño. Asimismo, la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad “ni los derechos financieros o similares con respecto al menor”, garantizan el

Dirección General aplica los mismos criterios que había aprobado en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 para estos supuestos. En esta instrucción se afirma: “Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida”. A este respecto resulta importante señalar como estos supuestos en los que se reconoce una discrepancia entre el criterio de veracidad biológica y el criterio de protección de los intereses del hijo, se circunscribe al supuesto de la reproducción asistida heteróloga. Supuesto que, como estudiaremos, el ordenamiento civil español prevé una atribución jurídica de la filiación, y les da un tratamiento cualitativamente distinto al resto de la filiación por naturaleza.

Debemos señalar también como, sin perder de vista la superioridad del interés del hijo, la DGRN en la primera resolución⁵⁰⁷ que dio en los casos comentados en el párrafo anterior incluía la necesidad de armonizar el principio de veracidad biológica con el de seguridad jurídica. No obstante, no podemos dejar de advertir que en este apartado, tratamos estas resoluciones únicamente

derecho de los menores de disponer de una filiación única, válida para todos los países. Se asegura de este modo el derecho del menor a gozar de una identidad única proclamado por el Tribunal de Justicia de la UE en sus sentencias de 2 de octubre de 2003 y de 14 de octubre de 2008” (RDGRN de 3 de mayo de 2011, 1ª, in: BMJ, año LXVII, 7 de marzo de 2012). En este mismo sentido se pronuncian muchas otras resoluciones, ponemos por ejemplo: RDGRN de 6 de mayo de 2011, 6ª, in: BMJ, año LXVII, 7 de marzo de 2012.

⁵⁰⁷ RDGRN de 18 de febrero de 2009, in Lex Nova Online: “En segundo lugar, pero no en menor importancia, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría también un perjuicio muy notable para la seguridad jurídica, valor superior de un ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 9 de la Constitución Española, en el contexto internacional. En efecto, un mismo caso podría ser resuelto de una manera distinta en Estados distintos, de modo que la situación jurídica válidamente creada y legalmente existente en un Estado resultaría inexistente y/o inválida en España. Ello no es deseable, pues las posiciones jurídicas de los particulares cambiarían de Estado a Estado, y se quebraría la coherencia de reglamentación de las situaciones privadas internacionales y su continuidad en el espacio, como ha subrayado recientemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJUE de 2 de octubre de 2003, García Avello, y STJUE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul). Por otra parte, en el contexto internacional, la realización efectiva de la “tutela judicial” exige que la solución jurídica alcanzada en un Estado sea segura, estable y continua...”.

en las materias relativas al principio de libre investigación de la paternidad. Por tanto, lo que respecta a la atribución y determinación de la paternidad lo dejamos para momentos posteriores de este trabajo de investigación, concretamente en el capítulo siguiente donde abordaremos específicamente estas materias.

En definitiva, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado más recientes ponen de manifiesto el principio de veracidad biológica como principio rector del ordenamiento civil que cobra preponderancia tras la reforma de la ley 11/81 de 13 de mayo. Pero además un estudio pormenorizado de la misma pone en evidencia que estamos ante una materia viva. También se desprende que el principio de veracidad biológica resulta de aplicación directa y como principio eficiente y eficaz para resolver numerosos conflictos en materia de filiación. No obstante este sería un principio ordenado al mismo interés del menor, lo cual supone una limitación con otros principios que entran en juego en esta materia, incluso de forma específica en el ámbito registral como hemos estudiado.

D) CONCLUSIONES RESPECTO AL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA

En conclusión, observamos una línea jurisprudencial cada vez más numerosa que entiende de una manera más amplia el derecho de libre investigación de la paternidad basándose en la verdad biológica. Entendemos que esta línea jurisprudencial supone una interpretación más armónica del derecho a la investigación de la paternidad con respecto de la protección del interés del hijo. Así, dentro del mismo *favor filii* se está incluyendo la verdad biológica como base para la determinación de la filiación, distinguiéndose cada vez más claramente los supuestos de filiación adoptiva y el de la inseminación artificial heteróloga.

Desde esta perspectiva jurisprudencial que ha ido ampliando el ejercicio judicial de la investigación de la paternidad y dando relevancia a la verdad

material frente a la formal entendemos muy apropiada la propuesta de Ferrer Riba: “En este orden de ideas y de conformidad con la doctrina del constitucional, parece recomendable ir hacia un sistema de determinación de la filiación muy abierto a la revelación de la verdad biológica...lo que proponemos es atribuir mayor autonomía al derecho de filiación –un derecho de filiación de funciones más reducidas- respecto de familia e incluso del de sucesiones. ...Un extremo, cabría pensar en dar más juego a las acciones meramente declarativas –hoy circunscritas al hijo adoptivo (art. 180.4 CC.)”⁵⁰⁸.

Según lo estudiado, la jurisprudencia ha ido evidenciando y ayudando a conformar un sistema jurídico de filiación que no es biologicista porque no pone la veracidad biológica como fin último. Sin embargo, cada vez más consagra la verdad biológica como un derecho a conocer y un bien para el menor en la mayoría de las circunstancias de cara a su protección. No obstante este principio de veracidad biológica se sigue conjugando con otros que ya estaban presentes previamente a la reforma del Código Civil en esta materia en 1981, nos referimos fundamentalmente a la paz familiar y la seguridad jurídica.

También desde esta reforma en materia de filiación de la ley 11/81 de 13 de mayo han ido apareciendo nuevas circunstancias, y otros principios y derechos que entran en concurso con el de la veracidad biológica. La actividad jurisprudencial desde una perspectiva constitucional ha ido articulando la aplicación de estos derechos y principios con el de veracidad biológica. Esta actividad jurisprudencial que da respuesta a la concurrencia de principios y derechos en materia de filiación ha pretendido atender fundamentalmente a la protección del hijo como fin que rige la actividad del juzgador. Toda esta concurrencia de derechos evidencia que la filiación es considerada como un hecho jurídico para el ordenamiento jurídico español, por más que en la mayor parte de los casos se inspire en la veracidad biológica. En definitiva también la jurisprudencia va encaminándose a que esta protección del hijo sea el principio inspirador último al que se dirija un derecho de filiación, que cobra cada vez más autonomía, precisamente por su propia complejidad.

⁵⁰⁸ Cfr. J. Ferrer, “paternidad genética...”, op. cit., p. 752.

1.4 Derecho a la libre investigación de la paternidad en el Derecho internacional suscrito por España.

Desde las declaraciones de derechos humanos hasta hoy han ido creciendo la legislación internacional en materia de derechos fundamentales respecto a los menores. Estos indudablemente abarcan la materia de la filiación y las relaciones paterno-filiales. También en las relaciones entre matrimonio y filiación, y en el matrimonio de menores han sentado principios de amplísima aceptación en el orden mundial y en nuestra legislación estatal. Esta legislación internacional, así como los principios legislativos han ido siendo acogidos y sentando las bases de la legislación estatal, de acuerdo con el art. 10.2 del texto constitucional.

Así encontramos los principios fundamentales en materia de filiación en las distintas declaraciones internacionales de derechos: 1) La Declaración Universal de Derechos Humanos, de Nueva York 10-12-1948 adoptada por resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas; 2) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Adoptado por la ONU el 16-12-1966⁵⁰⁹; 3) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la ONU el 16 del 12 de 1966, art. 24⁵¹⁰; 4) Convenio Sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea general de las naciones unidas el 20-11-1989⁵¹¹; 5) Convenio Europeo de Derechos Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación por España de 5 de enero de 1984.⁵¹² 6) Convenio nº 6 de la CIEC, Relativo a la Determinación de la Filiación Materna de Hijos no Matrimoniales. Instrumento de adhesión de 27 de enero de 1984⁵¹³. A demás, encontramos principios más específicos en cuestiones relativas a la filiación de gran

⁵⁰⁹ BOE n. 103, de 30 abril de 1977, instrumento de ratificación por España de 13 de abril de 1977.

⁵¹⁰ Ibidem.

⁵¹¹ BOE n. 313, de 31 de diciembre de 1990, instrumento de ratificación por España de 26 de enero de 1990.

⁵¹² BOE n. 243, de 10 de octubre de 1979.

⁵¹³ BOE n. 92, de 17 de abril de 1984.

trascendencia en acuerdos internacionales respecto de distintas materias concretas⁵¹⁴.

Todos estos textos internacionales han fijado los principios que han inspirado las reformas de la legislación de la filiación en la última mitad del siglo XX en los países desarrollados. Al haber sido suscritos por España, estos textos internacionales han aportado los principios y preceptos que han servido de base y de marco de aplicación de la regulación de la filiación que consta en la constitución y en la reforma de la ley 11/81 de 13 de mayo en materia de filiación. De especial importancia a la hora de fijar principios rectores en los ordenamientos seculares son: el derecho a la identidad del menor y derecho al Nombre⁵¹⁵, el derecho a la inscripción del nombre, el derecho del menor adquirir una nacionalidad⁵¹⁶, derecho a la no discriminación de los niños⁵¹⁷ y derecho a contraer matrimonio a partir de la edad núbil⁵¹⁸.

⁵¹⁴ Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Adoptada por la ONU el 18-12-1979 (BOE n.69, de 21 de marzo de 1984, instrumento de Ratificación por España de 5 de enero de 1984); Convención Sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la edad mínima para contraer y el registro de los matrimonios, adoptada por la ONU el 7 del 11 de 1962 (BOE n. 128, de 29 de mayo de 1969, instrumento de ratificación por España de 14 de abril de 1969); Convenio Número 6 de la Comisión internacional del Estado Civil, relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, firmado en Bruselas el 12 de septiembre de 1962 (BOE n.92, de 17 de abril de 1984, Instrumento de ratificación por España de 27 de Enero de 1984).

⁵¹⁵ Art. 8, Convención De Derechos Del Niño: “1. Los estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2.- Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán de prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (BOE n. 313, de 31 de diciembre de 1990); - Art.2 Convenio Número 6 de la Comisión internacional del Estado Civil, relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales: “Cuando la madre n ha sido designada en la inscripción de nacimiento, tendrá aquella la facultad de hacer una declaración de reconocimiento ante la autoridad competente de cada uno de los estados centrales”; - Art.3: “Cuando la madre ha sido designada en la inscripción de nacimiento y justifica que, no obstante, es necesaria una declaración de reconocimiento para satisfacer las exigencias de la ley de un estado no contratante, aquella tendrá la facultad de hacer tal declaración ante la autoridad competente de cada uno de los estados contratantes” (BOE n. 92, de 17 de abril de 1984).

⁵¹⁶ Art. 7, Convención De Derechos Del Niño., : “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. 2.- Los Estaos Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación

En el tema que nos ocupa, entendemos que tiene una especial importancia el artículo 8 de la Convención para la protección de los Derechos Humanos al regular el derecho a la identidad. Así pues, el derecho a la identidad resulta más amplio que el derecho al nombre, pues aunque éste derive del primero sería una de las concreciones del mismo. Sin duda, en este derecho a la identidad incluiría también el desarrollo de su personalidad y de relaciones con sus semejantes y con el mundo exterior, así como la estabilidad mental del menor y el respeto a su vida privada. Pues bien, desde estos bienes jurídicos protegidos se deriva el derecho a obtener las informaciones y los datos respecto de su identidad personal como serían la identidad de sus progenitores. En este sentido parece que se ha pronunciado también El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, en sentencia de 13 de febrero de 2003 (asunto Odièvre contra Francia)⁵¹⁹. En tal sentencia se primaba el derecho de una persona a conocer su origen frente al derecho de la madre de guardar secreto a cerca de su identidad haciendo un estudio comparado de distintos sistemas legislativos en la materia⁵²⁰.

nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apartida", (BOE n. 313, de 31 de diciembre de 1990).

⁵¹⁷ Art.2, Convención de Derechos del Niño., : "Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto de su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, color o sexo, el idioma la religión o la opción política o de otra índole, el origen nacional, político social, o posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño de sus padres o de sus representantes legales. 2.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o tutores o de sus familiares" (BOE n. 313, de 31 de diciembre de 1990).

⁵¹⁸ Art. 16 de la declaración universal de derechos humanos, donde se expresa: "Los Hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2) Solo mediante el libre y pleno consentimiento de los esposos podrá contraerse matrimonio" (BOE n. 103, de 30 abril de 1977; Instrumento de ratificación por España de 13 de abril de 1977).

⁵¹⁹ F. Rivero, "De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)", in: AC, nº 24 (9-15 jun.2003), p. 593; L. Zarraluqui, Derecho de Familia..., op. cit., p. 69.

⁵²⁰ Ibidem: "...El problema no es nuevo. El secreto de la maternidad va ligado en Francia a la posibilidad del parto anónimo, seguido de un abandono anónimo del recién nacido en un

En esta misma línea la sentencia del mismo tribunal de 13 de julio de 2006 en el caso *Jäggi c. Suiza*⁵²¹ admite un derecho a investigar la paternidad y conocer el propio origen más allá del establecimiento de lazos parentales, y por lo tanto del derecho a la vida familiar. Así, pasa a considerar el derecho al conocimiento dentro de lo que se consideraría vida privada y por tanto bajo la protección del artículo 8.1 del TEDH⁵²². Este derecho a la vida privada no podría entenderse equivalente a los derechos de la personalidad o de libre formación de la personalidad que irían más allá de la misma del artículo 10.1 de nuestra Constitución. Sin embargo, sí entroncaría con el derecho a la intimidad del artículo 18. 1 de nuestra Constitución, aunque ciertamente respecto de tal correspondencia se requiere un desarrollo jurisprudencial que actualmente no existe⁵²³.

'bureau d'abandon', cuyo origen parece hallarse en el "torno" que ya en la Edad Media había en la parte externa de los orfanatos".

⁵²¹ STEDH de 13 de Junio de 2006 (nº 58757/00): "25. The Court has held on numerous occasions that paternity proceedings fall within the scope of Article 8 (see *Mikuliaë*, cited above, § 51). In the instant case the Court is not called upon to determine whether the proceedings to establish parental ties between the applicant and his putative father concern "family life" within the meaning of Article 8, since in any event the right to know one's ascendants falls within the scope of the concept of "private life", which encompasses important aspects of one's personal identity, such as the identity of one's parents (see *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 29, ECHR 2003-III, and *Mikuliaë*, cited above, § 53). There appears, furthermore, to be no reason of principle why the notion of "private life" should be taken to exclude the determination of a legal or biological relationship between a child born out of wedlock and his natural father (see, *mutatis mutandis*, *Mikuliaë*, *ibid.*)".

⁵²² Esta misma línea jurisprudencial de considerar el derecho a investigar la paternidad y conocer el propio origen dentro del derecho a la intimidad que en el caso *Jäggi c. Suiza* se evidencia por la imposibilidad de establecer lazos familiares vendría sostenida por una corriente jurisprudencial anterior en el TEDH: *Van Kück v. Alemania* (. No 35968/97, § 69, TEDH 2003-VII), *Pretty v. El Reino Unido* (. No 2346/02, § 61, TEDH 2002-III), *Mikuliaë v. Croacia* (. no 53176/99, § 54, TEDH 2002-I), y *Bensaid v. el Reino Unido* (no. 44599/98, § 47, TEDH 2001-I).

⁵²³ L.J. Mieres Mieres, *Intimidad Personal y Familiar Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Elcano (Navarra) 2002, p. 37: "...Sin embargo, la protección del art. 8.1 CEDH no se extiende a cualquier manifestación de la autodeterminación individual, sino sólo aquellas que presenten un "vínculo directo e inmediato" con la vida privada, por lo que la protección del libre desarrollo de la personalidad a través del derecho a la intimidad no debe ser coextensa al alcance del principio proclamado en el art. 10.1 CE. Las SSTC 151 y 201/1997 pueden leerse en esta clave. La cuestión de si el Tribunal Constitucional dará el paso de incorporar explícitamente al ámbito del derecho la intimidad el derecho a desarrollar la propia vida privada sigue abierta, pero resulta deseable que así sea".

La última sentencia del Tribunal de Derechos Humanos en esta materia de la que tenemos constancia es de 6 de julio de 2010, el caso Backlund contra Finlandia. En ella se establece la necesidad de armonizar otros bienes jurídicos como el de la seguridad jurídica y el de la paz en las relaciones familiares con el derecho a investigar el origen biológico. En esta sentencia también se hace referencia al derecho a la igualdad para aplicar con efecto retroactivo estas normas⁵²⁴. Con ello se está reforzando claramente la consideración de la importancia del derecho a conocer el origen biológico.

Tanto de la legislación como de la jurisprudencia internacional estudiadas observamos como el derecho a la libre investigación de la paternidad, va más allá de la protección del hijo entendida como el ejercicio de los deberes de alimentos y el ejercicio de la patria potestad. Así mismo también se observa como el reconocimiento de este derecho a conocer la filiación biológica, va más allá de la determinación de nuevos lazos de parentesco. Fundamentalmente este derecho a conocer la filiación biológica viene integrado en el derecho a la identidad y a la vida privada protegidos por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el argumentario de la jurisprudencia del TEDH se complementa estos derechos a la identidad y a la vida privada con el art. 14 que protege el mismo derecho a la igualdad. En este sentido la misma legislación y jurisprudencia a nivel europeo sobre derechos humanos supone una apoyatura clara a un conocimiento de los propios orígenes más allá de la determinación de la paternidad que en principio sería un criterio de interpretación de nuestra propia legislación.

No obstante, este derecho a la vida privada no podría confundirse con la libertad de desarrollo de la propia personalidad que la Constitución no incluye bajo la protección del recurso de amparo⁵²⁵. Cuestión distinta es si este concepto

⁵²⁴ S. TEDH de 6 de julio de 2010 (Dda. Nº 36498/2005): “La ley era retroactiva para garantizar la igualdad de todos los hijos ante la Ley, imagen de su ascendencia. El plazo temporal de cinco años tan sólo atañía a los asuntos en que la paternidad debía ser establecida por una decisión judicial, y sigue todavía hoy siendo admisible que un padre reconozca a un hijo de este tipo”.

⁵²⁵ Vid. Apartado 2.2 del presente capítulo: “El principio de integridad física y moral y el derecho a conocer el propio origen”.

de vida privada se integraría dentro de la protección al derecho de la intimidad del artículo 18 de la Constitución. Nos sumamos a la consideración de Mieres al respecto: “La cuestión de si el Tribunal Constitucional dará el paso de incorporar explícitamente al ámbito del derecho la intimidad el derecho a desarrollar la propia vida privada sigue abierta, pero resulta deseable que así sea”⁵²⁶. Por otra parte, tampoco la jurisprudencia del TEDH considera la verdad biológica como el único fundamento de la filiación o la libre investigación de la personalidad como un derecho ilimitado. Como hemos estudiado, la jurisprudencia del alto tribunal ha puesto de manifiesto la necesidad de armonizar este derecho con otros como son la seguridad jurídica o la paz familiar. Esto ha supuesto reconocer límites al mismo derecho de libre investigación de la paternidad.

2 El derecho a conocer el origen biológico; principios constitucionales conexos

2.1.- Derecho a conocer el origen biológico al margen de la determinación de la filiación y sus efectos

A) EL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO Y SUS FUNDAMENTOS

Ya nos hemos referido a la diferencia entre paternidad y maternidad respecto de los progenitores. Como desarrollaremos al estudiar la determinación de la filiación, esta diferencia encuentra sus bases en la misma regulación de la filiación por naturaleza, y se da en diferentes supuestos de forma previa a la inseminación artificial. Esta diferencia entre padres y progenitores supone necesariamente el planteamiento de la cuestión del derecho al conocimiento del origen biológico. Efectivamente, como hemos

⁵²⁶ L.J. Mieres Mieres, *Intimidad Personal y Familiar Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Elcano (Navarra) 2002, p. 37

estudiado⁵²⁷, el planteamiento del derecho a conocer el origen biológico se basa en la misma praxis judicial. En estos campos se ha puesto en evidencia un interés respecto del conocimiento del propio origen, y de los progenitores más allá de los efectos propios de la filiación; incluso más allá de la determinación de la paternidad. Es importante evidenciar esta faceta práctica de las cuestiones relativas al conocimiento del propio origen, antes de adentrarnos en el tratamiento de la doctrina a la hora de considerar la base constitucional de un derecho a este conocimiento del origen biológico, así como sus límites. De esta manera nos damos cuenta de que no se trata de una cuestión especulativa, sino un intento de dar respuesta a una problemática que plantean las personas también en el fuero judicial.

Rivero, que se manifiesta a favor del derecho a conocer el propio origen afirma a este respecto: “En un plano estrictamente jurídico creo firmemente que toda persona tiene un derecho superior e inalienable a conocer su propio origen; derecho cuyo fundamento normativo va más allá del mero derecho constitucional a la libre investigación de la paternidad y maternidad del artículo 39.2 CE. Derecho aquél que, por cuanto acabo de razonar, puede considerarse como derecho fundamental de la persona y debe ser tratado y protegido en ese plano jurídico, con todas sus consecuencias”⁵²⁸. De esta manera, Rivero concibe el derecho al conocimiento del origen biológico en un sentido amplio. Es decir, no resultaría coherente interpretarlo de una manera formalista o restrictiva que encontrara en los supuestos de atribución jurídica de la relación paterno-filial un límite infranqueable.

Así, el mismo derecho a conocer el propio origen viene a ser una realización de otros derechos constitucionales a los que vienen intrínsecamente unido. El mismo autor afirma: “...el conocer el propio origen es un derecho fundamental de toda persona, relacionado (en cuanto que la determina) con su identidad de persona concreta y diferenciada de cualquier otra, individual y socialmente; por tanto, también con su propia personalidad, a cuya definición y

⁵²⁷ Vid. punto 1.3 Análisis jurisprudencial.

⁵²⁸ F. Rivero, “¿Mater semper...”, op. cit., p. 22.

desarrollo contribuye desde sus primeros estadios y en el futuro. Derecho igualmente relacionado con la dignidad de la persona y con su propia intimidad en sentido positivo, a la que afecta muy directamente. Su fundamento jurídico constitucional se halla, por tanto, al menos en los artículos 10, 16 y 18 de la C.E.”⁵²⁹. En este mismo sentido, otros autores ponen de manifiesto que resultaría incoherente que el de libre investigación de la paternidad no se comprendiera desde otros derechos consagrados en los citados artículos, a saber: el de libre desarrollo de la personalidad⁵³⁰, el derecho a la intimidad entendido de una forma positiva⁵³¹ y de forma más complexiva aún, desde el principio de libertad de conciencia del hijo⁵³². También distintos autores han señalado el derecho a la integridad física y moral recogido en el artículo 15 de la Constitución⁵³³.

B) POSTURAS MINIMALISTAS EN TORNO AL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO

Sin embargo, la doctrina no resulta unánime a la hora de reconocer un derecho al conocimiento del origen biológico más allá del principio de libre investigación de la paternidad del art. 39.2 CE. Un sector doctrinal⁵³⁴ considera

⁵²⁹ Ibidem., p. 23.

⁵³⁰ Vid. punto 2.3 “El principio de libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conocer el propio origen”.

⁵³¹ Vid. punto 2.4 “El derecho a la intimidad y el conocimiento del propio origen”.

⁵³² El mismo Rivero en la cita anterior hace referencia al art. 16 de la constitución que sería la base del derecho a la libertad de conciencia. No obstante nos encontramos con uno de los principios menos profundizados por la doctrina en la materia de determinación de la filiación. Es por ello que lo vamos a desarrollar seguidamente.

⁵³³ M. Garriga, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Navarra 2000, p. 248: “También el derecho a la integridad física y moral puede resultar vulnerado si se niega una persona la información sobre su origen, pues la falta de información puede dificultar diagnósticos y tratamientos médicos y también en tanto que la ignorancia sobre el propio origen puede dar lugar a problemas psicológicos (art. 15 CE). El conocimiento de la filiación de origen es también necesario para determinar la existencia de impedimentos matrimoniales y evitar relaciones incestuosas”. N. Magaldi, *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Madrid 2004, P. 69: “El derecho a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 CE podría también verse vulnerado si no se reconoce el acceso de toda persona al conocimiento de su identidad biológica, pues ello impediría o dificultaría diagnóstico o tratamientos médicos...”.

⁵³⁴ N. Magaldi, *Derecho a saber...*, op. cit., p. 73: “Por lo tanto, el derecho a conocer el propio origen biológico no sólo no está contemplado expresamente en el texto constitucional sino

la investigación de la filiación unida al fin del ejercicio de la patria potestad y al derecho de alimentos. Así, este sector doctrinal minimiza la vinculación del precepto constitucional contenido en el artículo 39.2 CE con el principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución y con los de libertad de conciencia del art. 16 y el derecho a la intimidad 18 de la Constitución. No obstante, la argumentación respecto del derecho a investigar el origen biológico como derecho fundamental basado en el libre desarrollo de la personalidad y en la libertad de conciencia. Sin embargo, niegan una relación entre los aspectos morales y psicológicos del *favor filii* en los que se fundamenta el derecho a conocer el origen biológico y los aspectos materiales del mismo que serían los únicos a los que se ordenaría el artículo 39.2 de acuerdo con esta postura doctrinal⁵³⁵.

En este mismo sentido Magaldi concluía que "...el derecho a conocer el origen biológico en sentido estricto en absoluto encuentra, no ya sólo su fundamento, sino ni tan siquiera un punto de apoyo en el art. 39 CE"⁵³⁶. En un sentido similar se pronuncia E. Roca que considera que la investigación de la

que, en mi opinión, es dudoso que pueda deducirse indirectamente de otros preceptos del mismo texto. No puede derivarse, claramente, ni del art. 1 ni del art. 39 CE. Su posible consideración como uno de los derechos de la personalidad y en consecuencia, como una faceta del libre desarrollo de la misma podría ser factible, pero por sí solo su anclaje en el art. 10.1 CE no le otorga mayores consecuencias al estarle vedado el acceso al amparo. Queda tan sólo la posibilidad de considerarlo incluido dentro del contenido del derecho a la intimidad consagrado en el art. 18 CE, lo que, en mi opinión, tampoco está claro. Lo cierto es que el TC no se ha pronunciado al respecto"; B. Sillero – C. Asensio, "La investigación de la paternidad: principio y derecho en nuestro ordenamiento jurídico", in: *Actualidad Civil, Sección Doctrina, 1998 Ref. XLV, T. IV*, p. 1083: "Por eso, desde la óptica del art. 39.2 in fine CE, no se puede argumentar la existencia de un mandato que ampare un derecho a conocer la carga biológica de una persona en relación con otra fuera de ese marco del derecho de filiación". En este mismo sentido se manifiesta: J. Delgado "Los consentimientos Relevantes en la fecundación asistida. En especial determinante de una paternidad que biológicamente no corresponde", in: *Congreso Mundial Vasco. La filiación a fines del S. XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid 1988, p.202.

⁵³⁵ N. Magaldi, "Derecho a saber...", op. cit., p. 64: "En mi opinión, sólo la segunda faceta (esto es, la vertiente espiritual vinculada al libre desarrollo de la personalidad) debe incluirse dentro del derecho a conocer el propio origen biológico en sentido estricto, puesto que el derecho a conocer el propio origen biológico hace hincapié en el mero hecho de conocer, en el simple right Know. Por el contrato, la dimensión material está cubierta en nuestro ordenamiento jurídico de forma específica, partiendo del art. 39 CE..."

⁵³⁶ En este sentido se manifiesta claramente Nuria Magaldi, citando a E. Roca: N. Magaldi, "Derecho a Saber...", op. cit., p. 72.

paternidad a la que se refiere el derecho contenido en el artículo 39.2 de la Constitución “no debe ser considerada como una finalidad en sí misma, se deduce de que se incluye después de imponer a los padres la obligación de prestar asistencia a sus hijos; por tanto, para alcanzar este objetivo, se admite la investigación de la paternidad”⁵³⁷. A esta conclusión llega citando la jurisprudencia Tribunal Constitucional que considera el derecho de libre investigación de la paternidad dentro de la protección integral del hijo menor⁵³⁸. De esta manera, se objeta que en los supuestos de atribución jurídica de la paternidad (adopción e inseminación artificial heteróloga), no se alteraría la determinación legal de la paternidad⁵³⁹. Por tanto, si se entiende la protección del hijo unida al ejercicio de la patria potestad, no se podría considerar que el derecho a conocer el origen biológico se desprenda del precepto constitucional del artículo 39.2 CE⁵⁴⁰.

Respecto de esta argumentación, entendemos que supondría un límite derivado de la concurrencia del derecho a conocer el origen biológico con otros derechos derivados de la misma protección integral del menor. En este sentido la praxis jurídica establece un orden prelativo donde priman los derechos derivados de la patria potestad de cara a la investigación y determinación de la paternidad. Frente a este interés superior del menor que supone la asistencia de los padres que reconoce el artículo 39.1 de la Constitución cedería el principio de verdad biológica, si realmente entrara en conflicto. También supondría un

⁵³⁷ Cfr. E. Roca, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, Madrid 1999, p. 245.

⁵³⁸ Ibidem.: “Esta interpretación ha sido la base de la STC de 7/1994, de 17 de enero, que consideró preferente la protección de los deberes derivados de la paternidad, a la del derecho a la intimidad del demandado en un pleito sobre reconocimiento de los deberes derivados de la paternidad, a la del derecho a la intimidad del demandado en un pleito sobre reconocimiento de la paternidad”.

⁵³⁹ E. Roca, *Familia y cambio social...*, op. cit, p. 246: “Otra cosa muy distinta es el derecho de que el interesado a conocer su propio origen, que tampoco parece que pueda ser identificado como derecho fundamental ya que cuando se admite la identificación del padre o madre genéticos, en los casos de la adopción (art. 129) o en los muy restringidos de la filiación asistida, ello se efectúa siempre sin romper la filiación establecida legalmente, a como en el caso del artículo 5.5 de la ley 35/1988”.

⁵⁴⁰ En este mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la resolución del recurso de constitucionalidad contra la ley de Reproducción asistida, como pasamos a estudiar más adelante cuando tratamos la cuestión del desarrollo jurisprudencial (STC 166/ 1999, 17 de junio [BOE núm. 162 de 08 de julio de 1999]).

orden de prevalencia por el cual “la protección integral de los hijos”, concepto invocado en el mismo artículo 39.2, resulta ser más amplio que el deber de los padres de “prestar asistencia de todo orden a los hijos”. Así la protección integral de los hijos no solo abarcaría los aspectos derivados de las relaciones paternofiliales, sino todos los aspectos identitarios y de libertad de conciencia⁵⁴¹. A este respecto E. Roca concluye “De este modo, aparentemente había que considerar que constitucionalmente las relaciones de paternidad /maternidad deberían tener como base principal la realidad biológica porque resulta más normal que sea padre o madre quien lo es biológicamente, aunque ello no va a excluir algunas matizaciones contenidas en la doctrina del Tribunal Constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”⁵⁴²

C) CONTRASTE DE LAS POSTURAS Y CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN

Atendiendo a lo estudiado en los puntos anteriores, consideramos que la protección del derecho a conocer el origen biológico se puede entender como una parte autónoma dentro del mismo derecho de protección integral de los hijos. Es decir, se trata de un aspecto de la protección de los hijos que hace referencia a derechos tales como los de la intimidad y la libertad de conciencia entendidas en un sentido positivo, así como de libre desarrollo de la personalidad. Por otra parte, es cierto que estos derechos no hacen referencia directa a la asistencia paterna y materna, por lo que no se trata de un derecho encaminado a la determinación de la patria potestad. En definitiva, no resultaría coherente desvincular estos derechos fundamentales del ámbito de la protección integral del hijo. Parece difícil en nuestra sociedad actual que la protección jurídica del hijo se limite a los aspectos puramente materiales y se

⁵⁴¹ A este respecto señala la STC 95/1999, 31 de mayo (BOE núm. 154 de 29 de junio de 1999): “autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas incluidas las pruebas biológicas, a la vez que sirven para la consecución perseguida con las normas constitucionales que impone la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación’ (art. 39.2 CE), y la obligación de los padres de ‘prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE)’”.

⁵⁴² E. Roca, *Libertad y Familia*, Valencia 2014, p. 127.

desatiendan aquellos aspectos relativos a la formación de su propia personalidad y su libertad de conciencia. En esta misma dirección, la STC de 7/1994 de 17 de enero⁵⁴³, tratando cuestiones relativas a la determinación de la paternidad, reconoce que el legislador constitucional ha colocado el derecho de la persona a conocer su verdad biológica a la misma altura que los demás derechos que suponen la protección del menor. Evidentemente este reconocimiento se debe a la importancia de la conciencia de la filiación biológica para el libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de conciencia del menor como principios jurídicos reconocidos en la Constitución.

A este respecto, no podemos dejar de considerar que la libre desarrollo de su personalidad, suponen un límite de la misma libertad de los padres a la hora de escoger su formación. Así se desprende claramente del artículo 27.2 de la Constitución cuando afirma que: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. De acuerdo a esta regulación constitucional la elección de la educación no podrá menoscabar el proceso de crecimiento y maduración integral del menor que incluye el principio de libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE. También, la libertad de conciencia y de pensamiento del artículo 16 supone un límite a la libertad de los padres a la hora de la formación. Tal limitación va surgiendo con el desarrollo y la evolución el proceso madurativo del menor que le va capacitando progresivamente para ejercer la libertad de conciencia⁵⁴⁴.

⁵⁴³ STC 7/1994, 17 de enero (BOE núm. 41 de 17 de febrero de 1994): “La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica”. No deja de ser interesante, como la sentencia habla de intereses del menor y no solo de deberes de los padres propios de la patria potestad. Así el concepto “intereses del menor” es mucho más amplio y en él se incluiría aquellos necesarios para la libre formación de la personalidad. Con lo cual se está vinculando el contenido del derecho de libre investigación de la paternidad del Art. 39.2ª CE. Al del 10.1 sobre libre formación de la personalidad.

⁵⁴⁴ C. Elías, *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva Constitucional*, Valencia 2002, pp.138-9.

En este sentido, se evidencia que el legislador constitucional antepone la “protección integral de los hijos” en la que se incluye el conocimiento del origen biológico, a otros derechos como la libertad de los padres para escoger la formación de los hijos. Por tanto, la relevancia de este derecho se daría tanto en relación a los progenitores como incluso en relación a los mismos padres legales. En esta línea se justifica legislación como la del Codi Civil de Catalunya en la que fija el deber de dar a conocer al hijo menor adoptado de su condición de hijo adoptivo⁵⁴⁵. Evidentemente, esto no obsta para que la misma legislación administre la concurrencia de derechos e intereses y encauce el ejercicio de estos derechos del menor consagrados en los artículos 10 y 16 del texto constitucional. En este sentido los primeros límites que nos encontraríamos serían los propios de la capacidad de obrar y capacidad procesal, así como las normas que regulan el ejercicio de la patria potestad. En el ejercicio del derecho a conocer el propio origen los límites jurídicos vienen fijados en la legislación sobre reclamación e impugnación de la filiación, adopción, así como la legislación que regula la adopción y las técnicas de reproducción asistida.

En este sentido entendemos que el derecho a la libertad de conciencia que supone el artículo 16 completaría desde una dimensión subjetiva, el mismo principio de libre formación de la personalidad del artículo 10 de la Constitución. Este mismo principio del artículo 16 de la Constitución, a diferencia del artículo 10 sí tendría una tutela judicial mediante el recurso de amparo. Además el mencionado principio del artículo 16 supondría la protección de aquellas razones que según la libertad ideológica y de conciencia de la persona le llevan a la necesidad del conocimiento del origen biológico. Estas propias razones de la persona que crean necesidad de conocer el origen biológico propio sería la base derecho subjetivo que vendría objetivado dentro del mismo artículo 16 de la Constitución, y que protege la libertad ideológica, o la más amplia libertad de conciencia.

⁵⁴⁵ Art. 235-5 CCC. “Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor”.

2.2.- El principio de integridad física y moral y el derecho a conocer el propio origen.

El artículo 15 de la Constitución afirma: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...” El conocimiento del propio origen tiene implicaciones claras dentro de la integridad física y moral. Así, es sobradamente conocido que el componente genético es determinante para poder detectar precozmente y prevenir diferentes enfermedades físicas y mentales⁵⁴⁶. Pero la integridad moral alcanzaría algo más que las enfermedades mentales y las patologías. Este principio reconocido en el artículo 15 de la Constitución incluye también aquellos componentes de la personalidad que pueden afectar en la propia psicología, autoestima y moralidad de la persona. Como hemos estudiado en el primer tema resulta un dato prejurídico claro el hecho de que el conocimiento de la filiación biológica y del propio origen resulta un dato relevante e importante en la propia psicología y personalidad del individuo. En cuanto a la importancia de cara a la integridad moral, entendemos que aquí resulta fundamental la aplicación del principio de libertad de conciencia con relación a la propia integridad moral. Este último informaría el principio de integridad moral y sería un criterio para su determinación en los casos concretos.

Desde un punto de vista de la doctrina Constitucionalista Magaldi⁵⁴⁷ ha puesto de manifiesto que las cuestiones de salud se solventan con el acceso a los datos biomédicos sin necesidad de acceder a la identidad. Sin embargo, en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida e Investigación Biomédica se ha aprobado expresamente la posibilidad de acceder a la identidad del donante por causas graves relacionadas con la salud o por causa de necesidad en un proceso penal. En este sentido sí que vemos implicado el principio de

⁵⁴⁶ N. Magaldi, “Derecho a saber...”, op. cit., p. 69; D. Jarufe, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas...*, op. cit, p. 343.

⁵⁴⁷ Ibidem.

integridad física y moral. A pesar de lo antedicho esta protección que otorgaría el artículo 15 de la Constitución en la vertiente física y psicológica abarcaría solamente casos concretos establecidos por la ley donde se explicita que podría resultar contrario a esta integridad de una forma clara y grave.

2.3.- El principio de libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conocer el propio origen.

El principio de libre desarrollo de la personalidad vendría positivado dentro del artículo 10 de la Constitución, como parte de un precepto que recoge dos principios inescindibles: “La dignidad de la persona”, que tiene un carácter estático y el “libre desarrollo de la personalidad” que tiene un carácter dinámico y en formación. No podría protegerse este derecho a la libre formación de la persona sin atender a la base axiológica que supone el derecho a la propia dignidad. La misma, tanto desde un punto de vista de su estructura ontológica, - el ser humano como ser diferente al resto de seres vivientes-, como de su estructura óptica, - cada ser humano como individuo distinto y único-, implican un derecho a conocer el propio origen del que parte su individualización y sociabilización⁵⁴⁸.

A este respecto, Quesada reconoce la importancia del origen en la individualización del sujeto y también la de esta individualización dentro de la vida y necesidades del hombre tanto psicológico, como médico y desde otros aspectos vitales: “El conocimiento del propio origen es uno de los elementos más relevantes de identificación de la persona, no sólo porque se puede individualizar a un sujeto sabiendo quienes son sus progenitores, lo cual comporta una carga genética determinada -de la que hoy se sabe perfectamente que trasciende a lo psicológico y es dato diferenciador respecto de otros

⁵⁴⁸ Esta conclusión viene recogida por Quesada tras realizar un estudio de la doctrina Alemana a este respecto: “...Por todo ello cabe considerar que el derecho a conocer el propio origen forma parte de la dignidad humana y (su ejercicio) contribuye al libre desarrollo de la personalidad” (M^a.C. Quesada, “El derecho (¿Constitucional?)...”, op. cit., p. 249 y 250).

individuos-..."⁵⁴⁹. En definitiva se trata de un elemento esencial desde los aspectos: psicológico, moral, biológico y en definitiva personal. Previamente a cualquier cuestión respecto de un derecho a la personalidad es razonable poder preguntarse por su propia identidad lo cual supone también el propio origen biológico⁵⁵⁰.

Según lo antedicho, el derecho a conocer el propio origen es uno de los que forman parte de la dignidad humana desde la que se debe de poder construir la propia personalidad en libertad⁵⁵¹. Por tanto, resulta esencial la tutela de su ejercicio en la dimensión dinámica de esta dignidad, a saber en el libre desarrollo de la personalidad, como reconocen diversos autores⁵⁵². Es

⁵⁴⁹ Cfr. *Ibidem* p. 256.

⁵⁵⁰ F. Rivero, "¿Mater semper... ", op. cit., in: *ADC L*, 1997, p. 22 y 23: "En este sentido, la protección de esa identidad ontológica y jurídica de la persona se sitúa al más alto nivel ético y jurídico, el más próximo a la vida por encima incluso de todos los otros bienes y valores y derechos fundamentales en tanto que *prius* lógico e imprescindible de los mismos. El derecho al respeto de la dignidad de la persona, a la libertad (cualquier libertad), a la intimidad, al honor, etc., requieren ir referidos a una persona concreta; y ésta vienen a su vez definida por su propia identidad o autorreferencial individual y social: ¿quién soy yo, ser libre, persona cuya dignidad y honor merecen respeto y están protegidos, etc.? -puede preguntarse cualquiera-. Si esto parece razonable, cómo no admitir que el primer derecho de toda persona sea el de conocer su propia identidad, quién es, qué datos individuales y sociales lo definen e individualizan frente a "los otros", de dónde viene (como presupuesto para conocer y definir su itinerario vital, biográfico, en el que se integran todas las demás acepciones jurídicas y derechos)".

⁵⁵¹ *Ibidem*. p. 22 y 23: "...el conocer el propio origen es un derecho fundamental de toda persona, relacionado (en cuanto que la determina) con su identidad de persona concreta y diferenciada de cualquier otra, individual y socialmente; por tanto, también con su propia personalidad, a cuya definición y desarrollo contribuye desde sus primeros estadios y en el futuro. Derecho relacionado igualmente con la dignidad de la persona...(cfr. STS, 15 de marzo de 1989)".

⁵⁵² M^a.C. Quesada, "El derecho (¿Constitucional?)..." , op. cit., Madrid 1994, p. 254: "Esta construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad halla su apoyo legal en el propio texto de la Constitución, cuyo art. 10 promulga los principios de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad. Pues bien, para hacer efectivo ese libre desarrollo de la personalidad, sin que sea lesionada la dignidad humana, tiene que admitirse que la fórmula constitucional "los inviolables que le son inherentes", recogida en el mismo art. 10, es una cláusula general abierta a través de la cual el ordenamiento tutela a la persona también en hipótesis no típicamente previstas, cuando así lo entiende o exige el sentir social...Semejante concepción o construcción de los denominados derechos de la personalidad me va permitir defender y sostener que el derecho al conocimiento a la determinación de la verdadera filiación es uno de ellos". A este respecto y refiriéndose específicamente a la adopción afirma Jarufe: "De todo lo expuesto, nos atrevemos a afirmar que en términos generales e independientemente del tratamiento de las filiaciones no biológicas (que

decir, en el proceso de formación y desarrollo de la personalidad cobra gran relevancia el conocimiento de aquellos factores que lo identifican como ser humano y lo individualizan del resto. Entre estos factores es indudable la importancia del origen biológico, no solo a nivel psicológico, como hemos estudiado previamente, sino también a nivel médico, moral y desde los distintos puntos de vista vital y social⁵⁵³.

Otra cuestión que resulta necesario plantearse sería la tutela judicial del derecho a conocer el origen biológico en el ámbito de los principios constitucionales en los que se sustenta. El hecho de que no sea posible instar el recurso de amparo⁵⁵⁴, en el caso de las normas del art. 10 y 39.2 CE., no obsta para su rango de principio director del ordenamiento jurídico⁵⁵⁵. Así pues, tales

veremos a continuación), aún antes de la reforma de 2007 en materia de adopción existe en el Derecho español un derecho a conocer los orígenes biológicos (tanto paterno como materno), que si bien no se encuentra regulado expresamente en la CE, sí es reconducible a otros derechos tales como el derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y al principio de libre investigación de la paternidad (art.39.2); reafirmado por las acciones de filiación, y el art. 767 de la LECiv; y refrendados, asdemas por la STS 776/1999” (D. Jarufe, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas ...*, op. cit., p. 331).

⁵⁵³ B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, 2007, p. 70: “En nuestra opinión la posibilidad de investigar la filiación y el libre desarrollo de la personalidad están indudablemente relacionados, baste recordar lo ya dicho en relación con la importancia psicológica del conocimiento del propio origen...”.

⁵⁵⁴ Así lo ha venido señalando el TC en base al contenido del artículo 53.2 C.E. (STC 57/1994, 28 de febrero [BOE núm. 71 de 24 de marzo de 1994] y STC 233/ 1993, 12 de julio [BOE núm. 192 de 12 de agosto de 1993]). A este respecto señala Magaldi haciéndose eco de la doctrina constitucionalista: “Su posible consideración como uno de los derechos de la personalidad y en consecuencia, como una faceta del libre desarrollo de la misma podría ser factible, pero por sí solo su anclaje en el art. 10.1 CE no le otorga mayores consecuencias, al estarle vedado el acceso al amparo” (N. Magaldi, “Derecho a saber...”, op. cit., p. 73)

⁵⁵⁵ B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación ...*, op. cit., Madrid, 2007, p. 69: “En relación con el libre desarrollo dela personalidad, el artículo 10 CE garantiza un derecho subjetivo de contenido genérico, relacionado con la libertad de acción, que puede ser invocado tanto en vía de recurso de inconstitucionalidad contra una ley que lo conculque, como en cualquier otra vía judicial, ya que la Constitución vincula a todos los poderes públicos (art. 9.1), que, por tanto, posible su tutela por los procedimientos ordinarios que existen para proteger cualquier derecho subjetivo ...El tribunal Constitucional ha manifestado que los principios generales plasmados en la Constitución, informadores de todo el ordenamiento jurídico, tienen valor aplicativo y no meramente programático, de modo que también lo tienen los valores y principios recogidos en el artículo 10, que quedan protegidos por el sistema de tutela establecido en el artículo 53.2 C.E”.

artículos han servido como base para declarar la inconstitucionalidad de varias normas del Código Civil⁵⁵⁶. No obstante, Gómez Bengoechea desde una postura favorable señala la necesidad de una actividad jurisprudencial y doctrinal a nivel constitucional para la consolidación del libre desarrollo de la personalidad como principio de aplicación directa en materia de derecho a conocer el propio origen⁵⁵⁷.

En definitiva, el derecho a la libre formación de la personalidad se fundamentaría en unas razones objetivas que estarían ancladas en última instancia en la dignidad de la persona. No obstante, la importancia de estas razones objetivas quedarían al socaire de las distintas concepciones filosófico-jurídicas respecto de la comprensión de la dignidad humana y la misma formación de la personalidad. No podemos olvidar que, cuando nos referimos a la terminología que componen la dignidad de la persona y el desarrollo de su personalidad, no estamos ante términos jurídicamente tasados. Es más, tales términos exigen un concepto de dignidad y de personalidad que exigen una

⁵⁵⁶ STC. 155/2005, 9 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 2005): "...sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción iuris et de iure, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (artículo 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (artículo 10.1 C.E.), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.I C.E) en su dimensión de acceso a la jurisdicción". - STC 273/2005, 27 de octubre (BOE núm. 285 de 29 de noviembre de 2005): "...Y añadimos que es en la medida en que ciertas pruebas biológicas han permitido determinar con precisión la paternidad cuando cobra todo su sentido el mandato del constituyente de que la Ley posibilite la investigación de la paternidad, cuya finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico - formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) ...En este sentido, en la ya citada STC 138/2005 hemos señalado que el mandato constituyente al legislador de posibilitar la investigación de la paternidad "guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como proyección de la persona" (FJ 4 ...)En suma, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de Estado no resulta compatible con el mandato del artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción".

⁵⁵⁷ B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación...*, op. cit., Madrid, 2007, p. 70: "es necesario, si no urgente, que tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina constitucionalista se pronuncien sobre esta cuestión, y al menos conveniente que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad empiecen a ser más utilizados y citados, aunque sea en vías diferentes al amparo constitucional, como principios generales fundadores de las decisiones judiciales".

concepción filosófica y antropológica, e incluso a un nivel de la ontología o metafísica. En este sentido, es cierto que, de acuerdo a lo estudiado en los párrafos anteriores, no resulta viable hablar de dignidad y de libre desarrollo de la personalidad sin incluir el derecho al conocimiento del propio origen. Sin embargo, la cuestión que nos estamos planteando es si bastaría para proteger jurídicamente y dar tutela judicial efectiva al derecho al conocimiento del origen biológico. Esta misma cuestión plantearía la siguiente ¿Cabría un principio que complementara o fuera más complejo de las razones, derechos e intereses en que se fundamenta el derecho a conocer el origen biológico?

Respondiendo a esta cuestión a partir de los presupuestos que hemos comentado, entendemos que el principio de dignidad de la persona y libre formación de la personalidad requiere de un complemento que proteja la subjetividad y las razones subjetivas que van más allá de las concepciones de dignidad y “formación de la personalidad”. A la postre, estos conceptos no son unívocos y por lo tanto resultan interpretables. Pero, más allá de estos conceptos, hay razones, derechos e intereses subjetivo que no dejan de ser dignos de protección al máximo nivel. Tales razones, derechos e intereses, sin duda, entran dentro de la “protección integral de los hijos” consagrada en el artículo 39.2 de nuestra Constitución; pero resultan distintos del deber de los padres respecto de los hijos derivados del ejercicio de la patria potestad y el derecho de alimentos. A este respecto podría plantearse que tanto el derecho a la intimidad entendido desde un punto de vista positivo, como el de libertad de conciencia alcanzarían una mayor ratio de derechos y motivaciones en referencia al derecho a conocer el origen biológico.

Sin embargo entendemos que el más amplio sería el derecho a la libertad de conciencia, pues no todos los elementos que relacionan el propio origen con la libre formación de la personalidad quedarían necesariamente en el ámbito de la intimidad en un sentido estricto. Al menos habría que contar con la autonomía de la voluntad de todos los sujetos implicados que podría ser coincidente. Además, y fundamentalmente, porque el derecho a la libertad de conciencia comprendería una valoración de la importancia de las razones para

conocer el propio origen. Este derecho de libertad de conciencia también comprendería la cuestión de si las mismas componen la dignidad personal, o la propia intimidad en relación con la formación de la personalidad. Ambos derechos, el de la intimidad y el de libertad de conciencia los estudiamos en apartados posteriores del mismo punto que estamos abordando⁵⁵⁸.

2.4.- El derecho a la intimidad y el conocimiento del propio origen.

El derecho a la intimidad personal y familiar se recoge en nuestra Constitución en el art.18, junto con el derecho al honor y el derecho a la propia imagen. Estos derechos también suponen un elemento a la hora de interpretar el contenido del propio derecho a la intimidad⁵⁵⁹. A partir de estos elementos cabría una interpretación del derecho a la intimidad que superaría un derecho a la reserva en los aspectos que pertenecen al ámbito individual y confidencial. Se puede entender este derecho a la reserva como un derecho a la intimidad entendido en sentido negativo. No obstante, también el derecho a la intimidad abarca un derecho a “controlar la información sobre uno mismo y las circunstancias relativas a su ámbito privado o íntimo”⁵⁶⁰. En este sentido, la corriente doctrinal que fundamenta el derecho a conocer el origen biológico en el derecho a la intimidad lo hace desde esta faceta positiva de derecho a conocer la intimidad. Desde esta misma faceta positiva, entienden que el origen

⁵⁵⁸ Vid.: 2.4.- El derecho a la intimidad y el conocimiento del propio origen; y 2.6.- El principio de libertad de conciencia y el derecho a conocer el propio origen.

⁵⁵⁹ D. Jarufe, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas...*, op. cit., p. 344: “En cuanto al art. 18 de la CE, cuyo texto protege el derecho a la intimidad, la doctrina maximalista estima que el anonimato del donante, y el no reconocimiento de los orígenes biológicos por parte del nacido, afecta el derecho de intimidad personal y familiar del niño; y dicho derecho, afirman, forma parte a su vez de otros derechos fundamentales, como son el honor y la propia imagen”.

⁵⁶⁰ Cfr. N. Magaldi, “Derecho a saber...”, op. cit., p. 68; M. Garriga, *La adopción y el derecho a conocer...*, op. cit., p. 249: “posibilidad de controlar la información acerca de uno mismo y, en este sentido, el conocimiento por cada persona de las circunstancias que constituyen su ámbito de lo privado o íntimo forma parte del derecho a la intimidad”.

biológico forma parte de esta información sobre uno mismo cuyo conocimiento resultaría un derecho fundamental como derecho a la intimidad⁵⁶¹.

Frente a este reconocimiento del derecho a conocer el origen biológico como parte del derecho a la intimidad del menor se ha opuesto la concurrencia con el mismo del derecho a la intimidad de los padres biológicos⁵⁶². Desde este planteamiento, el derecho a la intimidad de los progenitores se entiende de forma negativa, es decir como reserva. Sin embargo, consideramos que en estos casos habría que atender al principio de especial protección del interés del hijo (art. 39.2) de la Constitución. En este sentido compartimos la afirmación de Garriga que tratando esta cuestión en el ámbito de la adopción afirma refiriéndose a los progenitores: “en mi opinión el derecho no debe amparar la pretensión de los primeros pues mediante la procreación, dieron la vida a una persona a quien se debe garantizar la plenitud de sus derecho, entre los cuales está, según se ha argumentado, el de conocer su filmación de origen; en este contexto no puede condicionarse la posibilidad efectiva de su ejercicio al deseo de privacidad de los progenitores. Como ha apuntado algún autor, mantener la superioridad del derecho a la intimidad de los progenitores, supone algo así como afirmar que estos poseen derechos sobre sus hijos por el hecho de la procreación”⁵⁶³.

En esta línea que prima la protección del interés del hijo, tampoco debemos olvidar que al hablar del conocimiento del origen biológico no se cuestiona ni altera el régimen de patria potestad. Incluso en el caso de la determinación de la filiación de origen cuando hay adopción, tampoco se le reconocen efectos jurídicos a la paternidad natural. Así, el conocimiento del origen biológico, ha dejado de considerarse un hecho que altera la paz familiar y supone un obstáculo para el bien del hijo para ser considerado por el legislador cada vez más como un beneficio del hijo adoptivo. De esta manera se colige de normas recientes del art. 235-5 del Codi Civil de Catalunya cuando

⁵⁶¹ F. Rivero, “¿Mater semper...”, op. cit., p. 22; M. Garriga, *La adopción y el derecho a conocer...*, op. cit., p. 248 y 249.

⁵⁶² N. Magaldi, “Derecho a saber...”, op. cit., p. 69.

⁵⁶³ Cfr. M. Garriga, *La adopción y el derecho a conocer...*, op. cit., p. 249.

establece la obligatoriedad de comunicar al hijo adoptivo su condición de adoptado. En caso contrario nos encontraríamos con una norma que impone a los padres el informar del desajuste de la filiación biológica y jurídica y al mismo tiempo le impide el conocimiento de la biológica. Sin embargo en los casos de inseminación artificial heteróloga, considerada como filiación por naturaleza⁵⁶⁴ no se ha impuesto esta obligación.

Desde una perspectiva constitucionalista también se ha planteado la objeción de entender que esta concepción del derecho a la intimidad en sentido positivo se trataría de una forma de acceder al recurso de amparo a una situación que en realidad no le correspondería. La razón que se aduce es que estos supuestos de derechos de la intimidad en sentido positivo se corresponderían en realidad con el derecho de libre formación de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución y no al derecho a la intimidad del artículo 18. Como hemos estudiado no tiene acceso al recurso de amparo⁵⁶⁵.

Es cierto que en el caso del derecho a conocer el origen biológico sería coincidente el ámbito de aplicación del artículo 10.1 y 18 de la Constitución, en cuanto a su protección desde ambos derechos: el de libre formación de la personalidad y el de la intimidad. Pero, por lógica jurídica se evidencia que el hecho de que existan supuestos comunes no obsta para que también haya otros casos diferentes que corresponderían exclusivamente a uno de los dos derechos constitucionales invocados. A este respecto, hacemos notar como el concepto de formación de la personalidad abarcaría aspectos de la vida pública que por lo tanto no resultarían subsumibles en la protección a la intimidad. También el

⁵⁶⁴ Como se explicita en el ya citado Art. 253-3 CCC.

⁵⁶⁵ N. Magaldi, "Derecho a saber...", op. cit., p. 67-69; En este mismo sentido Magaldi señala unas diferencias notables entre el concepto de intimidad del artículo 18 CE y el de vida privada del artículo 8 CEDH, señalando la limitación del valor hermenéutico del mismo, atendiendo a un estudio de la jurisprudencia del T.C. Ella misma concluye: "Por lo tanto, la cuestión no es tan simple como afirmar, sobre la base de la jurisprudencia de Estrasburgo, que el alcance del derecho a la intimidad coincide con el libre desarrollo de la personalidad. Y no lo es porque nuestra Constitución tiene una estructura tal que ubica el principio al libre desarrollo de la personalidad dentro del Título relativo a los derechos fundamentales, pero fuera del núcleo de los derechos que, en virtud del art. 53 gozan de mayor protección constitucional a través del recurso de amparo".

derecho a la intimidad protegería supuestos que exceden lo que objetivamente se puede considerar derechos de la personalidad. Por tanto, el hecho de que el artículo 18 de la Constitución diera acceso al recurso de amparo al derecho a conocer el origen biológico, no supondría *per se* una desnaturalización de la ley o una contradicción de la *mens legislatoris*. Efectivamente, la legislación permite deducir que el derecho a conocer el origen biológico no resulta ilimitado, pero no se puede inducir una negación del acceso a tal recurso de amparo como parte del derecho a la intimidad entendido en sentido positivo⁵⁶⁶.

Según lo antedicho, si bien ambos derechos, -el de la intimidad y el de libre formación de la personalidad-, abarcan supuestos que no son comunes, resulta más amplia la protección que concedería el derecho a la intimidad. Esto se debería a que existirían razones que objetivamente serían cuestionables respecto de la formación de la personalidad y no respecto de la intimidad. El mismo hecho de conocer los apellidos y estirpe de procedencia en el caso de un adoptado que pertenece a una familia con unos apellidos podría ser cuestionado desde el punto de vista objetivo como un elemento relevante a la hora de la formación de la personalidad. Sin embargo, la importancia de este conocimiento resulta bastante más difícil de cuestionar que pertenece al ámbito de la intimidad y por tanto resulta digno de protección, tanto desde el punto de vista de la intimidad tanto en un sentido negativo, como positivo.

⁵⁶⁶ Así el ejemplo que presenta Mieres respecto de la modificación registral a fin de adecuar la anotación a la realidad del nuevo género aborda una cuestión relativa a la eficacia de la publicidad proporcionada por el asiento en el registro (L.J. Mieres Mieres, *Intimidad Personal y Familiar...*, op. cit, p. 37). Se trata, pues, de un supuesto muy distinto al derecho al conocimiento del origen biológico que no altera una situación de paternidad ya existente. En el supuesto del hijo adoptivo en el que existe determinación de la filiación respecto de los padres biológicos tampoco podemos olvidar que la paternidad, maternidad y filiación respecto de los padres biológicos tampoco surten los efectos propios de la misma. De esta manera, esta determinación en nada alteraría la filiación adoptiva ya determinada, ni tampoco alteraría el régimen de la paternidad o de la filiación. Por tanto, entendemos que también en estos casos también se podría considerar dentro del ámbito de la intimidad, si bien resultaría más discutible. Lo bien es cierto que el acceso a la determinación de la filiación en los casos de adopción vendría justificada directamente por el artículo 39.2 como libre investigación de la paternidad.

Cuestión distinta sería si todas las razones y motivaciones para proteger el derecho a conocer el origen biológico cabrían dentro del derecho a la intimidad. En definitiva, como hemos visto, este derecho vendría limitado objetivamente, de tal manera que no todo lo que supone la libre formación de la personalidad cabría dentro de este derecho a la intimidad. Pero entendemos que esta limitación del derecho a la intimidad iría más allá de la relación de estos derechos reconocidos en los artículos 10.1 y 18 de la Constitución. El motivo es que el derecho a la intimidad *strictu sensu* no cubriría la importancia que el individuo concede al conocimiento del origen biológico. Es decir, a la relevancia que el sujeto entiende que tiene de cara a su personalidad, dignidad y en definitiva en su propia vida. Entiéndase que no nos referimos a las motivaciones objetivas o subjetivas en sí, de lo que estamos hablando es de la valoración teórica y práctica. Por tanto, nos referimos también a la importancia que tiene para uno mismo el conocer su origen biológico tanto a nivel ideológico y teórico como en su historia personal. Esta valoración podría considerarse que excede desde un punto de vista objetivo tanto el derecho a la intimidad como el de libre formación de la personalidad y entra en un campo ideológico y de la conciencia. En este sentido, consideramos que la protección que otorga el artículo 16 incluiría las motivaciones referentes al derecho a la intimidad, pero iría más allá incluyendo otros aspectos y motivaciones del derecho a conocer el propio origen.

2.5.- El principio de libertad de conciencia y el derecho a conocer el propio origen.

El derecho a la libertad de conciencia tiene su base en el mismo artículo 16 de la Constitución al afirmar: "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades". Como se evidencia del texto constitucional no se trata de tres libertades que operan por separado en el tráfico jurídico; por el contrario, como señalan Bueno y Gutierrez, existe una "íntima relación entre los tres conceptos incluso manteniendo sus diferencias,

de forma que suele establecerse alguna derivación o inclusión entre ellos”⁵⁶⁷. En este sentido desde distintos autores se han incluido dentro de una misma libertad los diversos conceptos que se reconocen en el artículo 16 de la Constitución⁵⁶⁸. En nuestro caso utilizamos el término la libertad de conciencia, predicado por Llamazares⁵⁶⁹ dentro de la doctrina científica, como concepto jurídico que engloba las libertades reconocidas en el mencionado precepto constitucional. Entendemos que este concepto de libertad de conciencia sería una formulación idónea para referirnos a una cuestión como el derecho a conocer el origen biológico. La razón es que el referido derecho, aunque viene referido a lo ideológico, y puede guardar relación con las posiciones religiosas, se adentra dentro del ámbito de las creencias en un sentido amplio del término, y conecta directamente con el ámbito de la identidad personal.

De esta manera, según lo antedicho, la libertad de conciencia no debe de entenderse como el simple sumatorio de dos libertades aisladas como son la de pensamiento y la religiosa⁵⁷⁰. Más bien resultaría de la implicación de ambas y la coherencia vital interna y externa del individuo a estas ideas, creencias y sentimientos. En definitiva la libertad de conciencia protege un ámbito de la razón humana posibilitando a cada persona el formarse, actuar y afrontar su vida conforme a su propia concepción ideológica, ética y vital del mundo⁵⁷¹. En este sentido, el mismo Llamazares define la libertad ideológica y de conciencia

⁵⁶⁷ Cfr. S. Bueno – M.J. Gutierrez, *Proselitismo Religioso y Derecho*, Granada 2002, p. 191.

⁵⁶⁸ Ibidem, pp. 190-1: “Para Viladrich, por ejemplo, la libertad religiosa incluye la libertad ideológica y la libertad de conciencia, como una coronación; para Souto, el concepto englobante debería ser el de libertad de creencias; Llamazares, por su parte, prefiere hablar de libertad de conciencia para sistematizar su pensamiento en torno a la laicidad de la estructura jurídico – política”.

⁵⁶⁹ D. Llamazares, *Derecho de ella libertad de conciencia, 1: Libertad de conciencia y laicidad*, Madrid 1997, pp. 11-24.

⁵⁷⁰ J.A. Souto Paz, *Comunidad Política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, Madrid 2003, p. 252: “La Constitución eleva la libertad a la categoría de valor superior del ordenamiento jurídico. ...enumera diversas libertades, comenzando esta especialización por la libertad ideológica y religiosa. No existe, ciertamente, contradicción entre ambas denominaciones: la libertad es única, pero para garantizar aspectos concretos de la misma se hace especial hincapié en aquellos que, por vicisitudes históricas o por exigencias actuales, han merecido una protección específica...”.

⁵⁷¹ D. Llamazares, *Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia y Laicidad*, Tomo I, Madrid 2003, pp. 21 y 22.

como el derecho “a disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho; a la libre formación de la conciencia; a mantener unas y otras convicciones o creencias, así como a expresarlas o a silenciarlas; a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas”⁵⁷².

Por tanto, el derecho de libertad de conciencia protegería fundamentalmente la posibilidad y el compromiso de coherencia y responsabilidad con el propio ideario y orden axiológico. Así la libertad de ideológica o de conciencia tendría como objeto material “todo tipo de convicciones, ya sean religiosas o filosóficas, de signo positivo o negativo en que se fundamente cualquier cosmovisión del mundo”⁵⁷³ y por tanto también de persona y de uno mismo. En este sentido el derecho a la libertad ideológica y de conciencia se convierte en un derecho genérico que se concreta en otros que incluirían los de la propia identidad personal y los derechos a la educación o la información⁵⁷⁴. De esta manera la libertad de conciencia abarcaría tanto el aspecto estático como el aspecto evolutivo de esta identidad. Resulta pues evidente que dentro de este derecho a la identidad estaría incluido el derecho a conocer el propio origen como uno de los derechos propios de la identidad.

Además, resultaría incomprensible que se reconociera estos derechos tendentes a la propia autodeterminación en libertad de conciencia y no se reconociera la ordenación hacia los mismos de otro que puede resultar tan importante para estos como el conocimiento del propio origen. En este sentido,

⁵⁷² Ibidem.

⁵⁷³ Cfr. S. Pérez Álvarez, *La libertad ideológica ante los orígenes de la vida y la clonación en el marco de la UE*, Granada 2009, p. 47.

⁵⁷⁴ Ibidem., p. 48: “Desde el punto de vista de su “dimensión individual” la libertad ideológica es, junto a la dignidad humana, el prius ontológico del reconcentramiento jurídico de las denominadas “libertades del espíritu” que por ello precisamente, encuentran su fundamento y razón de ser en alguna de las manifestaciones de aquella libertad ...así por citar algunos ejemplos, cabe destacar que: 1º) Los derechos a la formación de la propia ideología o conciencia y a mantener unas u otras convicciones o creencias, es el fundamento del derecho a la salvaguarda de la identidad personal y de los derechos a la educación y a la información ...3º) Los derechos a comportarse de acuerdo con las propias convicciones y a no ser obligado a actuar en contradicción con ellas, constituye el fundamento del derecho a la objeción de conciencia y del derecho a elegir sobre la propia salud”.

Zarraluqui⁵⁷⁵, después de hacer un estudio exhaustivo todos los motivos de esta importancia, entre los que argumenta razones filosóficas, sociales, sanitarias, jurídico-personales y de coherencia, concluye: "...tiene una clara base y a evidente justificación y cuando menos digno de especial protección"⁵⁷⁶. Sin embargo, las razones que nos parecen más claras para la protección de este derecho a conocer el origen biológico son las mismas razones subjetivas que adquieren legitimidad y protección al amparo del mismo principio de libertad de conciencia. Estos motivos incluyen las razones objetivas que tradicionalmente se han esgrimido, pero no tienen que identificarse con las mismas necesariamente. En este sentido, la importancia de estas razones subjetivas, que podrían llegarse a calificar como "sentimientos", viene explicada y fundamentada actualmente desde las ciencias psicológicas e incluso de estudios empíricos de mayor alcance⁵⁷⁷. Por tanto, la justificación del derecho a conocer el origen biológico desde la libertad de conciencia desde el artículo 16 de la Constitución no resulta excluyente de otras razones al amparo de los artículos 10, 15 y 18 de la misma; pero esta justificación desde el artículo 16 de la Constitución abarcaría otros aspectos no contenidos en los otros artículos citados. De esta manera, los aspectos subjetivos, sentimientos y la valoración de los mismos en torno a la importancia que cada persona les concede entorno a su propio proceso personal y vital.

⁵⁷⁵ Cfr. L. Zarraluqui, *Derecho de Familia...*, op. cit., pp. 72-6.

⁵⁷⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 76

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 75: "Estos sentimientos, por otra parte, aunque no fueran reflexivos, quizá tienen un origen popular y tradicional, cuando la ciencia genética y las leyes de la herencia nos descubren que tienen contenido científico". En este mismo sentido encontramos abundantes investigaciones y bibliografía desde ciencias como la psicología y la pedagogía que explican desde un punto de vista científico la necesidad y la importancia de la investigación del origen biológico para muchas personas. Tales estudios han demostrado que se trata de una auténtica necesidad y que su importancia es real y no meramente una cuestión ideológica o de un momento de la evolución personal; Sirvan como ejemplos: - D. Bordzincky, R. Lang. Y D. Smith; "Parenting adopted children", in: *Hand Book of parenting*, Hillsdale, 1995, Vol.3, 209 a 232; D. Brodzinsky, M. Schechter; *The psychology of adoption*, Nueva York, 1990, 3-24; A. Sorosky, A. Baran, R. Pannor, *The adoption triangle accord*, Nueva York, 1984; C. Barajas, *La Adopción; una Guía para Padres*, Madrid 2001; V. Mirabent y E. Ricart, *Adopción y vínculo familiar, Crianza escolaridad y adolescencia en la adopción internacional*, Barcelona, 2005; J. A. Castillo, C. Pérez, V. Mirabent; *Adopción y paternidad, aportaciones de la investigación*, in: *Revista de Psicopatología y Salud Mental del niño y Adolescente*, Noviembre de 2006.

Según lo antes estudiado, encontramos en el derecho a la libertad de conciencia del artículo 16 de la Constitución un fundamento jurídico complejo de todas las motivaciones objetivas y subjetivas que hacen digno de protección el derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental. En este sentido, abarcaría sentimientos y razones subjetivas respecto de la importancia del conocimiento del origen biológico que no pueden reducirse al derecho a la intimidad o la integridad física y moral.

En este sentido, la intervención del derecho a la libertad de conciencia se constituye como base constitucional necesaria que, junto a los derechos de la personalidad y la intimidad, permite fundamentar el derecho a conocer el propio origen. Esto se entiende bien atendiendo a la propio contenido del derecho a la libertad de conciencia. A este respecto nos hacemos eco de la descripción de Llamazares cuando afirma: “El núcleo central del derecho de libertad de conciencia está integrado por los siguientes elementos: 1) Libertad ideológica, religiosa y de culto y, por tanto, de ideas y creencias religiosas y no religiosas (art. 16.1 CE); ...4) Derecho a comportarse de acuerdo con la propia coincidencia y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ella con independencia de que los motivos sean de índole religiosa, ética, filosófica, humanísticos u otros de la misma naturaleza. En este sentido amplio, la libertad de conciencia está, por tanto, implícitamente consagrada en el artículo 16.1 y 2 CE en relación con los artículos 10.1 y 1.1 del mismo texto constitucional...”⁵⁷⁸.

El mismo autor tras describir los elementos que forman el derecho a la libertad de conciencia diferencia 3 dimensiones de este derecho a la libertad de conciencia: “...Desde el punto de vista de su contenido, la libertad de conciencia tiene estas tres dimensiones: 1ª) Libertad de opiniones, ideas y creencias; 2ª) libertad para expresarlas y 3ª) Libertad para comportarse de acuerdo con ellas “No se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto concierne y a interpretar y enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los

⁵⁷⁸ Cfr. D. Llamazares, *Derecho a la libertad de Conciencia II*, Madrid 1977, p. 233.

poderes públicos". A este respecto Gonzalez Rivas⁵⁷⁹, se hace eco de distinta jurisprudencia que vincula el derecho a la libertad de conciencia con otros derechos relativos a la intimidad y la personalidad considerándolo integrante de la misma dignidad humana. La razón es que esta libertad de conciencia tiene como límite el orden público⁵⁸⁰ y por lo tanto no queda constreñida por concepciones previas a cerca de la personalidad y los elementos fundamentales que la componen.

⁵⁷⁹ J.J. Gonzalez Rivas, "Introducción y contenido constitucional del art. 16 de la Constitución Española: Aconfesionalidad y laicidad", in: *Pluralismo religioso y Estado de Derecho*, Madrid 2004, p. 31: "El art. 10.1 de la CE adquiere carácter de fundamento de la libertad de conciencia al definir que: "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social...La importancia y relevancia de la dignidad e la persona humana se contiene también en la jurisprudencia constitucional al destacar la STC nº 53/85, de 11 de abril: 'Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art.16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual moral inherente a la persona...'...También la STC nº 20/90 de 15 de febrero, en su fundamento jurídico cuarto, señala: 'que la libertad ideológica está reconocida en el art. 16.1 de la Constitución, por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art. 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales...'...Respecto de estos otros derechos se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional..." .

⁵⁸⁰ O. Salazar, "Las paradojas de la 'laicidad positiva' en la jurisprudencia del Tribunal Consititucional: ¿Confesionalidad encubierta o aconfesionalidad líquida?", in: *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales, las jurisprudencias nacional y europea*, Dr. G. Ruiz-Rico – J.J. Ruiz, Valencia 2015, p. 185: "En este sentido debería tenerse presente el límite del "orden público" que marca la Constitución y que reitera la LOLR...Desde este punto de vista, el concepto orden público nos remite a los "valores comunes" que hacen posible el orden público y la paz social (art.10.1 CE) y que deben servir, a su vez, para garantizar los "valores diferenciales". Es decir, como ha sellado el TC "los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son el fundamento del orden social, económico y político", "el sistema de valores que cimientan dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado" (STC 66/1995). En definitiva, los que hacen posible la justicia social y, a su vez, dan contenido a la dignidad del individuo"; A. López Sidro, "La libertad religiosa en el Derecho español entre la laicidad y el pluralismo", in: *La libertad religiosa en las sociedades...*, op. cit., p. 305: "Lo que tampoco puede constituir la laicidad, desde la concepción democrática, es un límite para el ejercicio de la libertad religiosa. El único límite que la propia Constitución establece al ejercicio de la libertad religiosa es el orden público propio de una sociedad democrática (art. 16.1 CE), interpretado como la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, la salud y la moralidad públicas (art. 3.1LOLR)".

Tampoco podemos olvidar que el artículo 16 de la Constitución entra dentro de los considerados como derechos fundamentales, por lo que sí tendría acceso a ser objeto de recurso de amparo de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución. Esto supone un plus de tutela judicial respecto del principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la Constitución que no contaría con esta posibilidad del recurso de amparo frente a una resolución judicial.

3.- Cauces procedimentales para el conocimiento del propio origen biológico

Previamente a desarrollar este apartado entendemos importante delimitar su contenido. No vamos a tratar aquí de los límites para el acceso al conocimiento del origen biológico en los distintos supuestos de determinación de la filiación jurídica que no resultan coincidentes con la biológica. Estos límites los abordaremos posteriormente al tratar la atribución de la filiación en estos supuestos, siguiendo el orden sistemático fijado en aras a hacer un estudio comparativo con el ordenamiento canónico. Nos ceñimos pues a los cauces procedimentales para ejercer el derecho a conocer el origen biológico.

En el ordenamiento civil, tanto en el Código Civil español y la Ley de Enjuiciamiento Civil como en el Codi Civil de Catalunya, no se reconoce otro cauce para conocer e investigar el origen biológico que el propio para reclamar o impugnar la paternidad, que hemos estudiado ya. Así, no cabe hablar de un cauce específico para el mero conocimiento de la filiación biológica. Las mismas acciones que tienden a investigar la paternidad mostrando su veracidad biológica afectarían a la esfera de la filiación legal, bien para determinarla, bien para variarla⁵⁸¹.

⁵⁸¹ M^a.C. Quesada, “El derecho (¿Constitucional?)...”, op. cit., p. 265.

Desde el Derecho civil español se plantea como una excepción la determinación de la filiación incestuosa. Así, de acuerdo con el artículo 125 del Código Civil, en el caso de que tras el proceso de investigación de la filiación resultara que los progenitores son hermanos o consanguíneos en línea recta, si la filiación estuviera determinada respecto de uno, no podría hacerse respecto del otro progenitor sin “previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz”. En consecuencia, salvo que el juez estimara oportuna la inscripción de esta filiación, la acción si serviría solamente para el conocimiento del origen biológico de los progenitores. La causa es clara, solamente con el permiso del juez que estimara oportuna la inscripción se daría lugar a la determinación de la filiación y a los efectos de la misma⁵⁸².

En este apartado sí que debemos hacer mención de la posibilidad de entablar acciones contra las instituciones que de manera indebida no den acceso a los datos referentes a los orígenes biológicos. A este respecto afirma Gómez Bengoechea: “...podría plantearse una reclamación de acceso a los datos ante el órgano jurisdiccional español similar a la que explicamos en su momento al estudiar la investigación de la paternidad en Derecho español”, tanto en casos de filiación natural como de filiación adoptiva, para los supuestos en los que la Administración española se niega a facilitar los datos y expedientes de niños separados de sus familias biológicas de los que dispone. Pero en este caso se trataría de un juicio ordinario contra los particulares que dispusieran de los datos, y para que ésta fuera posible quienes los custodian tendrían que haber negado el acceso a los mismos con anterioridad”⁵⁸³

Debemos concluir que la posibilidad de conocimiento del origen biológico, en la generalidad de los casos, queda circunscrita en el ámbito civil a los procesos de reclamación e impugnación de la filiación. Sin embargo, en los casos en que la ley entienda que la administración debe de dar acceso a estos datos relativos a la identidad de los progenitores sería posible establecer

⁵⁸² Ibidem.

⁵⁸³ B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación...*, op. cit., Madrid, 2007, p. 336.

acciones conducentes a hacer efectivo este derecho a los particulares. Resulta obvio que el procedimiento podría ser distinto atendiendo a si aquel que debe de dar acceso a estos datos es la administración o una entidad no pública. En el primer caso, ante la administración, habría que recurrir a un procedimiento contencioso administrativo, mientras que en caso de que fuera una entidad no pública cabría un procedimiento ante la jurisdicción civil. Tampoco podemos olvidar, como los procesos de la determinación de la filiación, cuando existe una adoptiva, no tiene aparejados los efectos propios de la paternidad y maternidad respecto de los progenitores.

En definitiva se perfilan cauces para la tutela judicial de un derecho a conocer el origen biológico en los casos en que está previsto por la ley, si bien el cauce más común son las acciones que tutelan la determinación de la paternidad. Sin embargo, vemos como desde el ámbito procesal, de forma incipiente, se va tutelando un derecho a conocer el origen biológico como protección del hijo en una esfera que va más allá de la determinación de la filiación y relaciones de parientes. Por tanto, también desde el ámbito procesal han ido apareciendo cauces jurídicos para investigar el origen biológico de manera desligada de la protección a los derechos de alimentos y educación del hijo y aquellos derivados de la patria potestad. En cierta manera supone como la praxis jurídica posibilita una protección del hijo de una manera más integral y que incluye aspectos como su propia identidad, intimidad y libertad de conciencia.

4. El principio de igualdad en razón del origen.

El punto de partida de la igualdad en razón de nacimiento en el Derecho civil español es sin duda el mismo principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución. El principio constitucional de igualdad de todas las personas exige eliminar cualquier discriminación por razón de nacimiento. Esto ha ido suponiendo la supresión de la clasificación de los hijos en legítimos e ilegítimos. Pero lo que quizás han sido pasos más importantes, han sido el

eliminar todos los efectos jurídicos de estas clasificaciones y posibilitar la libre investigación de la paternidad.

En consecuencia, la reforma que se operó en el Código Civil con la ley de 13 de mayo de 1981, supuso que la relación de la filiación con la unión de sus progenitores no comportara consecuencias discriminatorias; atendiendo a los principios constitucionales. Sin embargo, no ha supuesto una desvinculación de la consideración jurídica de la filiación y la consideración jurídica de la unión de los padres. Todo esto, como pasamos a estudiar, ha venido motivado porque, si bien las consecuencias de las distintas clases de filiación se han podido equiparar, otros aspectos, como el de la determinación, no, aunque en este caso no supongan una discriminación como estudiaremos.

En la legislación actual del CC. se ha suprimido las diferencias de los efectos jurídicos de la filiación equiparándose todos los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Para la consecución de este fin, la ley 11/1981 de 13 de mayo modificaba el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico, matrimonial. El objetivo en materia de filiación era principalmente la aplicación de los nuevos principios constitucionales. El espíritu de esta reforma en materia de filiación queda bien sintetizado en el art. 108 del Código Civil cuando afirma: "...La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este código".

Ciertamente el cambio de las antiguas categorías de filiación legítima e ilegítima, es un cambio estructural en la legislación civil de filiación. Además, resulta claro que ha sido bienvenido por toda la doctrina civilista, desde los sectores más avanzados a los más conservadores:

En este sentido, M. Albaladejo manifestó: "Se borran así dos discriminaciones que existían en la legislación anterior: Una puramente verbal, calificar, como se calificaba, a unos hijos de legítimos y a otros de ilegítimos, denominación sustituida ahora por la de matrimoniales y no matrimoniales;

otra, de fondo, dar, como se daba, menos derechos a unos hijos, los llamados ilegítimos, que a otros, los llamados legítimos... Pero ello no obsta a que, como los padres pueden estar casados entre sí o no, si no lo están; y no estándolo y teniéndolos, el hijo que tengan no puede sino ser no matrimonial". Por eso la filiación de padres conocidos es matrimonial o no matrimonial. Lo ofensivo sería llamarlos ilegítimos"⁵⁸⁴.

Por su parte, S. Rebullida manifiesta que: "Por exclusión, son hijos no matrimoniales los hijos por naturaleza de progenitores en los que no medie vínculo matrimonial...En cambio dentro de la filiación por naturaleza, la equiparación de efectos entre la matrimonial y la no matrimonial es casi absoluta; puede decirse que ocupa un primer puesto en el ranking internacional"⁵⁸⁵.

También Ogallar Ayllón, que incluso añade el planteamiento de eliminar todo adjetivo a la filiación: "Hoy los avances de la doctrina se orientan a quitar todo calificativo a los hijos, los que no son legítimos ni ilegítimos, sino simplemente nada más y nada menos que eso: hijos. ...Una de las innovaciones es la referente a la terminología. Ya no hay distinción entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales; no existe la cualidad de hijo legítimo no natural ni la legitimación por concesión soberana, que desaparece, y en lo sucesivo ya no habrá hijos legítimos e ilegítimos, sino una relación jurídica de filiación si bien diversificada con sujeción al artículo 108..."⁵⁸⁶.

En esta dirección se encuentra la normativa del Código Civil actual que pasa de la equiparación entre los hijos legítimos y aquellos que habían sido legitimados a un sistema de total igualdad. Es decir, los hijos que se matrimonializan pasan a ser matrimoniales sin más. En este sentido, el artículo 119 CC. manifiesta: "La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con

⁵⁸⁴ Cfr. M. Albaladejo, "Curso...", Barcelona, 1996, pp. 216-7.

⁵⁸⁵ Cfr. F. Sancho Rebullida, *Derecho Civil IV*, Barcelona, 1974, 602-4.

⁵⁸⁶ Cfr. Tomás Ogayar, "La regulación de la filiación...", op. Cit, 22.

posteridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación queda determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente. ...lo establecido en el párrafo anterior aprovechar, en su caso, a los descendientes del hijo fallecido". El cambio de terminología, -del término legitimar al de matrimonializar-, es operado por la misma doctrina civilista. Así Albaladejo habla de "hijos matrimonializados después de su nacimiento"⁵⁸⁷.

No podemos dejar de constatar, sin embargo, cómo siguen existiendo excepciones que en diferente medida suponen un trato desigual de los hijos en base a la relación de los padres: Otra categoría que sigue subsistiendo aunque de forma muy residual es la de hijo incestuoso. En este caso el art. 125 CC. habla de "Cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta". En este caso, la disposición es una justa y conveniente medida en aras a proteger la intimidad del menor. Lo que se evita, es hacer constar los nombres de ambos padres salvo en los casos en que beneficie al menor, y previa autorización del juez y con audiencia del ministerio fiscal.

No deja de ser llamativo como tras la reforma del 81 y hasta la reforma de la ley 15/ 2005 El art. 837 CC. Seguía considerando de manera implícita la categoría de hijo adulterino usando la expresión "sean hijos sólo de su consorte concebidos sólo constante el matrimonio de ambos". Con esta expresión se perjudicaba al hijo en su cuota sucesoria.

Actualmente, tampoco se ha equiparado la determinación de la misma filiación. No podemos decir, por tanto, que tales supongan un incumplimiento de los principios constitucionales de igualdad. Pues estamos hablando de un elemento necesario para que el derecho reconozca el mismo hecho de la filiación y para ello han de existir elementos necesarios para que exista una certeza jurídica de tal filiación. En el tema de la determinación de la filiación, resulta necesario su estudio y análisis para poder distinguir cuándo se producen las pruebas y condiciones necesarias para que el ordenamiento

⁵⁸⁷ M. Albaladejo, "Curso...", op. cit., p. 221.

jurídico reconozca el hecho mismo de la filiación, cuestión que hacemos más adelante.

Capítulo V.- LA ATRIBUCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN DERECHO CIVIL ESPAÑOL

1.- Distinción entre atribución, determinación y acreditación de la filiación en el Derecho estatal

Como ya hemos estudiado, en el Derecho civil de filiación, el vínculo natural de sangre que liga al progenitor con el generado ha de ser reconocido y normado por el Derecho para que exista una filiación jurídica⁵⁸⁸. Pero ¿qué ocurre en los supuestos en que el padre y/o la madre biológicos no son realmente los que constan ante la ley civil?; ¿y cuando nadie figura legalmente como progenitor del hijo? En estos casos la posición legal de padre y/o madre, no resultan ocupadas por quienes deberían; sino por quienes aparecen como progenitores para el Derecho secular, en el primer caso. En el segundo caso no resulta ocupada por nadie. Ciertamente que la contradicción entre filiación jurídica y natural, no es deseable para el Derecho civil, sin embargo ésta se puede dar en ocasiones. Así mismo esta es la base que supone la necesidad en el Derecho estatal de distinguir los conceptos de atribución de la filiación, determinación de la filiación y prueba o acreditación. Por el objeto de este trabajo de investigación nos interesan los conceptos de acreditación y prueba de la filiación.

Así, algunas de las contradicciones que podían existir en la normativa civil entre filiación natural y jurídica han sido superadas, nos referimos a los

⁵⁸⁸ M. Albaladejo, *Curso de derecho Civil IV*, Madrid 2013, p. 263: "Como para la biología, para nuestro Derecho actual, la filiación de sangre es el vínculo que se da entre generantes y generados. El estado jurídico de filiación se basa, pues en el vínculo natural de sangre (prescindiendo ahora de la adopción) y debe ligar, en principio, a todo generante con todo generado...No puede entenderse otra cosa a la vista del art. 112; según el que: "la filiación produce sus efectos [efectos jurídicos, es decir, filiación jurídica] desde que tiene lugar...". Ello obliga a admitir que para nuestra ley actual los efectos jurídicos de la filiación de sangre van ligados a ella, y, que mientras que se desconozca, no es que no se den en el fondo, sino únicamente que no apareciendo, no son exigibles judicialmente...". También vid.: M. C Quesada, *La determinación judicial de la filiación*, Barcelona 2012, p. 109; C.C. Castillo, "Filiación patria potestad e instituciones tutelares", in: *Curso básico de derecho de familia*, Valencia 2000, p. 127.

siguientes: - El art. 141 CC., que recogía la imposibilidad de investigar la paternidad por los hijos ilegítimos no naturales. También han sido consideradas por el Tribunal Supremo como inconstitucionales⁵⁸⁹ las restricciones del art. 47 Ley de Registro Civil de 1957 a la investigación de la maternidad, en los casos en que la madre casada de hijo natural hubiese mostrado su oposición⁵⁹⁰. En este mismo sentido debemos considerar las declaraciones de inconstitucionalidad de los arts. 133 y 136 del CC. que suponían restricciones ilegítimas al principio de libre investigación de la paternidad y a la impugnación de la misma. Pero no todas las discordancias entre filiación biológica y jurídica han sido suprimidas; Incluso han aparecido nuevas divergencias entre filiación natural y jurídica a partir de la ley del 81.

1.1.- Divergencias entre filiación biológica y jurídica en la norma civil española

Entre las normas que han mantenido las divergencias entre filiación jurídica y biológica encontramos la del art. 126 del C.C referente al reconocimiento del fallecido, que con buen criterio se condiciona su eficacia al consentimiento de sus descendientes. Pero también han surgido nuevas limitaciones al principio de veracidad biológica que han resultado en algunos casos debatidas por la doctrina. Nos referimos fundamentalmente a la

⁵⁸⁹ STS de 21 de septiembre de 1999 de 21 de septiembre (ROJ.: 5672/1999) in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexan.jsp> [6-11-2016]: "...en la actualidad y tras la vigencia de la Constitución de 1978 tal limitación ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada...siendo nulos los actos producidos bajo su cobertura...".

⁵⁹⁰ Circular de la DGRN de 2 de junio de 1981 (RCL 1981\1294 y ApNDL 11739), sobre consecuencias registrales del nuevo régimen de filiación, en su apartado I-C) se refería sucintamente a esta coincidencia que necesariamente debería existir entre el dato de maternidad y el parte o comprobación reglamentaria "...3) Sin embargo, 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 [RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375]), 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)".

excepción y contra-excepción a la presunción de paternidad del marido respecto del hijo nacido en los 180 primeros días del matrimonio, reconocida en el art. 117 CC. Así como al art. 118 CC. que en caso de separación, deja al acuerdo de voluntades de las partes la determinación de la paternidad y de la filiación matrimonial de los hijos habidos fuera de los plazos de presunción de filiación.

Como hemos visto al estudiar el principio de investigación de la paternidad, el principio de verdad biológica, si bien es un principio importante a la hora de determinar la filiación jurídica no se trata de un principio absoluto. Este principio de veracidad biológica queda limitado y mediatizado en nuestro sistema jurídico civil actual; en consecuencia podemos entender que: “No cabe duda del examen del articulado del Código, que el principio de la verdad biológica no es absoluto en nuestro Derecho, sino que se encuentra muy difuminado por la convergencia de otros principios como son la voluntad del reconocido (art. 123 CC), el presunto interés del mismo (art. 124 CC.), la voluntad –o el presunto interés de los sujetos afectados por el reconocimiento- (art. 126 CC.), la verdad sociológica (por la importancia excepcional que se concede, en vía judicial, a la posesión de estado), o la estabilidad del estado civil y familiar (por lo estrictos plazos de caducidad que se establecen, en algunos supuestos en las acciones de filiación)”⁵⁹¹.

Respecto a la disposición del artículo 117, parece muy acertada la opinión de Ogayar Ayllón al decir de los cónyuges que: “pueden éstos excluir de mutuo acuerdo la matrimonialidad de un hijo de concepción antenupcial, con lo que resulta que son los esposos los que califican a los hijos y no la ley, si ellos acuerdan que no es matrimonial, lo declaran así en forma auténtica, hay que atenerse a este acuerdo, con los peligros que tal convenio puede originar”⁵⁹². A este respecto, no resulta suficiente el que los plazos de la presunción vengán dados por la convivencia matrimonial y no por el mismo hecho del matrimonio; como constata la propia Dirección General de los

⁵⁹¹ J. Del Pozo, *El reconocimiento de la filiación*, Madrid 1993, pp. 21-2.

⁵⁹² Cfr. T. Ogayar, “La regulación de la filiación según la última reforma del código Civil”, in: *Simposio sobre Paternidad y filiación*, Valencia 1985, p. 30.

Registros y del Notariado⁵⁹³. Ciertamente esto no excluye la subjetividad que supone la disposición del art. 117 CC. sobre si el hijo nacido en los primeros 180 días del matrimonio es del marido o no. De hecho la única posibilidad que deja el citado artículo al padre biológico en caso de que el marido no excluya la presunción es la vía judicial. Además, el padre biológico tendrá que ejercitar una doble acción: impugnar la paternidad del marido y reclamar la suya, si bien puede ejercitarlas cumulativamente⁵⁹⁴.

Las consecuencias del artículo 118 CC. parecen claras, pues como afirma Albaladejo: “Aun faltando la presunción de paternidad del marido, a causa de que el hijo haya nacido trescientos días o más desde la separación legal o de hecho de los esposos,..., se estima que no obstante es él, el padre, luego que el hijo es matrimonial, cuando con el consentimiento de ambos cónyuges se inscriba el hijo como suyo, es decir como matrimonial”⁵⁹⁵.

A la hora de analizar las técnicas jurídicas empleadas por el legislador para proteger los intereses del menor, ha existido un sector doctrinal crítico. Las razones fundamentales han sido invocar los principios de igualdad y de racionalidad a la hora de evitar conflictos de intereses. Sirva como ejemplo los comentarios de Del Pozo: “...El código, con su sistema, parece ser que ha relegado, al menos en el ámbito extrajudicial, el principio de la verdad biológica por un interés muy digno de protección, el del hijo, pero que también se puede conseguir por otros caminos sin perjudicar a la verdad biológica.”⁵⁹⁶. Una crítica muy similar hace el mencionado autor al contenido del art. 126 CC. respecto de los requisitos legales de consentimiento del descendiente para el caso del reconocimiento de un fallecido⁵⁹⁷. En el análisis realizado se evidencia la

⁵⁹³ La Circular de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 2 de junio de 1981, para referirse al plazo final del Art. 117 C.C habla de: “comunidad de vida conyugal”.

⁵⁹⁴ J. Del Pozo, “el reconocimiento...”, op. cit., p. 20.

⁵⁹⁵ Cfr. M. Albaladejo, *Curso...*, op. cit., p. 212.

⁵⁹⁶ Cfr. J. Del Pozo, “el reconocimiento...”, op. cit., pp. 42-3.

⁵⁹⁷ *Ibidem.*, p.p 42-3: “Y es que el problema, a nuestro juicio, está mal planteado desde el principio. Una cosa es que el hijo haya dejado descendientes, y otra muy distinta es si el padre puede beneficiarse de la herencia de aquél. ...Estimamos que, en atención al principio de la verdad biológica, se debería haber permitido que el reconocimiento del hijo premuerto que su autor pudiese beneficiarse del tal determinación. De esta manera se podrían haber obtenido dos objetivos: la presunta verdad biológica (difícilmente un reconocimiento que

necesidad de armonizar el principio de veracidad biológica con otros principios que le son necesarios. Así, aparecen otros principios como la seguridad jurídica. En este sentido la seguridad jurídica se invoca como un límite al ajuste de la determinación de la paternidad jurídica a la verdad biológica⁵⁹⁸. Pero como hemos estudiado, que la consideran insuficiente si no se basa en otros bienes jurídicos a proteger, como es la paz y estabilidad familiar o el interés del menor⁵⁹⁹.

1.2.- Las divergencias entre filiación jurídica y biológica en la práctica jurídica

En esta cuestión Rivero, se hace eco de una inquietud y estudia en profundidad el fenómeno de los llamados reconocimientos de complacencia⁶⁰⁰, - reconocimientos de hijos, que no lo son biológicamente, a sabiendas-. A este respecto, un sector relevante de la doctrina española sostiene que la veracidad y

sólo puede causar perjuicios a su autor será un reconocimiento falso), y, si existen descendientes, su presunto interés (la determinación de la filiación no les causará perjuicio alguno). ...Lo mismo ocurre en el caso de que el padre hubiese otorgado, viviendo el hijo, reconocimiento testamentario. Si el hijo fallece antes que el padre, cuando este último fallezca será de aplicación el art. 126...”.

⁵⁹⁸ A este respecto Acebes, en distinto sentido al Del Pozo, se muestra crítico con la disposición del art. 112 C.C que prevé la retroactividad de la determinación de la filiación porque considera que prima la veracidad biológica frente a la seguridad jurídica afirmando: “...La literalidad del CC, sin embargo, permite que el hijo ejercite la acción de reclamación mucho tiempo después de haber obtenido el convencimiento de su filiación. Pero parece evidente que reclamaciones tan tardías son incompatibles con el principio constitucional de seguridad jurídica, ante el cual debe ceder el de verdad biológica, que tiene rango inferior. En suma, tal principio es la última ratio de que la acción del hijo para reclamar la filiación ha de estar sujeta a plazo de ejercicio...” (R. Acebes, “Diferencias de las acciones de filiación del código en materia de la legitimación activa, plazos y efectos”, in: *Revista Jurídica del Notariado*, n.70, 2009, pp. 20-1).

⁵⁹⁹ Vid. Cap. IV, ap. 1.1, pto. C) principio de libre investigación de la paternidad y sus límites.

⁶⁰⁰ F. Rivero, “Los reconocimientos de complacencia”, in: *ADC*, T. LVIII, F III, Madrid 2005; J. Ferrer Riba, “Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad”, in: *RJC*, n.3, Barcelona 2006, 754; J. Eekelar, “The interests of the child and the child’s wishes: the role of the dynamic self-determinism”, *IJLF* 8 (1994), pp. 47-58.

existencia de paternidad biológica eran requisitos necesarios para la validez del reconocimiento⁶⁰¹.

En el mencionado estudio de Rivero, se ha planteado como un auténtico problema para el Derecho del estado, por lo que implica de mendacidad y de desprecio por la verdad biológica: "...Debe tenerse en cuenta que el reconocimiento es un título de determinación de la filiación, de establecimiento legal de una filiación que el ordenamiento presume o supone que biológicamente existe, no una creación artificial a partir de una realidad inexistente. ... Por tanto, el reconocedor no crea nada ni puede inventar la filiación por naturaleza, porque no es una entelegia o ficción;...no cabe el reconocimiento conscientemente mendaz, creando una filiación conocidamente irreal"⁶⁰².

Algunos autores resultan menos decididos en esta dirección, considerando incluso que no es esencial en el reconocimiento la veracidad de la filiación⁶⁰³. A esta conclusión llegan fundamentalmente atendiendo al criterio compartido de que la realidad prejurídica de filiación no sólo viene determinada por la realidad biológica sino también por la realidad social. También argumentan que

⁶⁰¹ M. Albaladejo, *Curso ...*, op. cit., 220: "En cuanto a la realidad de la filiación biológica entre reconocedor y reconocido, es ella el propio presupuesto del instituto del reconocimiento. Y aunque no se exija prueba de ser cierta la filiación, y aunque de hecho, en la práctica pueda el reconocedor no ser de verdad padre del reconocido, e incluso saberse privadamente que no lo es, lo que no parece admisible es que legalmente quepa reconocer a quien consta de forma indudable y externa que no puede ser hijo de quien le reconoce, como si es persona mayor que éste por ejemplo"; M. Albaladejo, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona 1954, p. 127; J. Rams, *Elementos de Derecho Civil*, Madrid 2008, p. 330; Lledó Yagüe, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 2000, p. 437.

⁶⁰² Cfr. F. Rivero, "Los reconocimientos...", op. cit., 1055.

⁶⁰³ Un ejemplo de esta doctrina referida sería: Peña Bernaldo, *Comentarios a la reformas del derecho de familia*, Madrid 2000, 891: "En rigor, el reconocimiento es un medio de determinar la filiación y, por tanto, no puede decirse, en puridad, que su validez o eficacia dependa de que sea exacto"; Quicios Molina, *determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, Barcelona, 1997, 29 y 30; J.R. García Vicente, "Sentencia de 12 de julio de 2004: Impugnación de la paternidad matrimonial determinada en virtud de reconocimiento de complacencia", in: *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 67, 2005, pp. 439; J.R. García Vicente, "26 de noviembre de 2001: Impugnación de filiación matrimonial establecida en virtud de reconocimiento de complacencia. Autonomía de las acciones de los artículos 140 y 141 del Código Civil: su repercusión en el alcance de la cosa juzgada. Matrimonialidad sobrevenida por subsiguiente matrimonio", in: *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 59, 2002, pp. 587.

la filiación jurídica requiere una vía que la determine, bien sea en el registro, bien sea por sentencia judicial. Pero como afirma Rivero: “Esta nueva perspectiva plantea a su vez otra cuestión: si el peso y las exigencias de una realidad social concreta pueden justificar, y hasta qué punto, una reconsideración del hecho natural e imponer principios o criterios que inicialmente chocan con la valoración racional y jurídica de tal realidad natural, por contrarios a ella. Se trata de una cuestión de límites razonables en la relativa violentación”⁶⁰⁴.

También la jurisprudencia ha ido concretando los problemas de desajuste de la filiación biológica y legal en la cuestión de los límites a la investigación de la paternidad de los Arts. 133 y 136 del CC., como ya hemos estudiado⁶⁰⁵. Así mismo deberíamos incluir como una imposibilidad de ajustar la filiación jurídica con la biológica la prohibición de impugnar la filiación fijada por sentencia firme. Tal prohibición se contiene en el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y muestra un criterio concorde con los principios del ordenamiento jurídico secular; pero bien distinto al del ordenamiento canónico, en el cual las causas del estado de las personas nunca pasan a cosa juzgada, como hemos estudiado. No obstante estos desajustes, como concluye Rivero, existe una tendencia doctrinal que apuesta crecientemente por la consideración del criterio de verdad biológica en la determinación de la paternidad por reconocimiento⁶⁰⁶.

Sin embargo, resulta necesaria la distinción del concepto de atribución de la filiación natural y el de determinación de la filiación jurídica. Tal distinción

⁶⁰⁴ Cfr. F. Rivero, “¿Mater semper certa est?”, in: *ADC L*, Madrid 1997, p. 10.

⁶⁰⁵ Vid. Cap. IV, ap. 1.3.- Análisis jurisprudencial.

⁶⁰⁶ De todo el estudio jurisprudencial realizado entendemos que resulta un buen resumen la siguiente cita de Rivero: “No contradice la exigencia de una relación biológica subyacente a la filiación jurídica (por naturaleza) el hecho de que haya casos anómalos en que (excepcionalmente) no exista; o que tampoco la haya en las procreaciones asistidas con material genético de donante: en este caso la paternidad resultante es meramente formal, legal (civil), no la filiación por naturaleza que aquí consideramos. Esos supuestos son manifestaciones de algo distinto de lo que aquí abordo y no obstan a mi línea argumental. Pienso que sigue vigente la exigencia del aludido “elemento objetivo de la filiación”, y que su inexistencia en el reconocimiento de complacencia supone la falta de un elemento esencial del acto jurídico y de la filiación resultante” (F. Rivero, “Los reconocimientos...”, op. cit., p. 1072).

viene dada por un concepto de filiación jurídica que, más allá de la adopción e incluso del fenómeno de la inseminación artificial, no siempre resulta coincidente con la filiación biológica o por naturaleza. Este concepto de atribución resulta de gran utilidad para el Derecho canónico, debido a que en él no se contiene la categoría de filiación jurídica.

1.2.- Jurisprudencia respecto de la impugnación de la filiación jurídica por no coincidir con la biológica

Como acabamos de apuntar, la necesidad de esta distinción de la determinación de la filiación respecto de la atribución vendría reforzada por una línea jurisprudencial cada vez más clara. En estas sentencias se reconoce la posibilidad de una impugnación de la filiación a causa de su falta de coincidencia con la verdad biológica diferenciada de otra específica que afectaría al medio de determinación⁶⁰⁷. Así se reconocen como dos causas distintas de impugnación de la filiación que atacarían en el primer caso a la veracidad de la atribución de una filiación que no corresponde con la biológica y tendría su fundamento legal en los artículos 136 y 140 CC. En el segundo caso atacarían a la legitimidad del título de determinación de la misma, en este caso el reconocimiento, y tendría su base en los artículos 138 y 141 del CC. De esta manera se pone en evidencia que los títulos que dan lugar a la impugnación serían distintos. Mientras que uno sería la correspondencia a la realidad biológica, la atribución, el otro se correspondería al medio por el cual se produce a la aprehensión de esta realidad biológica y reconocimiento de sus efectos, la determinación de la filiación.

⁶⁰⁷ STS de 5 de julio de 2004 (RJ 2004 \5454); STS 5 de diciembre de 2008. Esta misma línea jurisprudencial también la encontramos en las SSTS de 28 de marzo de 1994 (RJ 1994 \2528) y de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003 \6227), y sentencia de 27 de mayo de 2004 (RJ 2004 \4265), pero en estos casos más que hablar explícitamente de título de determinación se argumenta la posibilidad de impugnar la filiación determinada por reconocimiento por no ajustarse con la verdad biológica, STS 318/2011 de 4 julio (ROJ 5546/2011), in: <http://www.poderjudicial.es/search/> [6-11-2016]; STS 751/2010 de 29 de noviembre, (ROJ: STS 6257/2010), in: <http://www.poderjudicial.es/search/> [6-11-2016].

2.- La atribución de la filiación

La definición de atribución de la filiación que nos da Peña Bernaldo De Quirós se contiene en los siguientes términos: “Pues bien, después de la reforma, en todo supuesto de filiación, sea paterna o materna, sea o no matrimonial, el título de constitución del estado de hijo es el hecho mismo de la generación. No siendo adoptiva la filiación, esta tiene lugar por naturaleza (Cf. art. 108 CC.)”, y “produce sus efectos desde que tiene lugar” (Cf. art. 112 CC.) La filiación, jurídicamente es un hecho biológico. No es, por tanto, la relación de filiación nunca efecto del reconocimiento materno ni efecto de reconocimiento paterno (con mayores o menores efectos retroactivos), o de la resolución, o de la sentencia que declare la filiación, o de la inscripción. Lo único que puede ocurrir es que los efectos jurídicos de la filiación, ya producidos, se descubran con la inscripción, con el reconocimiento, con la resolución, o con la sentencia. ...”⁶⁰⁸.

La misma idea también queda clara en la doctrina de Sancho Rebullida haciendo referencia directa al término atribución: “Es de tener en cuenta que la realidad biológica de la filiación procede de un arcano que puede no ser conocido o, al menos demostrado; particularmente la atribución de la paternidad; y que, al propio tiempo, sólo el conocimiento de la paternidad, de la maternidad y de su relación, puede fundamentar con plena certeza la calificación jurídica de la filiación”⁶⁰⁹. Doctrina que se ha mantenido por Rams Blesa⁶¹⁰ y que la entiende como fundamental para explicar la

⁶⁰⁸ Cfr. Peña Bernardo, “Sub art. 112 CC.”, in: *Comentarios a la reformas de derecho de familia*, Madrid 1984, pp. 828 y 829. Esta relevancia jurídica del hecho de la generación, que sería la atribución biológica de la filiación la explica de manera muy descriptiva Pérez Martín cuando afirma: “Como consecuencia de la procreación surge el nacimiento de un hijo o filii que desde el punto de vista biológico es un hecho natural pero que también tiene una perspectiva jurídica, ya que de la procreación se deriva el estado de filiación, es decir, la situación jurídica o posición que una persona ocupa dentro de la familia en calidad de hijo. Como señala Xavier O’Callaghan la filiación no es una institución creada por el ordenamiento jurídico, sino un hecho natural que el derecho acepta, reconoce y regula” (A. J. Pérez Martín, *Tratado de Derecho de Familia, T. IV, Acciones de Filiación, determinación, Reclamación e impugnación acciones derivadas del cambio de filiación*, Valladolid 2010, p. 24.

⁶⁰⁹ Cfr. F. Sancho Rebullida, *Derecho Civil IV*, Barcelona 1974 p. 606.

⁶¹⁰ J. Rams, *Elementos...*, op. cit., p. 299: “...Porque hay dificultades (menores ahora que en otro tiempo) para conocer o determinar con seguridad el origen biológico del hijo: sobre todo, quien es su padre, amén de las ocasiones en que no interesa, o no quieren los interesados, constar jurídicamente cuál sea la verdad biológica”. En este mismo sentido concreta aún más el mismo autor afirmando: “Tratándose de la filiación por naturaleza, y habida cuenta del principio realista que preside la concepción de esta filiación en el Cc., es evidente que el hecho determinante de la filiación jurídica es la procreación biológica, causa iuris fundamento básico de la misma. Mas el hecho de la paternidad, oculto de suyo y de no fácil

norma del art. 112 del Código Civil español cuando afirma que “la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos”⁶¹¹. De esta doctrina también se desprende de forma evidente la diferencia entre la atribución de la filiación respecto de su determinación, porque esta última consiste en las formulas que arbitra el ordenamiento jurídico para la aproximación a la realidad biológica.

En la misma dirección Gete-Alonso concreta cual es el hecho biológico que se ha de tener como atribución de la filiación cuando la atribución de la filiación es por biología: “Inicialmente, la relación jurídica de filiación toma como punto de partida el dato biológico —la generación— y genético —la coincidencia entre los titulares de las células que intervienen en la concepción y los que serán sujetos de la relación)”⁶¹².

En las definiciones de estos autores se evidencia la vigencia de la doctrina de De Castro. Este autor, distinguía entre tres acepciones de “Título de Estado”; y lo hace así para evitar confusiones, “Fáciles y frecuentes”. Así, diferencia entre: 1) Como “Causa Iuris” del estado civil: Título de adquisición; 2) como forma pública y solemne en que consta el estado Civil: Título de legitimación; 3) como documento o documentos, de cualquier clase, con los que se puede probar el estado civil: Título Probatorio⁶¹³.

Por tanto, al hablar de atribución de la filiación, en este trabajo de investigación, hemos de tener en cuenta que no nos referimos a un concepto jurídicamente tasado cual es la determinación de la filiación; sino que se trata de un concepto que se refiere a la filiación biológica. Las únicas excepciones

demostración, requiere de otros hechos o actos para acceder al mundo jurídico y dar lugar a la filiación (jurídica); ya que, por decisivo que sea, si no es conocido y establecido jurídicamente, no puede hacerse valer ni desarrollar la filiación sus amplios efectos. Además, por su importancia social, debe quedar fijado de manera segura y patente (art. 1.218 Cc.), proveyendo la ley mecanismos especiales (presunciones) para suplir la dificultad de prueba de aquel hecho *prima facie*...” (J. Rams, *Elementos ...*, op. cit., p. 305).

⁶¹¹ Ibidem, p. 305: “El medio de determinación no es título constitutivo de la misma, sino simple título declarativo, pues la filiación existía y pudo producir efectos, aun no constatada formalmente (en el mismo sentido Peña). Sólo así resulta congruente el art. 112 *la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos*”.

⁶¹² Cfr. M^a. C. Gete-Alonso – J. Solé, *Filiación y potestad parental*, Valencia 2015, p.18.

⁶¹³ F. de Castro *Derecho Civil de España T. II Derecho de la Persona*, 2008, p. 78, en la misma se recoge la edición del autor de Madrid 1952. A esta obra se refiere un amplio sector Doctrinal, por ejemplo: R. Verdura Server, *Determinación y Acreditación de la filiación*, Barcelona 1993; J. Rams, *Elementos...*, op. cit., p. 304: “la doctrina moderna (Peña, Cámara, Díez-Picazo, Gullón) apela a los conceptos de atribución y título de legitimación que empleó primero De Castro en relación al estado civil de la persona...”.

son: - la adopción que sí sería un supuesto de atribución jurídica de la paternidad, en el supuesto de la adopción plena; - la filiación por consentimiento a la inseminación artificial heteróloga, en el caso del Derecho secular⁶¹⁴. En el ordenamiento civil, como hemos visto, tiene un orden prelativo de bienes jurídicos protegidos que tendría al frente del mismo estaría el mismo bien del menor. A este respecto, por la naturaleza y función del ordenamiento secular tiene la misión de concretar este bien del menor y de posibilitarlo en la praxis del tráfico jurídico y en la vida como ciudadano. En consecuencia, el Derecho civil requiere una aproximación y aprehensión o constatación del hecho natural de la filiación⁶¹⁵, tal proceso se denomina determinación jurídica, como veremos posteriormente.

3.- La determinación civil de la filiación

La determinación de la filiación consiste fundamentalmente en las diversas fórmulas de aproximación, admisión y constancia jurídica a la realidad de la filiación⁶¹⁶. Traducido a un lenguaje conceptual filosófico sería una aprehensión de la filiación biológica por el orden jurídico. En los casos en los que existe una atribución jurídica, como es el caso de la adopción y del consentimiento a la reproducción asistida, esta aprehensión como reconocimiento y constancia se daría también respecto del negocio jurídico que

⁶¹⁴ J. Rams, *Elementos...*, op. cit., p. 300: "La no coincidencia entre relación biológica y jurídica de la filiación se pone de manifiesto con la existencia de dos realidades: de una, en la nueva filiación adoptiva (art.108 Cc), una clase de filiación equiparada en su funcionalidad y efectos a la función biológica o 'por naturaleza' (Ley 11 noviembre de 1987) y, de otra, el hecho de las procreaciones asistidas con donación de gametos, que plantea el problema de determinar quién es el padre, o la madre, o ambos". M^a. C. Gete-Alonso – J. Solé, *Filiación...*, op. cit., p. 18: "Sin embargo, jurídicamente, tal correspondencia puede no darse e incluso puede crearse por la norma, dando lugar a que se pueda hablar de relación de filiación jurídica donde en la naturaleza no existe. Esta circunstancia da lugar a que se distingan, jurídicamente, clases de filiación que se regulan, en algunos aspectos, de manera diferenciada dados sus caracteres".

⁶¹⁵ M^a.M. Ales Uría, *El derecho a la identidad en la filiación*, Valencia 2012, p. 18: "El Derecho, a su vez, no crea el vínculo biológico, sino que lo califica y, en esta dialéctica entre naturaleza y norma, el vínculo biológico, paralelamente, no crea per se la relación jurídica".

⁶¹⁶ M^a. C Quesada, *La determinación...*, op. cit., p. 109: "Es decir, de algún modo previsto en la ley se tiene que haber hecho constar la relación paterno-filial. Esta es la función de los llamados medios de determinación de la filiación "

atribuye la filiación⁶¹⁷. Estas fórmulas de aprehensión de la realidad biológica y los consecuentes criterios de la calificación jurídica, es a la que denominamos determinación de la filiación⁶¹⁸. El Código Civil, tras la reforma de 1981, reconoce y utiliza este término de *determinación de la filiación*, al igual que el de la prueba. Lo que sucede es que en el articulado algunas veces aparece mezclado o confundido con el concepto de prueba.

Albaladejo afirma: “A pesar de que la suya biológica pueda ser otra, la ley no puede sino estimar que a cada persona le corresponde la filiación que resulte legalmente determinada para ella, y esta es la que jurídicamente vale para tal persona hasta que legalmente se establezca – si es que llega a establecerse- otra, que pasará entonces a ser su filiación ante el derecho”⁶¹⁹. Por tanto, aunque de acuerdo con el mencionado artículo 112 del Código Civil español los efectos de la filiación son retroactivos hasta el momento en que se produjo, para que surta eficacia jurídica esta filiación debe de haber sido determinada legalmente. Esto se desprende del mismo artículo⁶²⁰. En consecuencia, también la determinación de la filiación formaría parte de los llamados “títulos de constitución” según la terminología de De Castro. Así, si la

⁶¹⁷ E. Roca, *Libertad y familia*, Valencia 2014, p. 137 “De aquí que haya que concluir que en los planteamientos constitucionales, la paternidad biológica es la preferente en cuanto a la constitución de las relaciones paterno-filiales, pero ello no impide paternidades formales, como ocurre en los casos de la adopción y la filiación consecuencia de la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Así, de la STC 138/2005, se deduce que para que una paternidad formal se ajuste a las reglas constitucionales, o bien debe ser buscada, es decir, voluntaria, como sucede en los dos casos antes citados, o bien debe consentida conscientemente. Esta última posibilidad llevará a otro problema como es el reconocimiento de conveniencia, al que me voy a referir a continuación”.

⁶¹⁸ En este sentido, basándonos en la doctrina de Peña Bernaldo, Sancho Rebullida o Rams Blesa o Gete-Alonso..., entendemos que el término determinación de la filiación, tal y como lo utiliza el código civil en los artículos 150 y 120, se derivaría de la doctrina de De Castro del llamado “título legitimación” respecto del estado civil. En cambio consideramos que el “título de adquisición” en la doctrina de De Castro equivaldría al concepto de “atribución” como causa iuris, que puede ser de naturaleza biológica o un negocio jurídico. De esta manera conservamos la distinción necesaria de atribución y determinación de la filiación. Tal distinción resulta un elemento lógico y jurídico fundamental para poder hacer una adecuada aproximación comparativa y articulación de los ordenamientos civil y canónico.

⁶¹⁹ M Albaladejo, “Curso...”, op. cit., Madrid, p. 253.

⁶²⁰ M^a. C Quesada, *La determinación...*, op. dit., p. 109: “La determinación de la filiación de una persona es presupuesto necesario para que la filiación produzca efectos en el ámbito jurídico, porque como la relación biológica que existe entre padres e hijos no es perceptible por los sentidos de modo directo e inmediato, por seguridad jurídica, para poder hacer valer los derechos derivados de la filiación esta ha de estar legalmente determinada”.

atribución de la filiación sería el sustrato prejurídico de este “título de constitución”, la determinación sería el elemento jurídico del mismo

No obstante de lo antedicho, No podemos compartir, la afirmación del profesor Montés cuando dice: “La determinación tiene carácter constitutivo de tal manera que puede decirse que antes de la determinación no hay, en puridad, relación jurídica de filiación, a pesar del sentir popular”⁶²¹. Esta consideración de la determinación entendemos que, ignora la existencia de una filiación biológica lo que supondría un margen de discrecionalidad en el Derecho secular que dificultaría la conjugación con el Derecho canónico.

Llegados a este punto debemos pasar al estudio de los medios de determinación de la filiación que están previstos en nuestro Derecho civil. No sin antes aclarar que al hablar de la determinación de la filiación vamos a utilizar la nomenclatura y orden sistemático del mismo Código Civil. De esta manera supeditamos a la misma la distinción entre títulos de determinación y legitimación de la filiación que se derivaría de la doctrina de De Castro a la nomenclatura y orden sistemático del Código Civil⁶²². Desde este orden del Código, y su propia terminología, nos centramos en los medios de

⁶²¹ V.L. Montés Penadés, “La filiación (I). La filiación en general”; in: *Derecho de Familia*, Valencia, 1991, p. 36. Esta consideración de una total independencia entre la relación de paternidad y maternidad con el hecho biológico de la generación ha ido matizándose, incluso en las posiciones minimalistas respecto a la importancia de la veracidad natural. No obstante la distinción radical entre progenitor y padre o madre reservando este término en exclusiva al derecho como si no fuera el reconocimiento de unos hechos biológicos y sociales que constituyen un fenómeno pre jurídico tampoco nos resulta compatible con la necesaria relación entre verdad material y bien del hijo en materia de derecho de filiación, un ejemplo de esto lo recoge Ales Uría al afirmar: “Biológicamente, progenitor es aquél o aquélla que han tenido autoría en la procreación de un individuo. Jurídicamente, padre y madre son aquellas personas que cumplen con el conjunto de deberes y se benefician de los correlativos derechos que la cultura, la sociedad y el ordenamiento jurídico imponen. Progenitor es un término biológico; padre es una categoría jurídica” (M. Ales Uría, *El derecho...*, op. cit., p. 41).

⁶²² R. Verdura, “sub art. 108”, in: *Comentarios al Código de Derecho Civil*, Valencia 2013 , p. 1119: “Filiación determinada es la que ha quedado establecida con arreglo a alguno de los mecanismos de determinación de la filiación, previstos en los arts. 115 y 120 CC. Filiación no determinada es la que no ha sido proclamada oficialmente por no haberse verificado ninguno de los medios de determinación de la filiación...Filiación acreditada es aquella en la que, con independencia de haber sido o no determinada la filiación, concurre uno de los mecanismos de acreditación de la filiación, previstos en el art. 113 CC.”.

determinación de la filiación; pero entendemos que siguiéndolo resulta más comprensible la sistemática y la racionalidad del Código Civil en esta materia.

En este sentido, y también previamente a este desarrollo, ya advertimos que existen diferencias fundamentales en el sistema de determinación de la filiación del Código Civil español respecto del sistema del Código Civil de Catalunya. La más sobresaliente sería que mientras que el Código Civil, distingue entre los medios para determinar la filiación matrimonial, y los medios para la filiación no matrimonial, el Codi Civil de Catalunya no hace esta distinción y contiene un sistema de medios unificado.

3.1 Medios de determinación de la filiación en el Código Civil

Como acabamos de expresar, el sistema de determinación de la filiación del Código Civil se basa en la clasificación de la filiación como matrimonial o extramatrimonial. Por ello, previamente tenemos que aclarar que esta clasificación, y por tanto la posibilidad de aplicar unos medios u otros para determinar la filiación, resulta indisponible por los progenitores más allá del hecho de contraer matrimonio. Se trata, pues, de una clasificación de la filiación de la que resulta los medios de su determinación y que viene producida por el hecho del matrimonio de los padres; por tanto ajena a la voluntad de los mismos⁶²³. Además, también conviene dejar claro, que se trata de una clasificación de la filiación excluyente; por tanto una filiación no puede ser

⁶²³ R. Verdura, "sub art. 115", in: *Comentarios al Código de Derecho Civil*, Valencia 2013, p. 1198: "...No se trata de una consecuencia que pueda ser modificada por voluntad de los interesados: ni el consentimiento común de todos los sujetos podría conferir a una filiación el carácter de matrimonial sin que hubiera vínculo, ni, a la inversa, puede evitarse la calificación de una filiación como matrimonial, cuando entre los padres se da (antes o después del nacimiento) ese ligamen...la matrimonialidad representa así una consecuencia que el ordenamiento atribuye a las situaciones en que el padre y la madre (jurídicamente) se encuentren casados. Con ello, se constata el equívoco en la expresión «presunción de legitimidad» o «presunción de matrimonialidad», en lugar de «presunción de paternidad del marido de la madre». Así se distinguen como elementos diversos lo que, por una parte, se refiere a la paternidad y la maternidad, y, por otra, al matrimonio". En el mismo sentido Vid.: L. Zarraluqui, *Derecho de familia y de la persona, T.III familia*, Barcelona 2007, pp. 94-5; J. Nanclares, "sub. Art. 120 CC." in: *Civil Comentado, Vol. I, Civitas Thomson Reuters*, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Zizur Menor (Navarra) 2011, pp. 614-8.

matrimonial y extramatrimonial al mismo tiempo. No obstante, esto no quita la posibilidad de la adquisición de la condición de matrimonialidad por matrimonio posterior de los padres de acuerdo con la norma prevista en el artículo 119 del Código Civil⁶²⁴. También cabría aclarar que la referencia al matrimonio de los padres es tanto para el matrimonio válido como putativo, como se desprende de la aplicación del artículo 61 del Código Civil. Por otra parte, no se requerirá la publicidad registral para considerar que el hijo es matrimonial debido a la norma del artículo 60 del Código Civil cuando dispone que “El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles.”.

A) MEDIOS DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

Respecto de los medios para determinar la filiación matrimonial el artículo 115 del Código Civil establece dos: primero por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres y segundo, por sentencia firme.

a) El primer medio de determinación de la filiación matrimonial consiste justamente en la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio:

a.1) Por lo que respecta a la inscripción de la maternidad, se lleva a cabo por el mismo cauce jurídico que en el caso de la filiación no matrimonial, es decir el previsto en el artículo 46 y 47 de la Ley del Registro Civil. Por tanto, en la mayoría de los casos el mismo hospital remite el formulario electrónico con los datos del nacimiento y de identificación del hijo en un plazo de 24 horas, tras realizar las comprobaciones reglamentarias, de acuerdo con el artículo 46 de la mencionada ley. En el caso de que el niño no haya nacido en un centro hospitalario será de aplicación el artículo 47, y los obligados a promover la

⁶²⁴ R. Verdura, “sub art. 115”..., op. cit., p. 1198, p. 1200-1: “...La clave del art. 119 CC estriba en el carácter posterior del matrimonio respecto del nacimiento del hijo sin preocuparse del momento en que se ha fijado la filiación. Por ello, pueden darse una pluralidad de hipótesis, de trascendencia distinta en orden al momento en que se afirma la filiación matrimonial: a) matrimonio, y posterior determinación de la filiación, sea sucesiva, sea simultáneamente...b) determinación de la filiación respecto del padre o de la madre, matrimonio y determinación de la filiación respecto del otro progenitor...c) determinación de la filiación respecto de ambos padres, y matrimonio de éstos”.

inscripción deberán declarar el nacimiento en una oficina del registro en un plazo de 10 días. Están obligados a promover esta inscripción de acuerdo con el artículo 45 de la Ley del Registro Civil: “1º La dirección de hospitales, 2º El personal médico o sanitario que haya atendido el parto, cuando éste haya tenido lugar fuera de establecimiento sanitario; 3º el padre; 4º la madre; 5º el pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de producirse”. También hay que aclarar que en los casos en que no se cumpliera por parte de los obligados el deber de promover la inscripción en tiempo, es decir en el plazo de 10 días, habrá que recurrir al expediente gubernativo⁶²⁵. Este recurso al expediente gubernativo se daría con independencia de que la filiación sea matrimonial y el artículo 115 del Código Civil no lo prevea explícitamente como medio para determinación de la filiación matrimonial

El criterio para demostrar la maternidad y que se pueda acceder a su inscripción será el del parto, atendiendo al principio paulino, “Mater semper certa est etiam si vulgo conceperit”. Como posteriormente diremos de la presunción de paternidad se trata de un medio para demostrarla y que pueda ser inscrita en el registro y así determinada⁶²⁶. Como medio de comprobación se trata, al igual que la presunción de paternidad, de una presunción “iuris

⁶²⁵ M^a. C. Gete-Alonso – J. Solé, Gete-Alonso – J. Solé, *Filiación...*, op. cit., p. 23: “Cuando se pretende la inscripción de la maternidad matrimonial fuera del plazo establecido para la inscripción de nacimiento, se exige, para la constancia registral de la maternidad matrimonial, la tramitación de un expediente registral en el que se comprueban (art. 312 RRC 1958): que no existe una previa inscripción de nacimiento, la existencia e identidad del nacido y las demás circunstancias que han de constar en la inscripción. Al expediente se acompaña (art. 315 RRC 1958), el parte de alumbramiento suscrito por el personal técnico que haya asistido al mismo, el certificado de matrimonio de los padres y, en su caso, la certificación de la inscripción de nulidad, disolución o separación legal del matrimonio”.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 22: “En la generalidad de los supuestos, cuando la madre no ha ocultado el nacimiento, la maternidad tiene un mayor grado de certeza que la paternidad, principio que se recogía en el célebre pasaje de Paulo (Digesto 2,4,5): mater semper certa est etiam si vulgo conceperit. Pues bien, conforme al mismo, el concepto jurídico de maternidad se vincula a un dato: el parto (subsiguiente al embarazo y gestación) de la mujer (arts. 10. 2 LTRA, 30 CC), lo que se aplica ya sea la filiación matrimonial ya no matrimonial, ya se haya obtenido con la intervención de técnicas de reproducción asistida, ya la concepción haya sido natural. La maternidad, dicho de otra forma. Resulta del nacimiento, lo que exige la comprobación del hecho natural del parto de la madre a la que se quiere imputar la maternidad y de la identidad del nacido (que es el que ha parido esa mujer) (arts. 139 CC, 235-3 CCC., Ley 70 CDFN)”.

tantum”, con lo cual admite prueba en contrario. No obstante, esta posible ineficacia de la presunción solo se podría producir en el caso de la maternidad subrogada y transferencias de embriones, supuestos en los que entran en juego una atribución jurídica de la filiación como estudiaremos detenidamente en el próximo capítulo. Este criterio del parto será común en las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales.

a.2) En cuanto a la determinación de la paternidad resultará también de aplicación, en primer lugar la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil por el que se fija la presunción de paternidad. Tal presunción opera plenamente desde los 180 días después del matrimonio hasta los 300 después de la separación, siguiendo los plazos hipocráticos⁶²⁷. En los 180 primeros días tras la celebración, operaría también la presunción atenuada con el juego de excepciones y contraexcepciones previsto en el artículo 117 del Código Civil, como hemos estudiado anteriormente⁶²⁸. No obstante, no funcionando la presunción de paternidad se estará a lo dispuesto en el artículo 180 del Código Civil, que deja a la voluntad de las partes la inscripción como hijo matrimonial, si ambos prestan su consentimiento.

A la hora de inscribirse se ha de tener en cuenta que no es requisito necesario que el matrimonio estuviera inscrito previamente⁶²⁹. En el caso de que no estuviese inscrito el matrimonio, debería de hacerse simultáneamente⁶³⁰.

⁶²⁷ Vid. Cap. I, ap.1, La filiación en el Derecho romano y la influencia del Cristianismo.

⁶²⁸ Vid. Ap. 1.1.- Distinción entre atribución, determinación y acreditación en el derecho estatal”.

⁶²⁹ J. Nanclares, “Sub. Art. 120 CC.”..., op. cit., p. 616 “Al margen de estos supuestos excepcionales de filiación habida dentro de un matrimonio no inscrito, lo más frecuente es que la maternidad de la mujer casada se determine por la vía más precisa prevista por los artículos 120 apartado cuarto Cc y 47 LRC...”.

⁶³⁰ R. Verdura, “sub art. 115”..., op. cit., pp. 1205-6: “la falta de inscripción del matrimonio válidamente celebrado no excluye el carácter matrimonial de la filiación. Como señala la Dirección General de los Registros y del Notariado, “el hecho de que este matrimonio no haya sido inscrito aún el Registro español competente no ha de impedir a la vista de los arts. 61 y 79 CC y 70 LRC, que aquel enlace haya de surtir al menos, los efectos del matrimonio putativo y, por consiguiente, siempre el carácter matrimonial de la filiación discutida, puesto que, incluso en el supuesto más desfavorable que el matrimonio no fuera inscribible y llegara a ser declarado nulo por los tribunales, la filiación matrimonial del hijo quedaría salvo al art. 79 CC, al existir, desde luego, el “Mínimum ” de forma que debe exigirse para la

Otra cuestión que resulta importante abordar es que ocurre si los obligados a promover la inscripción del nacimiento de acuerdo con el artículo 46 del Código Civil no lo hicieron. En tal caso deberá acudir a la vía del expediente gubernativo prevista en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil de 1958, es decir el mismo sistema de inscripción previsto para determinar la filiación no matrimonial en el artículo 120.2º del Código Civil. Especialmente polémica, en estos casos, ha sido la determinación del padre. En tales supuestos de inscripción tras el expediente, si bien actualmente se aplica la presunción de paternidad matrimonial prevista por el artículo 116 y 117, no fue pacífica esta praxis en la práctica del Registro Civil⁶³¹. De hecho fue la reforma del Reglamento del Registro Civil de 29 de agosto de 1986 la que puso fin a una práctica del Registro Civil de exigir la posesión de estado que “la reforma del Reglamento del Registro Civil, mediante el Decreto de 22 de mayo de 1969, otorgó (dudoso) respaldo normativo a la doctrina del Centro Directivo, que continuó, pese a las importantes críticas doctrinales”⁶³².

Respecto de este medio de determinación de la filiación conviene precisar que si bien el criterio de veracidad biológica resulta fundamental, viene matizado por diversos filtros en aras a la seguridad jurídica, la paz familiar y fundamentalmente el bien del menor de cara a la determinación de su filiación; como ya hemos estudiado. En este sentido, la misma presunción de paternidad matrimonial se entiende como un medio para probar la veracidad biológica, por lo que se trata de una presunción *Iuris Tantum* que admite prueba en contrario⁶³³. Sin embargo, la posibilidad de desconocimiento del padre del nacido los 180 primeros días de convivencia cuando este no lo hubiera reconocido previamente supone una concesión al principio de voluntariedad. Otra intervención de este principio de voluntariedad sería la relevancia de la voluntad de ambos progenitores de considerar al hijo como matrimonial

existencia del llamado matrimonio putativo. En el planteamiento legal, sin embargo, la falta de inscripción supone que no se ha completado la determinación de la filiación matrimonial”

⁶³¹ R. Verdera, “sub art. 115” ..., op. cit., p. 1204 ss.

⁶³² Cfr. R. Verdera, “sub art. 115” ..., op. cit., p. 1204.

⁶³³ M^a. C. Gete-Alonso – J. Solé, *Filiación...*, op. cit., p. 26: “Es una presunción *iuris tantum*, no *iuris et de iure*, así que puede ser destruida cuando pese a cumplir con los hechos en los que se funda, se demuestra que el hijo no es del marido de la madre. Esta presunción actúa en el proceso y fuera de éste es el título de determinación de la filiación”.

cuando hubiera nacido fuera de los plazos previstos para la presunción de paternidad matrimonial. Cuestión distinta es la utilización de la presunción matrimonial de paternidad como una ficción jurídica en la atribución jurídica de la paternidad por naturaleza al cónyuge que consiente las técnicas de reproducción asistida heteróloga, esta cuestión la estudiamos en el capítulo correspondiente. Lo que sí tienen en común todas estas concesiones al principio de voluntariedad por parte del legislador es que se hacen en función de la paz familiar y fundamentalmente en beneficio del hijo.

No obstante, no podemos dejar de tener en cuenta que tales filiaciones determinadas de esta manera, podrían ser impugnadas siempre que se dieran las condiciones del régimen de las acciones de impugnación, que ya hemos estudiado. El principio de libertad de prueba y en concreto la posibilidad de recurrir a las pruebas biológicas supone en la práctica una atenuación muy importante de las restricciones al principio de veracidad biológica de los medios extrajudiciales de determinación de la filiación matrimonial⁶³⁴. En realidad la consecución de tal principio de veracidad biológica vendría preservado por el ejercicio del derecho a la libre investigación de la paternidad tal y como ya estudiamos⁶³⁵; excepción hecha de los casos de atribución jurídica de la filiación, es decir: la adopción y los casos de inseminación artificial heteróloga⁶³⁶. Así, se evidencia la relevancia de la vía judicial. Sin embargo, esta relevancia es mucho mayor en los casos de la determinación de la filiación extramatrimonial que la matrimonial, como pasamos a estudiar a continuación.

b) El otro medio previsto para la determinación de la filiación matrimonial sería la vía judicial

Si bien ya hemos estudiado en el capítulo anterior las acciones de filiación⁶³⁷ al cual nos remitimos, sí conviene advertir aquí que las acciones previstas para reclamar e impugnar la filiación no se clasifican respecto de la filiación matrimonial o extramatrimonial. Solamente “en los concretos

⁶³⁴ Vid Cap. VI, ap. 2.2. Pto. A) Atribución y determinación de la filiación paterna en los supuestos de fecundación artificial homóloga.

⁶³⁵ Vid. Cap. IV, ap. 1.- Derecho a la libre investigación de la paternidad.

⁶³⁶ Ibidem.

⁶³⁷ Vid. Cap. IV, ap. 1.2.- Desarrollo legislativos y cauces jurídicos para la investigación de la paternidad y maternidad.

preceptos de cada una de esas secciones, existe un régimen diferenciado en función del carácter de la filiación”⁶³⁸. También resulta pertinente advertir que la determinación de la filiación matrimonial no solo se puede realizar como consecuencia de un proceso civil de reclamación de la paternidad, maternidad o filiación, sino también en sede penal⁶³⁹. Así, el artículo 193 del Código Penal contempla la posibilidad de que en las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, el juzgador pueda pronunciarse respecto de la filiación. Como consecuencia de esta capacidad del órgano jurisdiccional en los mencionados procedimientos penales, estos no quedarían constreñidos por los criterios de legitimación activa a la hora de determinar la filiación⁶⁴⁰.

B) MEDIOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

Por lo que respecta a los medios de determinación de la filiación no matrimonial el artículo 120 del Código Civil distingue 4: Primero, por reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; Segundo, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; tercero, por sentencia firme; cuarto, respecto a la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la ley de Registro Civil”. Pasamos pues a precisar y comentar cada uno de los medios de determinación de la filiación civil:

a) El reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público

⁶³⁸ Cf. R. Verdera, “sub art. 115” ..., op. cit., p.1207.

⁶³⁹ M^a. C. Gete-Alonso – J. Solé, *Filiación...*, op. cit., p. 26: “No es posible reservar para el proceso civil la acción de determinación de la filiación (como, en cambio, sí lo es cuando se trata de la exigencia de la indemnización, art 112 LECr) y tampoco puede, la persona ofendida, renunciar a ella. La doctrina entiende que la no disponibilidad deriva, en este caso, de una imposición que se efectúa en favor de la descendencia (favor filii), pero, también, puede añadirse que el principio de veracidad tiene una función relevante, sobre todo si se recuerda que es la relación biológica la única que justifica, plenamente, la relación jurídica. Pudiéndose probar en el proceso penal, en la clase de delitos de los que se trata, no sería consecuente que se permitiera la disponibilidad de la misma”.

⁶⁴⁰ R. Verdera, “sub art. 115” ..., op. cit., 1209.

En primer lugar habría que definir qué se entiende por reconocimiento para poder delimitar este medio para la determinación no matrimonial. Se trata, según García Varela, de “un acto formal, personalismo y voluntario por el que una persona confiesa ser el padre de otra”⁶⁴¹. Por su parte Gete-Alonso lo define como “la declaración, efectuada por el padre o la madre, mediante la que se revela el hecho de la relación biológica utilizando una determinada forma y cumpliendo con los requisitos que establece la ley, que produce el efecto del establecimiento de la relación (jurídica) de filiación”⁶⁴².

Así, la primera condición que evidencia la misma definición del reconocimiento es su unilateralidad⁶⁴³. Ahondando en esta definición encontramos con que, además, se trata de un acto personalísimo⁶⁴⁴, por tanto solo puede ser otorgado por el propio progenitor. Tanto es así, que según el artículo 121 del Código Civil español, lo pueden realizar incluso los menores de 14 años e incapaces, con la simple autorización del ministerio fiscal. Cabe señalar, pues, como el reconocimiento, es uno de los actos del consentimiento que se incluiría en la excepción del artículo 162.1º de Código Civil para la representación legal de los padres que ostentan la patria potestad de los hijos. Se trata además de un consentimiento que no es posible condicionar ni revocar, por tanto incondicionado⁶⁴⁵ e irrevocable⁶⁴⁶. Por último, como su propio nombre indica, se trata de un consentimiento formal. En este sentido el artículo 186 del Reglamento del Registro Civil establece que documentos públicos son aptos

⁶⁴¹ R. García Varela, “sub. 120 CC.”, in: *Comentario del Código Civil*, T. 2. coord. Ignacio Sierra Gil, Barcelona 2000, p. 282.

⁶⁴² Cfr. M^a. C. Gete-Alonso – J. Solé, *Filiación...*, op. cit., p. 26

⁶⁴³ M.C. Quesada, “La Regulación de la Filiación en el Código Civil de Cataluña”; in: *Persona y Familia Estudios de Derecho Civil Catalán*, Madrid 2014, p. 266: “Es un acto unilateral. Aunque reconozcan al hijo los dos progenitores a la vez el reconocimiento de cada uno de ellos no deja de ser unilateral”.

⁶⁴⁴ *Ibidem.*: “es un acto jurídico que solo puede realizar un reconecedor porque, aunque este por el mero hecho de haber mantenido relaciones sexuales con la madre del niño que reconoce no puede saber si realmente es el progenitor, de lo que sí puede estar seguro es de la posibilidad de serlo por haber realizado los actos apropiados para procrear que, normalmente, por desarrollarse en la intimidad, solo él y la madre conocen. En consecuencia no es posible reconocer un hijo mediante un representante, aunque no hay que excluir la posibilidad de reconocer mediante un nuncius o mero portador de la voluntad ajena”.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, P. 267: “...En interés del hijo la determinación de la filiación no debe depender de que de que ocurran o no acontecimientos, ni de que transcurra cierto tiempo”.

⁶⁴⁶ *Ibidem.*: “...incluso cuando se hace en testamento”.

para el reconocimiento de la filiación: "...La escritura pública, el acta civil de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación"⁶⁴⁷.

a.1) Respecto las formas de reconocimiento que admite el Código habría que tener en cuenta algunas consideraciones:

La primera es que en el caso de que la forma suponga una expresión de la voluntad ante el encargado del registro este debe evitar un expediente innecesario. Así, en los casos del reconocimiento de la paternidad de un hijo cuya maternidad está determinada respecto de una mujer casada se deberá seguir el criterio marcado en la Circular de 2 de junio de 1981⁶⁴⁸. Siguiendo este criterio, el encargado del Registro, haciendo uso de las facultades de calificación que le concede el artículo 28 de la Ley del Registro Civil, debe hacer las comprobaciones oportunas de que no se cumplen los plazos de la presunción de paternidad⁶⁴⁹.

Otra consideración respecto de las formas de reconocimiento se da en referencia al realizado en testamento. Lo primero que hay que tener en cuenta es que la referencia en el artículo 120 del Código Civil a un documento público supondría que solo las formas testamentarias del artículo 677 del Código Civil realizadas en documento público permitirían hacer un reconocimiento válido. Por tanto, no se incluiría el llamado testamento ológrafo y otras formas testamentarias ajenas a la regulación del precepto nombrado. También queda la cuestión de en qué momento tendría eficacia este reconocimiento hecho en testamento. Esta cuestión tiene relevancia a la hora de interpretar el artículo 124 del Código Civil que refiriéndose al consentimiento afirma que en su párrafo segundo: "no será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre

⁶⁴⁷ L. Zarraluqui, *Derecho de familia...*, op. cit., pp. 95-106.

⁶⁴⁸ Circular DGRN de 2 de junio de 1981, in: BOE n. 134, de 5 de junio de 1981, pp. 12545 a 12547.

⁶⁴⁹ L. Zarraluqui, *Derecho de familia*, op. cit., p.p 98-101.

durante el año siguiente al nacimiento...". A este respecto concluyen distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶⁵⁰ que el reconocimiento en vida del testador queda sujeto a las previsiones del párrafo 1º del artículo 124, por lo que se requeriría el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial y solamente el que pretenda su eficacia una vez muerto el testador queda dispensado de cumplir los requisitos del consentimiento o la aprobación judicial⁶⁵¹.

Por lo que se refiere a la posibilidad de reconocimiento en otro documento público, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 186 del Reglamento del Registro Civil. En el mencionado precepto se limita la consideración de documentos aptos para el reconocimiento a los considerados como públicos tanto por el artículo 1216 del Código Civil como el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, en el mencionado artículo 186 del Reglamento solo se consideran documentos públicos aptos para el reconocimiento de un hijo las escrituras públicas; es decir aquellos documentos autorizados por el Notario o Cónsul en funciones notariales con las solemnidades queridas por el Reglamento Notarial. Según esta definición podría reconocerse a un hijo en los siguientes documentos: el acta civil de matrimonio de los padres, el expediente de inscripción registral de nacimiento de hijos fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales, y el acto de conciliación⁶⁵². Pero esta lista de documentos no se puede entender como un *numerus clausus*, sino como una lista abierta. A este respecto, la Dirección General de los Registros y el Notariado ha ido especificando documentos que no pueden considerarse reconocimiento de la filiación: "en la partida bautismal (RDGRN 21 junio de 1996 [R] 1996, 6183)), pues tales partidas no tienen valor de documento público, al no ser el Ministerio de la Iglesia católica un funcionario público con competencia civil para dar fe de la determinación legal de la filiación (RDGRN 25 septiembre de 1985 [R] 1985, 5297)). Y tampoco sirve el reconocimiento documentado en acta notarial de manifestaciones, que sólo será útil como un elemento acreditativo de esa progenie, a utilizar en la vía que

⁶⁵⁰ RDGRN de 22 de julio de 1985 y 16 de mayo de 1986, in: L. Zarraluqui, *Derecho de familia...*, op. cit., pp. 101-3.

⁶⁵¹ L. Zarraluqui, *Derecho de familia...*, op. cit., pp. 101-3.

⁶⁵² *Ibid.*, pp. 105-6.

en su caso se elija, bien la registral del artículo 49 LRC o bien la que corresponda (STS 14 mayo 2004 [R] 2004, 2743) ”⁶⁵³.

a.2) En referencia a los requisitos para la validez del reconocimiento, hay que diferenciar entre aquellos que deben cumplirse por la persona que reconoce y otros que afectan fundamentalmente a la persona del reconocido.

a.2.1) Respecto a la persona que reconoce habría que destacar:

En primer lugar, se debe de atender a la restricción para la determinación de la filiación que impone el artículo 113, párrafo 2º del Código Civil: “No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria”.

Otro requisito, cuando se reconoce por separado es el del artículo 122 del Código Civil que prohíbe manifestar la identidad del otro cónyuge.

Así mismo, también supone una limitación al reconocimiento la prevista por el artículo 125 del Código Civil para los casos de hijos incestuosos. En estos casos cuando esté determinada la filiación respecto de un progenitor, solo podrá ser determinada por el otro con la autorización del hijo, o del juez, previa audiencia judicial si el hijo fuere menor. Incluso, el párrafo segundo del mencionado artículo prevé la posibilidad de que el hijo, cuando alcance la plena capacidad pueda invalidar esta determinación de la filiación mediante declaración auténtica.

Por último, otro requisito, respecto del que reconoce es la posibilidad de la filiación que se alega. Por tanto deben de ser excluidos, también por los Encargados del Registro Civil aquellos reconocimientos que resultan imposibles. Así “lo único que debe controlarse es que dicha relación no pudiera mantenerse por ser imposible de origen”⁶⁵⁴. A este respecto la misma praxis del Registro civil ha ido especificando cuales son estos reconocimientos que se corresponden con relaciones de filiación imposibles: entre estos destaca

⁶⁵³ Cf. J. Nanclares, “Sub. Art. 120 CC.” in: *Civil Comentado, Vol, I, Civitas Thomson Reuters*, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Zizur Menor (Navarra) 2011, p. 637.

⁶⁵⁴ Cf. M^a. B. Fernández González, “investigación de la paternidad (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 y 27 de noviembre de 2001)”, in: *AC n.33, 2002*, p. 1095.

aquellos en que se evidencia una imposibilidad por la edad⁶⁵⁵; aquellos en los que se desprende del título formal oportuno o de las comprobaciones registrales oportunas la no paternidad del que pretende reconocer⁶⁵⁶; y por último cuando conste la no filiación en manifestaciones solmnes del interesado⁶⁵⁷.

a.2.2) Respecto de la persona del reconocido, el Código Civil, a la hora de fijar los requisitos distingue tres supuestos: 1º.- En primer lugar, si la persona que reconoce es mayor de edad, para la eficacia del reconocimiento se requerirá su consentimiento expreso o tácito de acuerdo con lo prescrito en el artículo 123 del Código Civil. 2º.- Para el caso en que el reconocido sea menor o incapaz, la eficacia del reconocimiento requerirá el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial con la audiencia del ministerio fiscal de acuerdo con el artículo 124.1 del Código Civil⁶⁵⁸. El punto segundo del

⁶⁵⁵ L. Zarraluqui, *Derecho de Familia y de la Persona*, Barcelona 2007, p. 110: "...Pero existe una situación que parece fundamental, y es la diferencia de edad entre quien reconoce y el reconocido, que haga viable la relación paterno-filial. Tengamos en cuenta que la adopción - filiación legal-, el art. 175.1 CC requiere que existan catorce años de diferencia de edad entre padre o madre e hijo"; J. Nanclares, "Sub. Art. 120 CC.",...op. cit., p. 638: "v.gr persona de 20 años que reconoce la paternidad de un niño de 14...(RDGRN 28 de diciembre de 2002 [RJ 2003, 2641])".

⁶⁵⁶ RDGRN 28 de diciembre de 2002 8RJ 2003, 2641, L. Zarraluqui, *Derecho de Familia y de la Persona*, Barcelona 2007, p. 110.

⁶⁵⁷ RDGRN 12 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 73151); RDGRN [7ª] 18 de abril de 2008 (JUR 2005, 73151); RDGRN, S. 7ª, 18 de abril de 2008 (JUR 2009, 388648); RDGRN, S. 2ª, 22 de abril de 2008 (JUR 2009, 389167); RDGRN, S. 5ª, 3 de julio 2009 (JUR 2010, 352145).

⁶⁵⁸ En este aspecto la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de Julio ha establecido un elenco de casos en los que será necesaria la aprobación judicial para la validez del reconocimiento en su artículo 23: "1. aplicarán las disposiciones de este capítulo en todos los casos en que, conforme a la ley, el reconocimiento de la filiación no matrimonial necesite para su validez autorización o aprobación judicial. 2. Se presentará solicitud instando autorización judicial para el otorgamiento del reconocimiento de la filiación no matrimonial del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente por quien sea hermano o consanguíneo en línea recta del progenitor cuya filiación esté determinada legalmente. 3. Se solicitará aprobación judicial para la eficacia del reconocimiento de la filiación no matrimonial de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente otorgado: a) Por quien no pueda contraer matrimonio por razón de edad. b) Por quien no tenga el consentimiento expreso de su representante legal o la asistencia del curador del reconocido ni del progenitor legalmente conocido, siempre que no hubiera sido reconocido en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. c) Por el padre, cuando el reconocimiento se hubiera realizado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento y cuando ésta se hubiera suspendido a petición de la madre. 4. También se instará la aprobación judicial para la validez del reconocimiento no matrimonial por una persona con capacidad modificada judicialmente".

mismo artículo reconoce como excepción: “si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento” pero en este caso la inscripción de la paternidad podría suspenderse por la oposición de la madre manifestada en el plazo de un año después del nacimiento. Si se diera esta oposición de la madre el padre podría solicitar la confirmación de la inscripción, pero mediante la aprobación judicial y con audiencia del ministerio fiscal”. 3º.- Por último, cuando el reconocimiento se refiriera a un fallecido, se requeriría el consentimiento de sus descendientes, cuando lo haya⁶⁵⁹.

a.3) Como conclusiones del estudio de la regulación del reconocimiento entendemos que:

En realidad, como se desprende de la misma regulación analizada, estamos ante el medio de determinación de la filiación en el que tiene mayor vigencia el principio de formalidad. En primer lugar por no ser necesario en muchos casos un control previo del encargado del Registro. Además, como acabamos de estudiar, el control que pone en práctica el encargado del registro en los casos de reconocimiento solo impediría la eficacia de los reconocimientos que resultaran imposibles. En este sentido, en la regulación del reconocimiento aparece como fundamental el criterio de voluntariedad para aproximarse a la realidad de paternidad y filiación biológicas que son el supuesto de hecho del reconocimiento. Probablemente el límite más claro a este principio de voluntariedad es la ineficacia de este reconocimiento paterno o materno si estuviera fijada previamente esta filiación respecto del padre o la madre respectivamente de acuerdo con el párrafo 2º del artículo 113 del Código Civil.

En todo caso, al igual que los demás medios de determinación de la filiación, es recurrible en sede judicial para hacer coincidir la filiación determinada con la que corresponde atribuir de acuerdo con el criterio de veracidad biológica. A demás, precisamente por la mayor vigencia del principio formalista y de voluntariedad, en los casos de reconocimiento cabe también la impugnación por vicios del consentimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 138 y 141 del Código Civil. A este respecto, hay que aclarar que esta

⁶⁵⁹ L. Zarraluqui, *Derecho de familia...*, op. cit., pp. 111-3.

posibilidad de impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento del artículo 141 es un cauce distinto a la impugnación de la filiación por no ajustarse a la veracidad biológica de los artículos 136 a 140 del Código Civil tal y como hemos estudiado ya en el capítulo anterior⁶⁶⁰.

Más allá de lo ya referido sobre la cuestión del reconocimiento y su relación con los principios formalista y de realidad material, constatamos como la reflexión doctrinal⁶⁶¹ ha venido muy propiciada por el fenómeno de los llamados reconocimientos de complacencia. En este sentido, destaca el estudio pormenorizado de los mismos que hace Rivero del que concluye claramente que tales reconocimientos son actos de fraude de ley de acuerdo con el artículo 6.4 del Código Civil. Incluso llega a concluir para los casos de simulación absoluta que en tales falta de elemento objetivo del reconocimiento y por tanto se trata de actos contra legem del art. 6.3 y en consecuencia son nulos de pleno derecho⁶⁶². En este sentido ya hemos estudiado en el capítulo anterior como la Dirección General de los Registros ha ido considerando nulos los reconocimientos de complacencia de manera constante⁶⁶³.

No obstante la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque sigue coincidiendo la posibilidad de impugnar la filiación por no coincidir con la verdad biológica, desestima la posibilidad de impugnar el acto del

⁶⁶⁰ Vid. Cap. V, pto 1.2 “Derecho a la libre formación de la paternidad desarrollo normativo”.

⁶⁶¹ F. Rivero, “Los reconocimientos...”, op. cit.; MJ. Vaquero, “La filiación extramatrimonial”, in: *Tratado de Derecho De La Familia Vol. V*, Pamplona 2011, p. 276 ss.; E. Roca, *Libertad...*, op. cit., p. 137.

⁶⁶² F. Rivero, “Los reconocimientos...”, op. cit., pp. 1075-80.

⁶⁶³ Vid. Cap. V, pto. 1.5 “Derecho a la libre investigación de la paternidad; Desarrollo jurisprudencial”. A este respecto se puede observar como las resoluciones más recientes se manifiestan con toda claridad y en la misma dirección que otras anteriores que ya se manifestaban de forma tan clara como las siguientes: “...es obvio que, en armonía con el principio de veracidad biológica, informador de la reforma del Código Civil en materia de filiación, habrá de ser rechazada la inscripción del reconocimiento cuando del título formal acompañado y, en su caso, de las diligencias comprobatorias oportunas (art. 28 LRC) se desprenda que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del reconocido” (RDGRN de 8 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 7295]); “No hay duda de que la regulación de la filiación en el Código Civil se inspira en el principio de la veracidad biológica, de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad” (RDGRN 2 febrero de 2004 [JUR 2004, 142408]).

reconocimiento en sí por el mero hecho de ser de complacencia. Así se ha pronunciado recientemente el pleno del TS en la Sentencia 494/2016 de 15 de julio: “No cabe sostener la ilicitud de la causa del reconocimiento de complacencia sobre 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. No puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la Ley 17/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes”⁶⁶⁴.

De todo este análisis realizado por la doctrina y con una apoyatura clara y constante de las resoluciones de la Dirección General de los Registros, nos parece una conclusión la de MJ. Vaquero: “la calidad de progenitor del reconocedor o de hijo en el reconocido, no es requisito de validez del reconocimiento, sino elemento básico o sustancial del supuesto de hecho del reconocimiento que por principio debe darse por correspondencia que debe haber entre realidad sustancial y realidad formal en todo título de determinación. La ley lo da por sobreentendido cuando emplea las expresiones “progenitor” (Cfr. arts 122 y 125 CC), “padre” (art. 124 .II CC) e “hijo” (art. 123 CC)”⁶⁶⁵. No obstante, el reconocimiento de complacencia del menor tendría que ser impugnado por las vías judiciales establecidas para la impugnación de la paternidad por no coincidir con la biológica, atendiendo a un criterio de seguridad jurídica que va en beneficio de la protección del menor. A este respecto no podemos olvidar que el principio de veracidad biológica siempre estaría en función del beneficio y protección del hijo⁶⁶⁶. Sin embargo, tal vía se

⁶⁶⁴ STS 494/2016 de 15 de julio (Roj: 3192/2016) , in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [6-11-2016].

⁶⁶⁵ Cfr. MJ. Vaquero, “La filiación extramatrimonial”, in: *Tratado de Derecho De La Familia* Vol. V, Pamplona 2011, p. 276.

⁶⁶⁶ E. Roca, *Libertad...*, op. cit., p. 137: “Si por las razones sociales que sean que son perfectamente asumibles por el ordenamiento jurídico, una persona reconoce como hijo propio al de su pareja con quien se ha casado o con quien convive proporcionando así un

plantea como algo distinto a la impugnación del acto de reconocimiento de complacencia por un vicio del consentimiento, tal vía parece que se ha ido descartando ya que la exigencia sería de posibilidad del reconocimiento.

b) Resolución recaída en expediente

Se trata de un medio de determinación de la filiación subsidiario al reconocimiento formal. Tal y como se reconoce en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil de 1957. Tienen legitimación activa para iniciar este procedimiento gubernativo cualquier persona con interés legítimo de acuerdo con el artículo 97 de la misma ley. Este artículo viene desarrollado por el artículo 346 del Reglamento del Registro Civil que manifiesta quienes tienen interés legítimo: “puedan resultar afectados directamente en su estado, bienes o derechos, o sus herederos. Para promover un expediente, basta el interés en confirmar n asiento vigente o el estado que ya tiene”. Además, el citado artículo 49 de la Ley del Registro Civil prevé la obligación de citar tanto al ministerio fiscal como a cualquier parte que pueda tener interés. Así la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶⁶⁷ considera interesados: a la otra parte de la relación de filiación, a los herederos de quien dice ser el progenitor, los descendientes del progenitor aún vivo, o su cónyuge no separado judicialmente. Por otra parte, no se puede olvidar que aquellos que manifiesten su oposición tendrán que hacerlo en base a la falta de los fundamentos de fondo invocados en la solicitud⁶⁶⁸.

sistema de protección al menor, y constituyendo una apariencia de paternidad, esta apariencia solo puede ser destruida por los medios que el derecho le ha puesto a su alcance, pero no podemos ir más allá, so pena de hipertrofiar la necesidad de que coincidan la verdad biológica y la verdad formal, como ocurrió en el caso ‘resuelto’ en la STS 1023/ 1995”. Admitiendo lo acertada de esta observación conforme al derecho vigente, nos cuestionamos si en este caso no sería más adecuada la praxis esta protección paterna mediante el recurso a la adopción. Más allá de la protección real como padre o madre, entendemos que resulta más respetuosa con la identidad del menor y su derecho a la intimidad. Estos derechos también conforman el bien del hijo y deben de ser protegidos por el derecho de filiación. En cambio la protección material queda igualmente abastecida y garantizada por la vía de la adopción. No olvidemos, a demás, que el hecho de que sea algo más lenta puede evitar cambios bruscos en el estatus del hijo en caso de una separación prematura de los padres y los problemas familiares asociados.

⁶⁶⁷ RDGRN 14 diciembre 1995 [RJ 1996, 1601]; RDGRN 30 de marzo de 2009 [JUR 2010, 295845].

⁶⁶⁸ J. Nanclares, “Sub. Art. 120 CC.”, op. cit., p. 640; L. Zarraluqui, *Derecho de familia...*, op. cit., p.p 113-115; R. García Varela, “sub. 120 CC.” ..., op. cit., p. 286.

Por último el artículo 49 de la ley del Registro Civil de 1957 establece el elenco de circunstancias que dan lugar al expediente gubernativo: “Primera. Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación...Segunda. Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia...Tercera. Respecto de la madre siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo”. De esta manera, sobre el desarrollo legislativo de este medio de determinación de la filiación Quesada considera que: “como este expediente no se regula en la ley 20/ 2011, de 21 de julio, del registro civil, sería lamentable que el legislador estatal al elaborar un nuevo reglamento del registro civil dejara de regular este sencillo y útil expediente”⁶⁶⁹. Ciertamente, como señala la misma autora esta utilidad resulta especialmente clara en los casos de muerte del progenitor cuando no hay oposición a dicha determinación de la filiación. En estos casos la simplicidad del expediente gubernativo tendría muchas ventajas a la mayor complejidad del proceso judicial; sobre todo en los casos en los que, por ser necesaria la prueba de A.D.N., hubiera que practicar la exhumación del cadáver⁶⁷⁰.

Como conclusión general respecto del estudio de este medio de determinación de la filiación debemos señalar que se trata de un medio especialmente indicado y útil en los casos en los que no es posible practicar el reconocimiento. Este sería el caso, por ejemplo, de premoriencia del progenitor, o de incapacitación del mismo. Sin embargo, su utilidad quedará muy mermada en los casos en que el progenitor esté vivo y conserve plenamente la capacidad de obrar, pues en estos casos basta la oposición del mismo para que se frustre el expediente gubernativo⁶⁷¹. No podemos dejar de hacer notar aquí que la notificación a todos los interesados es un trámite esencial. En consecuencia, en el supuesto de que no se llegara a practicar la notificación a alguno de los interesados, se procedería a la no aprobación del expediente y se debería reponer las actuaciones para que se subsanara el defecto de acuerdo con el artículo 358 del Reglamento del Registro Civil.

⁶⁶⁹ M.C. Quesada, “La Regulación de la Filiación...”, op. cit., p. 269.

⁶⁷⁰ Ibidem., p. 269.

⁶⁷¹ J. Nanclares, “Sub. Art. 120 CC.”, ..., op. cit., p. 640.

c) El tercer medio que prevé el artículo 120 del Código Civil para determinar la filiación es la sentencia firme

Este medio de determinación de la filiación ya ha quedado bastante estudiado al tratar las acciones de filiación en el capítulo anterior de la tesis⁶⁷². Sí que debemos observar a este respecto que el medio judicial resulta común a la filiación matrimonial y extra matrimonial. Por otra parte este medio resulta determinante a la hora de poner en evidencia la importancia del principio de veracidad material o biológica en el sistema de determinación de la filiación en el ordenamiento civil. La razón de esto último es que, en última instancia, y exceptuando los casos de adopción o de consentimiento a la reproducción asistida, “convertiría a los requisitos de validez o de eficacia presentes en materia de reconocimientos (artículos 121, 123, 124, 125 y 126 del Código Civil) en simples mecanismos de paralización provisional de la determinación de la filiación”⁶⁷³. Con ello constatamos como la vía judicial serviría para ajustar la filiación jurídica a la biológica en los casos en que otras vías de determinación de la filiación no lo hubieran hecho⁶⁷⁴. Esto, en los casos determinación de la filiación no matrimonial, supondría una provisionalidad de cierto formalismo en la determinación de la filiación por vía del reconocimiento.

d) El cuarto medio de determinación de la filiación que establece el artículo 120 es aquel que se da respecto de la madre en la inscripción de nacimiento

Concretamente, el art. 120.4º del Código Civil, donde se afirma que se determina la filiación “respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil”. Esta inscripción de nacimiento se había venido haciendo de acuerdo con lo previsto por el art. 47 de la Ley del Registro Civil de 1957 donde se contiene la siguiente disposición: “En la

⁶⁷² Vid. Cap. V, ptos. 1.2 y 1.3 “Derecho a la libre investigación de la paternidad Desarrollo normativo y jurisprudencial”.

⁶⁷³ J. Nanclares, “Sub. Art. 120 CC.”..., op. cit., p. 640.

⁶⁷⁴ Pues como hemos estudiado en el capítulo anterior, una línea jurisprudencial cada vez más importante tiende a identificar el principio de veracidad biológica como el medio más adecuado para procurar y proteger el interés del hijo, principio fundamental en materia de filiación. Vid. Cap. V, ap. 1.3 Análisis jurisprudencial.

inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria. No constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos. La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre, formalizado ante el encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación. La supresión de la mención será notificada del mismo modo al inscrito o, si hubiere fallecido, a sus herederos; en su caso, si el representante legal del inscrito no fuere conocido, esta notificación se hará al Ministerio Fiscal”.

El contenido de este artículo 47 in fine suponía, pues, la posibilidad del desconocimiento por parte de la madre del hijo en los supuestos de filiación no matrimonial. Permitiéndose así que una filiación biológica no diera lugar a la filiación jurídica por el consentimiento de la madre. Por otra parte, este desconocimiento de la madre, suponía una dificultad práctica muy grave para investigación y determinación de la filiación paterna. Esta dificultad se producía siempre si no se daba reconocimiento por parte del padre, es decir, si este no era consciente del nacimiento de un hijo y tenía voluntad de reconocer. Por tanto suponía también una dificultad muy importante para la fijación de la paternidad⁶⁷⁵. Tal situación varió tras la STS de 21 de septiembre de 1999⁶⁷⁶ que

⁶⁷⁵ M.C. Quesada , “Algunas reflexiones sobre la maternidad a principios del S. XXI”, in: *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo*, Vol. 3, coord. A. Cabanillas, 2002, pp. 4871-3.

⁶⁷⁶ STS 776/1999 de 21 de septiembre, (Roj: STS 5672/1999), in: [http://www.poderjudicial.es/search/\[6-11-2016\]](http://www.poderjudicial.es/search/[6-11-2016]): “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 Jueces y Tribunales (art. 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 (ar. 39.2 de la Constitución Española), y con el de igualdad (art. 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 proscriptivo 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

supuso la derogación tanto del artículo 47.1 de la Ley del Registro Civil como sus correspondientes artículos 167 y 182 del Reglamento del Registro Civil, en los que también se explicita la posibilidad del desconocimiento. La supresión de esta imposibilidad de desconocimiento supone una profundización en el criterio de veracidad biológica tal y como se reconoce en la sentencia reseñada. Pero lo que aún resulta de mayor importancia, es que supone la vinculación del principio de veracidad biológica con el de primacía del interés del hijo. Lo que puede solucionar la normativa que imposibilita el desconocimiento del hijo son los casos de abandono del hijo. En tales casos la determinación de la filiación se deberá de producir por los otros medios previstos en el artículo 120 ya estudiados y que normalmente se reservan para determinar la paterna⁶⁷⁷.

En materia específica de determinación de la filiación materna ha supuesto en la praxis de la misma una equiparación con la determinación de la filiación paterna. Evidentemente siguen existiendo diferencias. La fundamental consiste

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 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 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 padres 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 no 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. El sistema recientemente acogido por la Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción, que posibilita la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva, con un régimen de publicidad limitada de la inicial, trasladable al ámbito en que nos encontramos, sí sería admisible y compatible con el respecto a los principios constitucionales que hoy quedan en entredicho. La Sala, por tanto, estima, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el artículo 47.1 de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, (y sus concordantes) están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, en el particular, que permite interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre, la circunstancia registral de la maternidad. En consecuencia se consideran inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los artículos 167 y 182 del Reglamento”.

⁶⁷⁷ M^a. C. Gete-Alonso – J. Solé, *Filiación...*, op. cit, p. 24.

en que la filiación materna viene demostrada por el parte médico que acredita el parto, mientras que la del padre viene demostrada por la presunción matrimonial de paternidad o el reconocimiento. Sin embargo, esta imposibilidad del desconocimiento de la madre supone una imperatividad del principio de Igualdad entre la determinación de la filiación paterna y materna, cuyos intereses ceden de igual manera ante el interés superior del hijo. Este interés del hijo en este caso sería el de que se le determine una filiación tanto paterna como materna, además del conocimiento del propio origen.

C) CONCLUSIONES RESPECTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La conclusión general a la que llegamos respecto del ordenamiento secular español, es que, como afirma Albaladejo “Si el vínculo de sangre no se revela ante la Ley, no se ostenta la filiación real correspondiente a él, sino la propia de la filiación de sangre que aparezca, si es que aparece alguna”⁶⁷⁸. De esta manera, aunque “la filiación jurídica que a cada uno corresponde es la suya biológica. Pero la que ostenta es la que esté determinada para él por cualquiera de los procedimientos que la ley admite para llevar a cabo tal determinación”⁶⁷⁹.

Así, exceptuados los casos concretos de atribución jurídica de la filiación, es decir la filiación por adopción y aquella que se determina al cónyuge de la mujer que se sometió a la inseminación artificial heteróloga, la determinación de la filiación tiene el mismo criterio que el de atribución es decir el de veracidad biológica. No obstante, este criterio de realidad material viene matizado por el criterio formal. Este criterio formal, se impone por motivos de otros principios que también redundan en el bien del menor como pudiera ser la paz familiar o la seguridad jurídica⁶⁸⁰. En este sentido, habría que distinguir

⁶⁷⁸ Cfr. M. Albaladejo, “Curso...”, op. cit., p. 201, A este respecto continua Albaladejo abundando y matizando esta idea: “...Y no conseguirá disfrutar ya de los efectos de la verdadera filiación legal correspondiente a la de sangre, que permanecen escondidos y no afloran, hasta que llega a constar ostensiblemente esa -insisto- verdadera filiación legal correspondiente la sangre que estaba oculta”.

⁶⁷⁹ Cfr. Ibid., p. 256.

⁶⁸⁰ STS 707/ 2014 de 3 de diciembre (ROJ.: 5107/ 2014), in: [http://www.poderjudicial.es/search/\[6-11-2016\]](http://www.poderjudicial.es/search/[6-11-2016]): “Al amparo de lo dispuesto en el art. 477 2, ordinal tercero de la LEC , el recurso presenta interés casacional, ya que se opone a la doctrina jurisprudencial del

tres tipos de limitaciones frente al principio de veracidad biológica en el momento de la determinación de la filiación:

Las primeras serían aquellas que se deben al procedimiento de la determinación de la filiación biológica. Se trata de los límites de los criterios que prevé la legislación civil para inferir la misma filiación biológica. Nos referimos por ejemplo a los propios desajustes que pudieran producirse por no corresponderse los plazos de la presunción de paternidad fijados desde la medicina hipocrática respecto de los que realmente se han dado en la naturaleza en un caso concreto⁶⁸¹. Efectivamente, la misma seguridad jurídica exige un procedimiento de determinación, que aunque persigue determinar la filiación biológica, como todo método jurídico tiene sus limitaciones y puede dar lugar a desajustes. Tales desajustes se pueden corregir por los interesados

Tribunal Supremo, infringiendo el artículo 7.1 y 2 del Código Civil (por su inaplicación al caso de autos) que establece como principio general del Derecho la buena fe en el ejercicio de los derechos, la prohibición de ir contra los propios actos, el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que unánimemente viene interpretando tal precepto en dichos apartados, puesto en relación con el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impone a los Jueces y Tribunales rechazar las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho, debiendo fijarse como doctrina la de que los Juzgados y Tribunales rechazarán las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado en aquellos supuestos en que el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea, sino que lo hace de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento, máxime cuando se trata de la reclamación de la paternidad de dos hijos”.

⁶⁸¹ M. Gonzales Pérez De Castro, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid 2013, pp. 88-9: “Por otra parte, la doctrina considera que el plazo legal de la concepción (o presunción de concepción) también juega un importante papel como fundamento de la presunción de paternidad¹³². En efecto, de la lectura de los artículos 116 y 117 CC se deduce que el legislador establece un plazo mínimo de gestación de 6 meses y máximo de 10. Asimismo, que el plazo legal de la concepción tiene lugar en los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento del hijo. Sobre la base de estos plazos, si el hijo nace después de los 300 días de la disolución del matrimonio, separación legal o de hecho de los cónyuges, se entiende que fue concebido disuelto el vínculo matrimonial (con el que se extingue la convivencia) o cuando los cónyuges no hacían vida en común Razón por la que no se imputa la paternidad al marido o ex-marido¹, tratándose de supuestos de ausencia de la presunción *pater is est*”.

mediante las acciones de impugnación y reclamación de la paternidad, también con sus limitaciones de legitimación y plazos⁶⁸².

Un segundo grupo diferenciado sería aquellos límites que fija la norma de determinación al conjugar el criterio de atribución de la filiación de la veracidad biológica con otros criterios. Dentro del mismo también podría llegar a considerarse los límites propios del juego de excepciones y contra-excepciones de la ausencia de presunción de matrimonialidad de los 180 primeros días tras el matrimonio, previstos por el artículo 117 del Código Civil⁶⁸³, así como la concesión a la voluntad de las partes que se da en la disposición del artículo 118. También entraría aquí la concesión al principio de formalidad que supone la normativa del reconocimiento. En estos casos, el principio de veracidad biológica viene matizado por el de paz y estabilidad en las relaciones familiares en beneficio del hijo. En realidad no se trataría de una opción del legislador por el principio de voluntariedad de una manera prevalente al de veracidad biológica u otros que conforman el interés del hijo. Consiste más bien en que esta voluntariedad y disponibilidad se instrumentaliza para conseguir estos otros principios de paz y estabilidad en las relaciones familiares que forman parte del interés del hijo. Sin embargo, la misma consideración del interés del hijo supone justamente que por vía judicial pueda variarse esta situación y hacer prevalecer el criterio de veracidad biológica. En este sentido también el criterio de veracidad biológica se consideraría prevalente y aunque con matices sería definitivo en la determinación de la filiación. Entendemos que los otros criterios resultan instrumentales, pero es el de veracidad biológica el criterio que se identifica de forma sustancial y preponderante con el interés del hijo.

⁶⁸² Es decir también la seguridad jurídica, en sus aspectos más elementales supone un límite al ejercicio de la libre investigación de la paternidad y por tanto también al principio de veracidad biológica. Sin embargo, hay que reconocer que esta seguridad jurídica, desde la legislación del Derecho Civil se entiende fundamentalmente en favor del hijo y muy especialmente del hijo menor, esto se comprueba en el estudio realizado de las acciones de filiación.

⁶⁸³ M. Gonzales Pérez De Castro, *La verdad...*, op. cit., p. 89: "Asimismo, si el hijo nace dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, se deduce su concepción prenupcial, época en la que no existía deber de cohabitación. No obstante, la paternidad se atribuye al marido, aunque el hijo nazca un minuto después de la celebración de las nupcias¹³⁶; empero la presunción actúa con menos fuerza. Por ello, se justifica la redacción del artículo 117 CC que permite al marido (o al marido y mujer) destruir extrajudicialmente la presunción a través de una declaración auténtica en contrario".

El tercer tipo de limitación a la veracidad biológica sería aquella que se deriva directamente del interés del hijo, por considerar en un caso concreto que el principio de veracidad biológica puede colisionar directamente con un interés del menor que se considera de mayor protección. Vemos como en este caso no hablamos de una necesidad de conjugar el principio de veracidad biológica, sino que debido al supuesto concreto existe otro principio que es más digno de protección. Estos límites, por tanto, necesariamente tienen que ser comunes a todos los medios de determinación de la filiación pues afectan, justamente, al criterio general prevalente de toda la determinación de la filiación, el del interés del hijo.

El único límite que entraría dentro de esta tercera categoría de una forma meridianamente clara sería el previsto en el artículo 125 del Código Civil para el caso del hijo incestuoso tal y como hemos tratado al principio de este capítulo⁶⁸⁴. Esta limitación a la determinación de la filiación sería aplicable a todos los medios de determinación de la paternidad. La causa es que tal límite vendría a defender derechos fundamentales del hijo como es el mismo derecho a la intimidad derivado del artículo 18 de la Constitución. Este derecho tiene como sujeto al hijo como persona y no solo le afecta como menor. Además, presupone el ejercicio del mismo derecho a la intimidad en un sentido o en otro. Por todos estos motivos el citado artículo 125 en su párrafo 2º prevé la imprescriptibilidad de este derecho a disponer de su filiación por parte del hijo: “Alcanzada por éste la plena capacidad podrá. Mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido”. Así se prevé la posibilidad de anular la filiación determinada por voluntad del hijo; es decir de retroacción de su voluntad que impide la determinación de la filiación. En el mismo sentido cabe recordar las diferencias entre la negativa del hijo al reconocimiento y la del supuesto del artículo 125. Estas diferencias no solo consiste en esta posibilidad de retroacción; también en la imposibilidad en este caso de superarse mediante una acción judicial. Es decir, que mientras que en el caso de la negativa a un reconocimiento que se ajustase a la filiación biológica cabría una determinación

⁶⁸⁴ Vid. Del capítulo actual el pto. 1.1 “Distinción entre atribución, Determinación y acreditación de la filiación en el Derecho Estatal”.

de la filiación por vía judicial⁶⁸⁵, no sucede lo mismo en el caso de la limitación impuesta por el artículo 125 del Código Civil.

Vemos pues como el sistema de determinación previsto por el Código corrobora el criterio de filiación natural como el de atribución de la filiación excepto en los supuestos de atribución jurídica de la misma. De hecho, como terminamos de estudiar el único caso en que se prevé una norma que cierra la posibilidad de determinar la filiación en base a la biología sería la excepción prevista en el artículo 125 para los supuestos de filiación incestuosa. Se trata además de una situación muy anómala en la que salta a la vista un conflicto con el derecho a la intimidad.

No obstante a todo lo antes expresado, el interés del hijo supone que el sistema de determinación de la filiación debe de contemporizar este principio de verdad biológica con otros, así como aplicar unos límites propios de la seguridad jurídica. Esto implica la posibilidad de que la filiación que consta jurídicamente no sea en todo caso y siempre la filiación biológica. En última instancia, no podemos perder de vista que es justamente la necesidad de seguridad jurídica, especialmente para proteger al hijo menor, la que da lugar a la necesidad de una determinación jurídica de la filiación por parte del ordenamiento civil.

También respecto de esta clasificación de los límites a la veracidad biológica en el sistema de determinación cabe añadir que no hemos incluido aquellos límites que se derivan de la determinación de la filiación que consideramos atribuida jurídicamente. Es decir aquella filiación cuya base de atribución no es la biología sino las disposiciones del ordenamiento español. Por tanto esta atribución jurídica de la filiación se da con independencia de que la filiación sea considerada por adopción o por naturaleza, como el caso de la filiación respecto del cónyuge de la mujer sometida a inseminación artificial, o de la donante de un óvulo en el caso de maternidad subrogada. Con ello queda claro que lo que hemos tratado hasta este momento se corresponde con la

⁶⁸⁵ Resulta claro, que esta vía judicial quedaría sujeta a los límites de legitimación activa y temporales previstos por la ley y que estudiamos en el tema anterior (Vid. Cap. V, punto 1.2 Derecho al libre desarrollo de la personalidad; Desarrollo normativo).

determinación de la filiación por atribución biológica o natural, siguiendo la clásica distinción de De Castro⁶⁸⁶, que entendemos resulta coherente y por tanto adaptable a la situación actual en materia de filiación.

Otra reflexión y conclusión común de los medios de determinación de la filiación consiste en la comprobación de cómo las diferencias entre los medios de determinación de la filiación matrimonial y no matrimonial han ido matizándose⁶⁸⁷. Por ello observamos cómo se corrobora en la actualidad que la diferencia más relevante de la clasificación de la filiación en matrimonial o extramatrimonial es, justamente, el medio de determinarla. Así, el análisis de los medios de determinación de la filiación confirma lo que estudiamos al tratar el principio de igualdad y no discriminación por motivo de filiación⁶⁸⁸. Los exponentes más claros de esta tendencia en la regulación del Código Civil a ir asimilando los medios de determinación de la filiación tanto si es matrimonial como extramatrimonial son: en primer lugar, el sistema para inscripción de la maternidad es el mismo en el caso de la filiación matrimonial que extramatrimonial⁶⁸⁹; en segundo, que la necesidad del expediente cuando la inscripción de la maternidad se haga fuera de plazo; en tercero, que las acciones judiciales son las mismas en la vía judicial como medio de determinación de la filiación matrimonial o extramatrimonial.

3.2.- Determinación de la filiación en el Codi Civil de Catalunya

El régimen general de la determinación de la filiación en el Codi Civil de Catalunya viene marcado por el artículo 235-3 que afirma que “La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral

⁶⁸⁶ Vid. Pto. 2.- La atribución de la filiación.

⁶⁸⁷ R. Verdera, “sub art. 115”..., op. cit., pp. 1196-7: “...sin embargo, las diferencias en el plano extrajudicial no son tan absolutas y, en realidad, la discrepancia fundamental se plantea ante la presunción de paternidad marital, curiosamente no mencionada de modo explícito en el art. 115 CC”.

⁶⁸⁸ Vid. Cap. IV, ap. 4.- El principio de Igualdad en razón del origen.

⁶⁸⁹ Vid 3.1 Medios de determinación de la filiación en el Código Civil.

o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre”. En términos similares se manifiesta el artículo 235-9 del mismo Codi Civil de Catalunya para la determinación o establecimiento de la filiación extramatrimonial. La única diferencia es que este último artículo trata del establecimiento de la filiación materna que resulta del nacimiento afirmando: “En cuanto a la madre, en la forma en que la legislación del Registro Civil establece para la inscripción”.

Lo primero que se puede comprobar es que el mencionado artículo ha dejado de observar explícitamente la distinción entre títulos de atribución y de determinación de la filiación. En primer lugar porque, a diferencia del artículo 87 del Codi de familia, el actual Codi Civil de Catalunya ha abandonado el término propiamente jurídico de *determinación* sustituyéndolo por el de *establecerse*. Sin embargo en el mismo artículo se refiere otro hecho distinto, que no constituiría propiamente un medio de determinación de la filiación, sino un título de atribución de la misma como es el nacimiento; en este caso emplea la expresión *resulta*. La mencionada expresión viene a remarcar que no se trata de que el derecho *determine* o *establezca* tal filiación; sino que, previamente, por biología o naturaleza se da tal filiación, es decir *resulta*, o lo que sería lo mismo: *se atribuye*⁶⁹⁰. También hay que observar que incluye dentro de la filiación que se *establece* por el consentimiento del marido a la inseminación artificial heteróloga. Sin embargo, hay que puntualizar que tal consentimiento, consistiría en una atribución jurídica de la filiación y por tanto no solo sería un título de atribución sino que también la determina jurídicamente.

Atendiendo a todas estas consideraciones, entendemos que el nuevo Codi Civil de Catalunya, con otra nomenclatura, *-resulta* y *establece-*, no parece abandonar sustancialmente la distinción basada en la doctrina de De Castro⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ F. Rivero, “La filiación en el Derecho de Cataluña”, in: *Tratado de Derecho de la Familia vol. VII, La Familia en los Distintos Derechos Forales*, Cirzu menor (Navarra) 2011, p. 344 “En cambio respecto de la maternidad, que “resulta del nacimiento”, se podría hablar de un mero de atribución por su directa relación con la procreación, causa iuris y fundamento básico de la filiación; pero también puede serlo de determinación de la maternidad por su particularidad en relación con ella (mater semper certa est)”.

⁶⁹¹ *Ibidem*, p. 344: “procedente del Código de familia (art. 87.2), abordaría la distinción que hace cierta doctrina entre atribución y determinación de la filiación, que algunos relacionan con la

Por el contrario está explicitando una distinción entre estos dos conceptos jurídicos en la misma legislación, si bien utilizando una terminología omnicomprendensiva y diferente a la de la tradición doctrinal hasta el momento. A este respecto hay que tener en cuenta que el concepto de atribución de la filiación, aunque está sobradamente acuñado por la doctrina, no había sido incluido en la legislación civil, pues se entendía como un presupuesto o fenómeno prejurídico. En cambio el Codi realiza esta distinción y eleva a categoría jurídica el termino *resulta* aplicado directamente a la filiación⁶⁹².

Aclarado esto pasamos a estudiar los distintos medios de determinación de la paternidad que fija el Codi Civil de Catalunya en el mencionado artículo 235.3:

A) DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA MATERNIDAD

Respecto de la determinación extrajudicial de la maternidad. Lo primero que se observa en la legislación es que aúna la determinación matrimonial y extramatrimonial. Por lo demás el Código Civil de Catalunya, al igual que la del Código Civil español, Remite a las Leyes y reglamento del Registro Civil⁶⁹³.

B) EL RECONOCIMIENTO

El segundo modo que prevé para la determinación o establecimiento de la filiación es el reconocimiento, cuya definición y características ya hemos estudiado al tratar el mismo en el Código Civil español. En cuanto a los requisitos para el reconocimiento, el artículo 235-11 del Codi Civil de Catalunya

causa de la relación jurídica (que sería siempre la relación biológica, la procreación) y con los medios formales de constatación jurídica de la misma, respectivamente”.

⁶⁹² Por estos motivos no coincidimos plenamente con Rivero cuando sostiene que “El legislador catalán no ha querido hacer la distinción antes sugerida, y los casos que menciona pueden ser identificados con los medios de determinación” (Ibidem, p. 344). Tal opinión se sostendría solo si observamos la distinción entre medios de determinación y atribución como compartimentos estancos y excluyentes, y en la praxis no lo son. Por el contrario, atribución y determinación se implican en la teoría jurídica que explica el concepto de filiación. Esta implicación se da Justamente por ser la atribución un presupuesto, o elemento prejurídico que la doctrina a utilizado para explicar la filiación. Lo que resulta innegable es que el legislador utiliza términos distintos.

⁶⁹³ M. C. Gete-Alonso – J. Solé, *Filiación...*, op. cit., p. 23.

establece una norma diferente respecto a la edad, en esta normativa tiene como criterio fundamental el de capacidad natural para concebir un hijo⁶⁹⁴. En este sentido, el mencionado artículo manifiesta: “1. Los mayores de catorce años tienen capacidad para el reconocimiento de la paternidad. La madre tiene capacidad para el reconocimiento desde que se acredite el hecho del parto, tenga la edad que tenga. En ambos casos es preciso que tengan capacidad natural. 2. Para la validez del reconocimiento hecho por menores no emancipados, es precisa la aprobación judicial, con audiencia del ministerio fiscal”. Se trata de un criterio que pretende favorecer mucho más la coincidencia con el principio de veracidad biológica respecto del criterio de la mayoría de edad que sigue el Código Civil español. En realidad se pretende que también el reconocimiento, siendo un acto formal, se ajuste a la verdad material de la filiación.

Otros requisitos para la validez del reconocimiento, según el artículo 235-12 del Codi Civil de Catalunya hacen referencia a la persona del reconocido. A este respecto el mencionado artículo prevé que para la eficacia del reconocimiento del mayor de edad hay que contar con el consentimiento expreso o tácito del hijo. En estos casos se tiene por consentimiento tácito cuando el hijo se comporte como tal. Si el que se pretende reconocer fuera un menor o incapaz, fuera del plazo establecido para la inscripción del nacimiento, requerirá consentimiento judicial previa audiencia del ministerio fiscal, del representante legal del menor y del otro progenitor, si es conocido.

Conviene precisar que si se menciona al otro progenitor de forma diferenciada al representante legal es debido a la posibilidad de que se den situaciones en que el progenitor no ejerza la representación legal del menor, o que no esté determinada jurídicamente la filiación. De acuerdo con esto, concluye Quesada para el caso de que el progenitor esté privado de la potestad parental: “creo que éste también debe de ser oído porque puede aportar información sobre la veracidad de la filiación que se pretende determinar y en ese supuesto no se exime al juez del deber de escucharlo- a diferencia de lo que

⁶⁹⁴ M.C. Quesada, “La Regulación de la Filiación...”, op. cit., p. 266.

ocurre cuando se tramita la adopción de un hijo”⁶⁹⁵ La misma autora manifiesta la posible colisión entre esta norma que terminamos de estudiar con la prohibición a quien reconoce de manifestar la identidad del otro progenitor, tal y como se establece en el artículo 235-9.2 del Codi⁶⁹⁶. La realidad es que difícilmente podrá oírse al otro progenitor si el que reconoce tiene prohibido manifestar la identidad para aquél para que conste.

Otra peculiaridad importante de la legislación catalana respecto de este consentimiento del reconocido es que el legislador ha dejado claro la relatividad del valor del mismo. En este sentido afirma el artículo 235.12-2 del Codi Civil de Catalunya: “El padre y la madre pueden reclamar que se declare judicialmente la paternidad o la maternidad no matrimoniales aunque el hijo haya denegado el consentimiento a que se refiere el apartado 1”⁶⁹⁷. A este respecto Rivero justifica el sentido de esta norma “para evitar que, al frustrarse el reconocimiento por denegación del consentimiento del hijo mayor de edad – a veces, arbitrariamente, por negativa irrazonable-, no quede determinada la filiación, lo que puede ser injusto”⁶⁹⁸. En este punto concreto, la diferencia respecto de la normativa del Código Civil español, parece más programática que efectiva. Esto porque, en todo caso, también en la legislación del Código Civil español los padres podrían acudir a una acción judicial de reclamación de la filiación⁶⁹⁹. A este respecto en el mismo artículo 235.-12 del Codi se reconoce que la sentencia declarativa de la paternidad en estos casos no produciría los efectos propios de la filiación del artículo 235-2.2. La causa sería para impedir que quien se hubiera retrasado en reconocer al hijo para evitar hacerse cargo de las responsabilidades de la paternidad o maternidad no se beneficie ahora del

⁶⁹⁵ Cfr. M.C. Quesada, “La Regulación de la Filiación...”, op. cit., p. 268.

⁶⁹⁶ Ibidem.

⁶⁹⁷ El origen de esta norma se encuentra en la anterior Ley de Filiación de 1991(BOE 13833), en su artículo 11.3: “el padre y la madre están legitimados para cualquier acción de reclamación de paternidad o maternidad no matrimonial, en nombre e interés propios, en los casos en que su reconocimiento no haya resultado eficaz por defecto de consentimiento del hijo o de la aprobación judicial”.

⁶⁹⁸ Cfr. F. Rivero, “La filiación en el Derecho de Cataluña”, op. cit., p. 388.

⁶⁹⁹ Tras la declaración de inconstitucionalidad del párrafo 1º del artículo 133 Código Civil Español por la STS 273/2005 también los padres pueden reclamar la filiación no matrimonial cuando aunque no exista posesión de estado. (Vid. Cap. V. punto I. 2. El derecho a conocer la paternidad; desarrollo normativo).

derecho de alimentos. La única salvedad sería que se demostrase causa justificada para el retraso en el reconocimiento⁷⁰⁰.

Como consecuencia, entendemos que en la legislación catalana, si bien el reconocimiento es un acto formal, como ocurre en el Código Civil, existen preceptos que dejan más clara la vinculación con la veracidad biológica de la filiación. A esta conclusión se puede llegar si atendemos a la vinculación explícita que hace el Codi Civil de Catalunya⁷⁰¹ de la edad mínima para el reconocimiento respecto de la edad natural, mientras que el Código Civil español⁷⁰² habla simplemente de la mayoría de edad. Por otra parte, también la referencia del artículo 235-12 del Codi Civil de Catalunya a la aprobación “del otro progenitor” también permite una interpretación más extensa que la del artículo 125 del Código Civil que habla de “del progenitor, legalmente conocido”. Esta posibilidad que cabría dentro del Codi de que se preguntara también al cónyuge no establecido legalmente sería un instrumento para obtener información respecto de la veracidad de la filiación que se pretende reconocer. Por último, también apuntaría a esta mayor relevancia del principio de veracidad biológica dentro de la regulación del reconocimiento, la posibilidad de recurso judicial de aquel reconocedor que ve frustrado su reconocimiento por falta de anuencia del hijo, como terminamos de ver.

Ciertamente todas estas diferencias en la legislación no obstan para que en la regulación Catalana, al igual que en el Código Civil español, el reconocimiento se considere un acto formal. Así mismo, el principio de formalidad está presente de una manera mucho más intensa que en otros medios de determinación de la filiación. Sin embargo, la relevancia del ajuste a la veracidad material y biológica en el reconocimiento resulta mayor en el Codi Civil de Catalunya que en el Código Civil español, a la vista de la regulación

⁷⁰⁰ En este apartado Rivero desarrolla esta normativa específica respecto de esta acción en favor de aquel que se ve frustrado en su voluntad de reconocer. Respecto de este tema plantea una excepción a la limitación de la eficacia de la declaración de paternidad y maternidad en estos casos. Tal excepción consistiría en la prueba de un motivo razonable para este retraso. En la misma cita como precedente jurisprudencial la STSJC de 18 de febrero (RJ 1992, 3900) de la regulación que se actualmente se deriva del artículo 235-12.2 del Codi Civil de Catalunya. (F. Rivero, “La filiación en el Derecho de Cataluña” ..., op. cit., pp. 388-9)

⁷⁰¹ Art. 235-11 CCC.

⁷⁰² Art. 124 del CC.

concreta de la misma. Además, el ajuste a la veracidad biológica se podría conseguir por vía judicial siempre que se cumplan los requisitos de las normas de legitimación. En todo caso, la regulación específica de la posibilidad de este recurso en el Codi Civil de Catalunya para salvar un escollo formal como sería el consentimiento del reconocido sería una expresión del legislador Catalán de la relevancia del principio de ajuste a la verdad material o biológica.

Esta relevancia del principio de veracidad material va más allá de la atención material del hijo, y supone una consideración amplia del interés y la “protección integral” del hijo protegido por la Constitución en el artículo 39.2. De esta manera la consideración del legislador Catalán de este precepto que se refleja en la legislación sobre el reconocimiento tampoco se limita a aspectos asistenciales y relativos a la patria potestad, sino que incluiría los aspectos identitarios y relativos a la intimidad y a la libre formación de la personalidad. Desde esta visión se explicaría la existencia de esta posibilidad de determinar la filiación contra la denegación del consentimiento del reconocido, incluso privando a esta determinación de la filiación de efectos jurídicos que le son propios.

C) EL CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE EN LOS CASOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA

Otro medio de establecer la filiación paterna o materna previsto por el artículo 235-3 del Codi Civil de Catalunya sería el consentimiento del cónyuge en los casos de reproducción asistida heteróloga. Sin embargo, según hemos estudiado al hacer una primera aproximación a este artículo, se trata de la determinación de una filiación que se atribuye en base a un acto jurídico de la persona, como es el consentimiento a la técnica de reproducción asistida. Es por ello que la estudiaremos de manera específica, tanto la atribución como la determinación de esta filiación derivada del consentimiento a las técnicas de reproducción asistida en el capítulo siguiente, donde abordamos los medios de atribución jurídica de la filiación.

D) LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EXPEDIENTE SEGUIDO EN EL REGISTRO CIVIL

Un medio más de determinación o establecimiento de la filiación según el artículo 235-3 del Codi Civil de Catalunya es justamente la resolución dictada en expediente seguido en el Registro Civil. Respecto de este medio habría que afirmar que por más que se mencione en el Codi conjuntamente con las resoluciones judiciales, tendríamos que tratarlo de dos formas claramente diferenciadas y se trataría de un medio extrajudicial. La normativa de los artículos 235-3 y 235-9 del Codi Civil de Catalunya remiten a la regulación del Registro Civil, ya tratada al estudiar este medio de determinación de la filiación en el Código Civil español.

E) RESPECTO DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN

Esta determinación es reconocida como medio de determinación en el mismo artículo 235-3 del Codi Civil de Catalunya, ya la hemos desarrollado al tratar de las acciones judiciales de filiación en el Derecho catalán⁷⁰³.

F) EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN O ESTABLECIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

A este respecto el Codi Civil de Catalunya lo primero que hace es fijar un periodo legal de gestación en base a las investigaciones biomédicas desde la ciencia hipocrática. En este sentido afirma el artículo 235.4: “El período legal de concepción comprende los primeros ciento veinte días del periodo de gestación, que se presume de un máximo de trescientos días, salvo que pruebas concluyentes demuestren que el periodo de gestación ha durado más de trescientos días”. La presunción de paternidad matrimonial, tal y como la tratan el artículo 235-5 y 235-6 del Codi se da hasta los 300 días tras la separación. Sin embargo, establece las siguientes diferencias respecto de la legislación del Código Civil español:

⁷⁰³ Vid. Cap. IV, ap. 1.4, pto. B) La reclamación e impugnación de la paternidad maternidad y filiación en el Derecho civil catalán.

a) La primera que también se extenderá a la filiación extramatrimonial. Con ello queremos decir que si bien el artículo 235-3 del Codi Civil de Catalunya solo hace referencia a la presunción de paternidad dentro del matrimonio para determinar la filiación; pero el artículo 235-10 extiende esta presunción al ámbito extramatrimonial. A este respecto afirma el mencionado artículo: “se presume que es padre del hijo no matrimonial: ...a) El hombre con el que la madre ha convivido en el periodo legal de concepción...b) El hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el periodo de concepción...”. Entendemos que, por más que esta disposición se encuentre en un artículo distinto de aquel que fija los medios de determinación de la filiación, estamos ante un medio legal de determinación de una filiación paterna extramatrimonial.

En este tema hay que reconocer que, en la mayoría de los casos, esta disposición se aplica en el ámbito judicial de reclamación e impugnación de la filiación; por tanto, no constituye un medio autónomo de determinación de la misma⁷⁰⁴. Sin embargo, no es menos cierto que habría supuestos en los que sí resultaría de aplicación directa, como determinación de la filiación paterna extramatrimonial. Dentro de estos medios de fijación de la filiación paterna extra matrimonial está el caso de las parejas estables formalizadas públicamente de acuerdo con el artículo 234-1.c del Codi Civil de Catalunya. En estos casos de parejas legalizadas y a efectos de este medio de determinación de la filiación paterna se asimilarían al matrimonio; si bien, como resulta obvio, darían lugar a una filiación no matrimonial.⁷⁰⁵

b) Otra cuestión distinta en ambos códigos, según constatamos, se refiere justamente a la posibilidad de considerar la paternidad matrimonial respecto del hijo transcurrido este periodo de 300 días tras la separación. El Codi Civil de

⁷⁰⁴ En este sentido afirma Puig i Ferriol: “Es tracta d’un mitjà d’atribució de la paternitat d’una tradició més que mil·lenària, que té el seu origen i fonament en el deure de lleialtat que l’art. 232-2.1 imposa als cònjuges i que des d’aquesta perspectiva, no es fa extensiu al supòsit d’existir entre els progenitors una situació de convivència estable en parella, ja que per aquest supòsit l’art. 235-10.1a es limita a establir una presumpció de paternitat a càrrec de l’home que conviu amb la mare en la situació de convivència estable en parella al temps de la concepció del fill.” (Ll. Puig i Ferriol “La filiación”, in: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, E. Roca y Ll. Puig i Ferriol, Valencia 2014, p. 451).

⁷⁰⁵ F. Rivero, “La filiación en el Derecho de Cataluña”, op. cit., p. 347.

Catalunya no prevé la determinación de la filiación por la declaración de ambos cónyuges transcurrido el plazo de la presunción, tal y como reconoce el artículo 118 del Código Civil español⁷⁰⁶. Sin embargo el artículo 235-5.2 del Codi Civil de Catalunya contempla la consideración de matrimonial “si se prueba que han nacido a consecuencia de las relaciones sexuales entre los cónyuges”. Como señala Quesada, esta diferencia tiene una consecuencia práctica consistente en que: “...para que en este caso quede determinada la paternidad matrimonial creo habrá que ejercitar una acción de reclamación, porque el Derecho civil catalán no contempla expresamente la posibilidad de que se determine extrajudicialmente como sucede en el Código Civil español”⁷⁰⁷. Además, en todos estos casos, habrá que alegar y probar que la gestación ha durado más de 300 días en el procedimiento de reclamación⁷⁰⁸. Esto será un requisito probatorio necesario para poder acreditar que el hijo es fruto de las relaciones sexuales entre los cónyuges.

Otra cuestión que se derivará de la mencionada posibilidad de la prueba de que los hijos “han nacido consecuencia de las relaciones sexuales entre los cónyuges” es la consideración de hijos matrimoniales o extramatrimoniales: “Si el hijo nace después de los 300 días siguientes a la nulidad o a la disolución del matrimonio, sólo tendrá la condición de matrimonial, si se prueba que las relaciones sexuales tuvieron lugar antes de producirse estos efectos (nulidad o disolución), es decir, cuando los progenitores todavía estaban casados porque la sentencia de nulidad o de divorcio aún no era firme. Y si la causa de la disolución del matrimonio fue el fallecimiento del marido habrá que probar que el niño fue engendrado por él”⁷⁰⁹.

c) Las excepciones de la presunción de paternidad de los primeros 180 días de convivencia matrimonial requerirá que la declaración del padre, además de hacerse en forma auténtica, “debe entrar en el Registro Civil en el plazo de los seis meses siguientes al nacimiento”; así lo establece el artículo 235-6.1 del Codi Civil de Catalunya. Otra diferencia se daría en los supuestos de la contraexcepción en favor de la presunción de paternidad. El mencionado

⁷⁰⁶ M. C. Quesada, “La Regulación de la Filiación...”, op. cit, p. 262.

⁷⁰⁷ Cfr. Ibidem, p. 262.

⁷⁰⁸ Ibidem, p. 262.

⁷⁰⁹ Cfr. Ibidem, p. 262.

artículo 235-6 en el punto 2.c prevé que el desconocimiento del padre no surta efecto “Si la madre demuestra la existencia de relaciones sexuales con el marido durante el período legal de la concepción”⁷¹⁰. El Código Civil español⁷¹¹ también prevé las otras dos posibilidades de ineficacia del desconocimiento que recoge el mencionado artículo del Codi Civil de Catalunya: “a) Si el marido ha conocido el embarazo antes de contraer matrimonio, salvo que la declaración a que se refiere el apartado 1 se haya hecho con el consentimiento de la mujer...b) Si el marido ha admitido la paternidad de cualquier forma”⁷¹². Pero no considera la demostración de existencia de relaciones sexuales entre las partes como una imposibilidad a que opere el desconocimiento del padre como excepción a la presunción matrimonial. Cabe recordar que en este punto estamos estudiando la determinación extrajudicial de la filiación, pues en la vía judicial estaría vigente el principio de libertad de prueba⁷¹³.

d) Otra diferencia entre ambas legislaciones sería que el artículo 235-5.3 del Codi Civil de Catalunya prevé explícitamente que si existe un segundo matrimonio antes de los 300 días posteriores a la separación se presume que el padre es el segundo marido. En estos casos, este segundo marido podría desconocer la filiación si se ha dado en los 180 días posteriores al matrimonio. Así mismo, también podría ejercitar una impugnación judicial de la filiación. A este respecto cabría plantearse la duda de si operaría automáticamente la presunción de que el hijo es del primer marido o habría que recurrir a la vía judicial para determinar esta paternidad. No podemos dejar de tener en cuenta que el Codi no se pronuncia al respecto, por lo que tácitamente no cabría pensar que opera una presunción como es la de paternidad. Así, en todo caso, cabría el ejercicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad.

e) Por lo que respecta a la matrimonialización de los hijos, la norma del artículo 235-7.1 del Codi Civil de Catalunya prevé una disposición similar a la ya estudiada del artículo 119 Código Civil español⁷¹⁴. Así el Codi, al igual que la

⁷¹⁰ Cfr. Art. 235-6.2 CCC.

⁷¹¹ Art. 117 CC.

⁷¹² Cfr. Art. 235-6.2 CCC.

⁷¹³ Art. 767.2 L.E.C.

⁷¹⁴ Vid el pto. A. del mismo apartado: “Medios de determinación de la filiación en el Derecho Civil Español”.

normativa del Código Civil, considera que la filiación en los casos de hijos matrimonializados podrá ser determinada por los medios de la filiación matrimonial. Sin embargo existe una diferencia importante entre la regulación de ambos códigos, esta vendría dada respecto a los medios de impugnación. Efectivamente el Codi Civil de Catalunya en su artículo 235-7.2 establece como medios de impugnación de esta filiación matrimonializada por subsiguiente matrimonio los propios de la filiación extramatrimonial. A este respecto parece muy oportuna la observación que hace Rivero: “es muestra de que hay un cambio de la situación jurídica del hijo en relación con el momento del matrimonio”⁷¹⁵. De esta manera, queda más patente en el Derecho catalán la diferencia entre el régimen de matrimonialización de los hijos respecto de aquellos que son considerados matrimoniales desde su nacimiento.

G) CONCLUSIONES RESPECTO DEL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN:

En primer lugar una mayor preocupación por la coincidencia entre filiación jurídica y filiación biológica⁷¹⁶. Esto se comprueba fundamentalmente en la normativa respecto del reconocimiento y también a la hora de estudiar las presunciones de paternidad. Esta preocupación por el principio de veracidad material viene concretada en toda una serie de disposiciones que tienden a posibilitar el esclarecimiento y la relevancia de la realidad biológica en el sistema de determinación de la filiación. Así, a la hora de determinar la filiación, el Codi Civil de Catalunya optaría en muchas ocasiones por primar el criterio de veracidad material cuando el Código Civil se acoge al criterio de voluntariedad matizando el principio general de veracidad biológica.

Otra conclusión que nos atrevemos a sacar sería una mayor influencia de la distinción entre los criterios de atribución y determinación de la filiación. A esta conclusión llegamos tanto por la nueva terminología empleada en la que deja de referirse a la determinación de la filiación para distinguir entre la filiación que *resulta* y la que se *establece*. Si bien como ya hemos estudiado no se puede hacer una equiparación de la terminología vemos como esta nueva

⁷¹⁵ Cfr. F. Rivero, “La filiación en el Derecho de Cataluña”..., op. cit., p. 370.

⁷¹⁶ J. Solé, *Filiación...*, op.cit., p. 18.

terminología resulta equivalente a los términos de atribución y determinación de la filiación. Esta idea no vendría sostenida tan solo por el cambio terminológico sino por el contenido de la regulación de los mismos medios de determinación de la filiación donde la preocupación por el ajuste a la veracidad biológica es mayor.

En definitiva, esta nueva terminología vendría justamente a basarse en este criterio y permitir diferenciar los supuestos en que la filiación ha de seguir criterios distintos al biológico como presupuestos de la misma. Esta distinción entendemos que resulta favorecedora de una praxis más coherente con el derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y fundamentalmente la libertad de conciencia del hijo. En definitiva, el sistema de determinación de la filiación del Codi Civil de Catalunya se muestra más sensible y abierto a considerar la protección integral de los hijos más allá de una asistencia material y jurídica. En esta normativa subyace una concepción de la protección integral de los hijos con una mayor consideración de sus derechos identitarios y de libertad de conciencia. Este punto de vista del principio constitucional pasaría a profundizar en lo que supone una asistencia “en todo orden” y una protección del menor por el ordenamiento jurídico que va más allá del deber asistencial de los padres.

Capítulo VI.- ATRIBUCIÓN JURÍDICA DE FILIACIÓN POR NATURALEZA Y POR ADOPCIÓN EN DERECHO CIVIL ESPAÑOL

1.- Atribución jurídica de la filiación; la adopción

Lo primero que vamos a advertir en este punto es que no se trata de hacer aquí un estudio de todos los aspectos del instituto de la adopción porque, a demás de ser imposible hacerlo en un apartado, excedería la temática de nuestro trabajo de investigación. Solamente estudiamos la adopción como un medio de atribución de la filiación y exclusivamente desde este punto de vista. Así mismo tampoco nos interesan ni podemos desarrollar todos los aspectos, sino aquellos que nos sirven para hacer un estudio comparativo con el ordenamiento canónico. Siguiendo en este criterio señalamos específicamente como no hemos desarrollado aspectos procesales o procedimentales del expediente previo, a excepción del consentimiento y asentimiento a la adopción por afectar directamente a la configuración del medio de atribución de la filiación que es. Tampoco hemos desarrollado los efectos de la adopción por exceder las pretensiones de este trabajo de investigación. De esta manera este apartado pretende ser un estudio de la adopción como medio de atribución de la filiación en los aspectos útiles para poder hacer un estudio comparado y relacional del ordenamiento civil y canónico en esta materia.

1.1 Definición de Adopción en el ordenamiento civil español actual.

A la hora de estudiar esta forma jurídica de atribución de la paternidad, debemos de partir de una definición clara de lo que es la adopción. A este respecto nos la da Albaladejo: “es un acto solemne que da al adoptante como hijo del adoptado, creándose así un vínculo de parentesco puramente jurídico,

pero por disposición legal, con igual fuerza y efectos que si fuera de sangre”⁷¹⁷. Así, el efecto principal de la adopción es que los adoptados pasan a considerarse como hijos de aquél o aquellos que los adoptaron. Esto diferencia a la adopción de otras figuras también reconocidas y reguladas por los ordenamientos jurídicos como la tutela, la curatela, la guarda, el acogimiento etc... En todas estas últimas la persona extraña a la familia natural pasa a formar parte de la misma, en un sentido amplio de familia, pero no adquiere la consideración de hijo. Así en la adopción se adquiere tanto el *status ilii* respecto del adoptante, como también el *status familiae*. Por tanto como consecuencia de la adopción cesa en adelante el parentesco del adoptado con los miembros de su *exfamilia*.

Cuando hablamos de la realidad jurídica de la adopción, estamos hablando de un título constitutivo de la filiación. Así, no se trata de una constatación y aprehensión de las realidades naturales de la filiación, paternidad y maternidad. Por lo tanto no estamos hablando de una forma de determinación jurídica de la filiación. En consecuencia se trata de una auténtica forma de atribución de la filiación de origen puramente jurídico, al margen del hecho biológico. De esta manera debe de ser reconocida la adopción como un verdadero título de atribución de la filiación genética. Pero al mismo tiempo es evidente que el modo de atribución de la filiación es distinto de la determinación de la filiación por naturaleza, y de índole directamente jurídica⁷¹⁸.

De acuerdo con todo lo antedicho, es importante, no perder de vista la definición de adopción. El motivo es que esta definición se corresponde a la denominada adopción plena, que es la única reconocida como tal en el Derecho

⁷¹⁷ M. Albaladejo, “Curso...”, op. cit., p. 263.

⁷¹⁸ Según Blasco Gascó: “La adopción es un tipo de filiación en cuya base no se halla una relación de naturaleza o generación entre las personas, sino un acto voluntario del adoptante o adoptantes en su caso, y del adoptando, si es mayor de 12 años y una determinada decisión judicial que constituye la relación de filiación entre aquellos. Por ello, algunas veces se ha denominado a la adopción “filiación civil”. En definitiva, mediante la adopción se crea una relación de filiación entre dos personas que no descienden la una de la otra” (F. Blasco Gascó, “La adopción”; in: *Derecho de Familia*, Valencia 1997, p. 331).

secular español. Sin embargo no en todos los ordenamientos jurídicos estatales se entiende por adopción la adopción plena, o al menos de forma exclusiva. Tampoco ha sido este el único sistema de adopción admitido en el Derecho español históricamente⁷¹⁹. Así, actualmente en otros ordenamientos jurídicos existen modalidades de adopción que no supondrían una ruptura total de las relaciones jurídicas del adoptado con la familia biológica⁷²⁰. Por el contrario la legislación española ha experimentado una evolución histórica en materia de adopción aumentando la segregación del adoptado de su familia anterior y la integración en la nueva hasta ser completa en la reforma del Código Civil por la ley del 81⁷²¹.

1.2.- Adopción como atribución jurídica de la filiación en el Derecho civil

Al estudiar el artículo 108.1 del Código Civil cuando afirma que: “La filiación tiene lugar por naturaleza o por adopción”, dentro del contexto de una investigación sobre la determinación de la filiación, resulta de gran importancia fijarnos en los términos utilizados por el legislador e interpretarlos según los criterios fijados por el artículo 3 del mismo Código. De especial importancia resultará el criterio del sentido propio de sus palabras. En este sentido habría que atender especialmente al término “tiene lugar” que se refiere a la filiación, así como a la preposición modal *por* referida a las maneras de *naturaleza* y *adopción*. Ciertamente si nos fijamos en el primer criterio de interpretación de

⁷¹⁹ El art. 172.1 del CC. en su redacción de 1898 decía que: “la adopción puede ser plena o simple” Tras las sucesivas reformas en la realizada el 11 de noviembre de 1987 se ha unificado totalmente la adopción y se ha completado la plena inserción en la nueva familia por parte del hijo, y la segregación de la familia de origen.

⁷²⁰ Un ejemplo claro de esto son los ordenamientos islámicos que se inspiran en la Sharia que prohíbe la adopción plena (A. Motilla, “El derecho sucesorio islámico”, in: *Derecho de familia islámico, los problemas de adaptación al Derecho Español*, Navarcarnero [Madrid] 2002, pp. 98-100).

⁷²¹ Así el art. 172 del CC de 1898 afirmaba: “la adopción puede ser plena o simple”, en la legislación actual el art. 178. 1 se aclara: “1. La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”. (E. Lalaguna, *El Código Civil y sus reformas*, Valencia 1991, p. 144).

las normas que establece el Código Civil⁷²² fácilmente caemos en la cuenta que en este párrafo el legislador lo que está haciendo es referirse a una clasificación de la filiación atendiendo a los modos de atribución de la filiación. Es decir, no habla directamente de una clasificación de la filiación atendiendo a los modos de determinación como si lo hace posteriormente en el segundo párrafo de este mismo artículo 108 en relación a la procedencia matrimonial. Este segundo párrafo del mencionado artículo refiere que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos...”⁷²³.

Así mismo, vemos como el término utilizado por el primer párrafo del mencionado artículo 108 del Código Civil nada tiene que ver con la determinación jurídica de la filiación. En este sentido, el significado de la expresión “tiene lugar” deja claro que no se trata de la consecuencia de una actuación en el orden del Derecho, ni declarativa, ni constitutiva del título jurídico, sino a un presupuesto del mismo. También, la misma ubicación dentro del Código Civil es anterior al apartado destinado a la determinación de la filiación.

Resulta muy interesante a la hora de esclarecer la el verdadero alcance respecto de este primer párrafo del artículo 108 del Código Civil la búsqueda de un término similar dentro del ordenamiento Jurídico. En este sentido, resulta muy llamativa la analogía del significado de la mencionada expresión referida a la filiación *tiene lugar* según el “sentido propio de sus palabras”⁷²⁴ y la expresión que utiliza el artículo 235-3 del Codi Civil de Catalunya para referirse a la filiación materna por naturaleza. El Codi en esta ocasión utiliza el término *resulta* en referencia a la filiación, tal y como ya hemos estudiado. En ambos casos se utiliza términos muy diferenciados a la *determinación*, según el Código Civil Español en el capítulo II del Título V, y también muy distintos de *establecimiento* utilizado en el mismo artículo 235-3 del Codi Civil de Catalunya.

⁷²² Art. 3.1 CC.

⁷²³ Ya hemos tratado en los medios de determinación de la filiación que los arts. 115 y 120 del CC. distinguen entre aquellos medios que determinan la filiación matrimonial y la adoptiva, en los casos de la filiación por naturaleza.

⁷²⁴ Art. 3.1 CC.

Además ambos términos a los que nos referimos - *tiene lugar* (art. 118.1 CC.) y *resulta* (art. 235-3 CCC.) - se refieren a un presupuesto del título jurídico; por tanto no se contraponen a la determinación jurídica de la filiación, sino que son previos a la misma.

En consecuencia de todo lo estudiado anteriormente concluimos que el mismo artículo 108.1 del Código Civil, establece la adopción como un medio de atribución de la filiación que da lugar a una clase de filiación distinta a la filiación por naturaleza⁷²⁵. Así, en el caso de la adopción, el título de atribución de la filiación sería una resolución judicial constitutiva de tal adopción. De esta manera, en la filiación adoptiva coincidiría atribución y determinación de la filiación⁷²⁶.

En todo caso, conviene distinguir una doble acción normativa del artículo 108 del Código Civil Español: la de distinguir dos clases de filiación de acuerdo con los medios de atribución de la filiación; y la de clasificar la filiación conforme a sus medios de determinación. Así esta doble clasificación de la filiación se regula en el párrafo 1º y 2º del mencionado artículo,

⁷²⁵ M. Albaladejo, "*Curso ...*", p. 202: "Por último, la filiación biológica puede ser desplazada por la adopción, que saca a quien es adoptado, de la familia y padre de sangre que tuviera y le da la paternidad y familia del adoptante o simplemente le da éstas sin sacarlo de ningunas otras, si es que era hijo de padres desconocidos"; R. Barber, "Sub. 108" in: *Código Civil Comentado*, Vol, I, Civitas Thomson Reuters, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Ciruz Menor (Navarra) 2011, p. 573: "La primera regla presupone el mantenimiento de una clasificación legal de la filiación, que vienen a sustituir la discriminatoria presente en la redacción original del Código civil. Como habitualmente en Derecho, dicha clasificación no es un mero empeño escolástico, sino que responde a consideraciones de orden fáctico y comporta consecuencias en su respectivo régimen jurídico...".

⁷²⁶ J. Nanclares, "Sub. Art. 120 CC." in: *Código Civil Comentado*, Vol, I, Civitas Thomson Reuters, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Ciruz Menor (Navarra) 2011, p. 615: "...En la actualidad, la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales tienen sentido en materia de determinación de la filiación y no siendo necesario determinarla cuando exista adopción, pues el auto judicial no determina sino que constituye el vínculo de filiación entre adoptado y adoptantes, carece de sentido clasificar la adoptiva en función del estado civil de los adoptantes. Afirmación que parece cuestionada por el artículo 77 párrafo segundo RRC, que tras la modificación introducida por el Real Decreto 820 /2005, de 8 de julio, afirma que en caso de adopción, si los solicitantes del traslado de inscripción así lo piden, "en la nueva adopción, si los solicitantes del traslado de inscripción así lo piden, "en la nueva inscripción de nacimiento constarán solamente, además de los datos del nacimiento del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y, en su caso, la oportuna referencia al matrimonio de estos".

respectivamente. El motivo de la necesidad de esta distinción sería que mientras que la clase de filiación adoptiva se corresponde de forma unívoca a la atribución por una resolución judicial de adopción, no ocurre lo mismo con la clase de filiación por naturaleza⁷²⁷. Ciertamente, en este caso existiría un margen de equívocidad en el término “filiación por naturaleza”⁷²⁸ como estudiaremos en el apartado siguiente, al tratar la atribución de la filiación habida mediante técnicas de reproducción asistida⁷²⁹.

Precisamente, en mor de preservar la univocidad del concepto jurídico de filiación adoptiva, y de poder dar luz al análisis posterior de algunos supuestos de atribución de la filiación, conviene delimitar en qué consiste el acto jurídico de atribución y determinación de la filiación por adopción. En este sentido resulta totalmente esclarecedor lo previsto por el mismo artículo 176 del Código Civil Español: “La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”. Por tanto la filiación adoptiva, a diferencia de la filiación por naturaleza, tiene como título de atribución de la filiación la resolución judicial. En este sentido, no sería suficiente para definir tal título de atribución el decir que es la disposición legal

⁷²⁷ Ll. Puig i Ferriol “La filiación”, in: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, E. Roca y Ll. Puig i Ferriol, Valencia 2014, p. 451: “En conseqüència l'apartat 1 del precepte “La filiació pot tenir lloc per naturalesa o per adopció” no suposava establir uns criteris sobre determinació de la filiació, sinó que tenia un abast diferent, com era posar de manifest que la filiació per tenir els seus origen en uns fets derivats de les lleis de la naturalesa o en un acte d'autoritat, que és una qüestió aliena als mitjans que estableix la llei per a determinar, en sentit jurídic, els diferents supòsits de filiació que admet la llei. Distinció que posa de manifest el llibre segon del Codi Civil de Catalunya, ja que regula en un altre precepte —concretament el seu art. 235-3— els diferents mitjans de determinació de la filiació per naturalesa segons la normativa catalana”.

⁷²⁸ R. Barber, “Sub. 108” in: *Civil Comentado, Vol. I, Civitas Thomson Reuters*, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Ciruz Menor (Navarra) 2011, pp. 573-4: “También es filiación por naturaleza la nacida mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida, que el art. 6 de la ley 14/2006 de 26 de mayo, somete en cuanto a su determinación a la regulación del Código, a salvo las especialidades contenidas en ella y que pueden resumirse en la situación del dato biológico, más allá de la maternidad -siempre pero no sólo determinada por el parto-, por el consentimiento para la práctica de dichas técnicas. ...Conforme a exigencias fácticas, el régimen que rige la determinación de la filiación por naturaleza y la constitución de la adopción es radicalmente diferente, en cuanto fruto aquella de una relación sexual y ésta de una decisión judicial...”.

⁷²⁹ Vid T. VI. Capítulo 3.1 “Atribución de la filiación en los casos de reproducción asistida”.

pues, como estudiaremos, también existe algún supuesto de filiación natural en el que es la ley y no la biología la que atribuye la filiación⁷³⁰. Así la especificidad de la filiación por adopción es que su título de atribución es una resolución judicial⁷³¹.

A.- LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMO TÍTULO DE ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN POR ADOPCIÓN

La delimitación del contorno del título de atribución de la adopción la realiza el legislador al regular el sistema de adopción en España como un sistema de tipo jurisdiccional en el mencionado artículo 176 del Código Civil y siguientes. Así, frente a otros sistemas la filiación adoptiva, la adopción en el ordenamiento español no viene atribuida por una disposición legal que se concrete en un negocio contractual entre las partes, ni tampoco en un acto de disposición de la autoridad administrativa. De esta manera el legislador, al regular la adopción, está delimitando un sistema de atribución jurídica de la filiación que prima el bien del menor a la autonomía de la voluntad de los padres biológicos o de quienes pretenden adoptar. Pero, además, se opta por un criterio de interpretación judicial del bien del menor que supone una garantía de seguridad jurídica en la atribución de la filiación y estabilidad en las relaciones familiares, que también se justifica desde el bien del menor⁷³².

Más allá de lo antedicho, la especificidad del supuesto fáctico del título de atribución jurídica adoptiva frente a otras atribuciones biológicas o legales

⁷³⁰ Nos referimos fundamentalmente a la atribución jurídica de la filiación en base al valor que la LTRHA otorga al consentimiento del esposo o de la pareja al recurso de la mujer a las Técnicas de Reproducción asistida, o en su caso al consentimiento de la esposa de esta mujer que recurre a las técnicas de reproducción asistida. Vid. Ap 2, atribución y determinación de la filiación por reproducción asistida.

⁷³¹ I. Miralles, "La Adopción del Menor: Conflicto de Intereses", in: *RJC* n. 1, 2009, p. 141: "Hoy se considera que la adopción no es un negocio de familia sino que es un acto procesal de autoridad. Ello nos lleva a tener que explicar por qué consentimiento y asentimiento son actos procesales. La adopción es un acto judicial no siendo constitutivos de dicho acto ni el consentimiento ni el asentimiento. Su razón de ser responde a antecedentes lógicos y legales...".

⁷³² M.A. Pérez Álvarez, "Sub. Art. 176 CC." in: *Civil Comentado, Vol. I, Civitas Thomson Reuters*, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Ciruz Menor (Navarra) 2011, p. 908-10.

que dan lugar a la filiación por naturaleza resulta fundamentalmente en que es la única atribución que no se da previamente al parto. Ciertamente, tanto en el caso de la generación como del consentimiento a la reproducción asistidas heteróloga es previo al alumbramiento; cuestión distinta es el momento de determinación de la misma. Así la filiación por adopción requerirá una especial necesidad de seguridad jurídica en pro de la estabilidad en las relaciones familiares del menor. Esto es debido a que, a diferencia de las clases de filiación por naturaleza, en el caso de la adopción subsistirá una filiación biológica respecto de sus progenitores, que no surtirá efectos jurídicos desde el momento de la adopción⁷³³. Esta filiación por naturaleza, carente de efectos más allá de los impedimentos matrimoniales⁷³⁴, se puede dar coetáneamente a la filiación adoptiva respecto de sus padres y madres adoptivos que son los titulares de la patria potestad. Esto supone una especial vinculación de la seguridad jurídica con el título de atribución -la resolución judicial- ya que inmediatamente comienza a producir efectos jurídicos en una persona ya nacida. Además, en el caso del menor, esta seguridad jurídica de la resolución judicial también atiende a la especial necesidad de protección y tutela de sus derechos. Estas necesidades de seguridad jurídica y de especial tutela de los derechos del menor explican que el título jurídico sea una sentencia judicial y no un acto administrativo que concrete una disposición legal.

⁷³³ No vamos a tratar los efectos de la filiación, y por tanto tampoco de los propios de la filiación adoptiva, porque excedería el objeto de nuestra investigación sin embargo si conviene aquí señalar las excepciones que prevé el mismo artículo 178. 2 y 3 del Código Civil Español respecto de la ruptura de relaciones con la familia biológica. Esto lo señalamos porque en el caso de la filiación por naturaleza esta doble relación jurídica paterno – materno - filial con dos tipos de familia, biológica y adoptiva, sería imposible. Así el mencionado artículo 178. 2 y 3 afirma: “2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: 1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir. 3. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales”.

⁷³⁴ Respecto a este número 3 del artículo 178.3 afirma Albaladejo: “Que subsisten los impedimentos matrimoniales que el adoptado tenía con su familia anterior (art. 187,3); así que se suman a los que contrae con su familia nueva” (M. Albaladejo “Curso...”, op. cit. 205).

Así mismo, en este ejercicio de delimitar el título jurídico de atribución de la filiación por adopción, sería necesario cuestionarse para este caso concreto ¿Por qué se garantiza mejor la seguridad jurídica y la estabilidad en las relaciones familiares mediante una sentencia judicial que mediante una resolución administrativa para este caso concreto de la adopción? A este respecto, la respuesta debe de ir más allá de un formalismo jurisdiccional y tener en cuenta la especificidad del caso de la adopción, especialmente la existencia de una persona ya nacida y cuya protección jurídica de los derechos no puede posponerse. A esta cuestión da una respuesta muy precisa Pérez Álvarez al recordar que “la función del juez en la cuestión que nos ocupa excede una mera constatación de las circunstancias exigibles. Y es que si los requisitos legales no concurren el juez denegará la constitución de la adopción. Más, aún concurriendo dichos requisitos, el juez habrá de resolver lo que estime conveniente a la vista del interés del adoptando”⁷³⁵. Por tanto, el acto jurídico que requiere la adopción y que responde a las necesidades interpersonales y sociales a las que se pretende dar una solución desde el ordenamiento civil es necesariamente de naturaleza judicial y no ejecutiva.

Esto se explica desde una discrecionalidad de la actuación judicial a la hora de interpretar el interés del menor en el caso concreto que va más allá de una ejecución de la norma observando que se cumplen los requisitos previstos por la misma. No obstante, a este respecto habría que considerar como la reforma del Código Civil del 87⁷³⁶ en materia de adopción establece el expediente administrativo previo al proceso de adopción. Sin embargo, esto no sería un obstáculo a la hora de que se dé la autonomía de la capacidad decisoria del juzgador en el proceso judicial de adopción que es posterior. Así, la consecuencia posterior a esta discrecionalidad del juez a la hora de interpretar el bien del menor resulta que frente al auto acordando la adopción “no podría prosperar una apelación que se fundara de modo exclusivo en la alegación de que el vínculo adoptivo que de modo específico se hubiera constituido no se

⁷³⁵ Cfr. M.A. Pérez Álvarez, “Sub. Art. 176 CC.” in: *Civil Comentado, Vol. I, Civitas Thomson Reuters*, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Ciruz Menor (Navarra) 2011, p. 909.

⁷³⁶ Ley 21/1987 de 11 de noviembre (BOE-A- 1987-25627).

aviene con lo que es el interés del menor”⁷³⁷. Como resultado de esto, en este ámbito se está procurando garantizar una seguridad jurídica y estabilidad en las relaciones familiares que, como hemos dicho, requeriría la situación concreta a la que pretende responder la atribución de la filiación por adopción.

En definitiva, de lo antes expuesto podemos concluir que el ordenamiento civil español concibe la adopción como un título de atribución de la filiación por vía jurisdiccional. Que da lugar a una clase de filiación que es la adoptiva. Tal medio de atribución de la filiación tiene diferencias claras de otros medios como son el biológico o el legal-consensual propio del que consiente a la reproducción asistida. Lo característico de este medio de atribución de la filiación sería fundamentalmente que se da en personas ya nacidas y por tanto, sobre las que existe otra atribución de la filiación por naturaleza (bien sea por vía biológica o por vía jurídica consensual). Precisamente en aras de esta situación especial el legislador ha establecido la resolución judicial como el título de atribución de la filiación. Justamente, mediante el establecimiento de la resolución judicial de la adopción como medio de atribución de la filiación se intenta proteger el bien del menor procurando garantizar una estabilidad en las relaciones familiares, así como evitar la situación de desamparo del menor.

Por todo lo antedicho, y debido a la especialidad de esta situación a la que responde la adopción como título de atribución de la filiación, esta atribución jurisdiccional da lugar a una clase de filiación distinta a la filiación por naturaleza. Es totalmente cierta y efectiva la equiparación de los efectos de todas las clases de filiación, consecuencia necesaria del principio constitucional de la igualdad por razón del nacimiento del artículo 39 de la Constitución. No obstante, no es menos cierto que en los supuestos de hecho que dan lugar a la filiación por naturaleza y por adopción existen diferencias que son previas al Derecho y que este ha de procurar tratar para asegurar una igualdad efectiva ante la ley de todas las personas por razón del nacimiento⁷³⁸.

⁷³⁷ Cfr. M.A. Pérez Álvarez, “Sub. Art. 176 CC.” in: *Civil Comentado, Vol. I, Civitas Thomson Reuters*, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Ciruz Menor (Navarra) 2011, p. 909.

⁷³⁸ Art. 178.2 y 3 al que nos hemos referido anteriormente.

B.- REQUISITOS DE LA ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN POR ADOPCIÓN

a) Requisitos en referencia a los adoptantes

De acuerdo con lo previsto por el artículo 175.1 del Código Civil Español la primera distinción que tenemos que hacer a la hora de estudiar la regulación referente a las personas que pueden adoptar sería la de la adopción unipersonal y la adopción dual. Es decir aquella que realiza una persona, o aquella que realiza conjuntamente ambas personas de forma simultánea o sucesiva⁷³⁹. No obstante a esta distinción desde la cual parte la regulación del ordenamiento civil, desde el punto de vista del adoptante habría que señalar un requisito previo no explicitado por el Código, pero que se evidencia de forma implícita de su regulación. Tal requisito sería la capacidad de obrar de todo adoptante⁷⁴⁰.

a.1. Respecto a la adopción unipersonal hay que señalar que el adoptante deberá ser mayor de 25 años de acuerdo con lo establecido por el artículo 175.1 del Código Civil Español. También se establece en este mismo precepto una diferencia de edad mínima necesaria de 14 años.

a.2. En el caso de la adopción dual, de acuerdo con el artículo 175.1 establece que la adopción conjunta la podrán realizar los cónyuges, por tanto de todos los matrimonios admitidos en nuestra legislación civil. También la disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987 establece la posibilidad de que puedan adoptar conjuntamente las parejas “unidas de forma permanente con relación de afectividad análoga a la conyugal”. En estos casos, el mismo precepto invocado establece que el requisito de que alcance la edad de 25 años deberá de ser cumplido por al menos uno de los cónyuges, no siendo necesario que sean los dos. Sin embargo, del tenor literal del mismo artículo se desprende con claridad que el requisito de la diferencia de edad mínima necesaria de 14 años lo

⁷³⁹ Cfr. M.A. Pérez Álvarez, “Sub. Art. 176 CC.” in: *Civil Comentado, Vol. I, Civitas Thomson Reuters*, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Ciruz Menor (Navarra) 2011, p. 909.

⁷⁴⁰ M. Albaladejo, “Curso ...”, p. 264.

deberán de cumplir ambos cónyuges⁷⁴¹.

a.3. Otra cuestión importante prevista por el Código Civil Español en su artículo 176.3 es la posibilidad de adoptar por las personas difuntas cuando hubiesen manifestado su consentimiento de forma anterior al fallecimiento. Tal posibilidad, no obstante, se restringe a unos supuestos concretos: “1ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad...2ª ser hijo del consorte adoptante...3ª llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo”. En estos casos como señala el citado artículo 176.3 *in fine* la eficacia de la resolución judicial será retroactiva y los efectos de la adopción se darán desde la fecha de prestación del consentimiento por parte del adoptante.

b) Requisitos respecto de los adoptados.

El artículo 175.2 del Código Civil Español establece como requisito para que sea posible adoptar a alguien que se trate de un menor no emancipado. Así mismo establece como excepción posible la adopción de un mayor de edad o menor emancipado en el caso que inmediatamente con anterioridad a la emancipación del menor “se diera una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptado hubiere cumplido los catorce años”. Resulta evidente entender que tal situación se ha de dar entre adoptado y adoptantes.

Así mismo, el número 3 del mismo artículo 175 del Código Civil español establece un elenco de casos en lo en que no es posible la adopción de una persona: “No puede adoptarse: 1ª A un descendiente...2ª A un pariente en

⁷⁴¹ M.C. Quesada, *La adopción (estudio de sentencias, autos y resoluciones)*, Barcelona 2004, p. 17: “Con este último requisito (diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado de catorce años) se pretende que la filiación adoptiva se asimile a la natural todo lo posible...Es muy interesante, sobre la necesaria concurrencia del requisito de la diferencia mínima de edad de catorce años entre el adoptante y el adoptado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de febrero de 2001, en la que se considera nula la adopción de dos hermanos porque la adoptante sólo es cinco años más mayor que el adoptado y ocho años más mayor de la adoptada [Sentencia de la audiencia Provincial de Barcelona de 14 de febrero de 2001 (AC 2002\405)]”.

segundo grado de la línea colateral por consanguinidad...^{3ª} A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta generalmente justificada de la tutela”⁷⁴².

C.- EXPEDIENTE DE ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN ADOPTIVA Y REQUISITOS DE CONSENTIMIENTO, ASENTIMIENTO O AUDIENCIA

La adopción se inicia por un expediente de jurisdicción voluntaria a propuesta de la Administración de acuerdo con el artículo 176.2 del Código Civil Español. Esta propuesta la hará la Administración en favor de aquellos que lo hayan solicitado y hayan sido declarados idóneos por la misma. Sin embargo hay casos en que la ley establece que no será necesaria esta propuesta de la administración; así lo prevé el citado artículo del Código Civil estableciendo un elenco de supuestos referidos a la relación entre adoptado y adoptantes: “1.^ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad...2.^ª Ser hijo del consorte del adoptante...3.^ª Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo...4.^ª Ser mayor de edad o menor emancipado”. En estos casos los adoptantes podrán hacer la propuesta de adopción directamente ante el órgano jurisdiccional.

Si que hay que insistir en este punto que la propuesta de la administración y la fase administrativa que incluye la consideración de idoneidad por parte de la administración será previa al expediente jurisdiccional de adopción. Será el juez quien teniendo en cuenta estos datos del expediente administrativo, y otros que consten en el proceso de adopción quien podrá considerar que la propuesta de adopción se ajusta al bien del menor o no definitivamente mediante resolución judicial⁷⁴³. Esto lo diferencia de otros modos de atribución de la filiación por derecho. Precisamente, desde la necesidad de salvaguardar el bien público que en este caso vendría concretado en el interés del hijo se

⁷⁴² Cfr. Art. 175.3 CC.

⁷⁴³ De esta manera es la discreción del juez quien en última instancia aplica la legislación, concretando en cada caso los criterios en referencia al bien del menor y constituye la adopción como título de atribución de la filiación.

justifica la intervención del fiscal de acuerdo con el artículo 1825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. También se ha incluido la preceptiva intervención del fiscal en el artículo 33 de la ley de jurisdicción voluntaria de 15/2015 de 2 de julio a la hora de tratar el procedimiento judicial de adopción⁷⁴⁴. Ciertamente, la intervención del fiscal es una prueba de como la adopción no es considerada como un negocio de familia sino como una decisión judicial con todas las garantías⁷⁴⁵.

Según lo antedicho, es cierto que la legislación civil ha convertido la adopción en un medio de atribución jurisdiccional de la filiación que procura garantizar de manera efectiva el bien del menor como bien público. No obstante, el Derecho civil español sigue considerando condición *sine qua non* cierto elemento voluntario en la adopción⁷⁴⁶. En este sentido el Código Civil está siguiendo el mismo criterio que artículo 9.1 y 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño en la que se reconoce el deber de los estados de “velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte

⁷⁴⁴ Art 33, Ley de Jurisdicción voluntaria 15/ 2015 de 2 de Julio: “En los expedientes sobre adopción, será competente el Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante”.

⁷⁴⁵ J. Rams, *Elementos de Derecho Civil*, Madrid 2008, p. 330; Lledó Yagüe, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 2000, p. 391: “...si antes de la ley de 11 de noviembre de 1987, podía calificarse a la adopción de negocio jurídico de Derecho de familia, a partir de dicha ley no parece ello posible; e ella, el eje de la adopción ha dejado de ser el consentimiento de las partes, que se ha convertido en simple presupuesto, para pasar a serlo la decisión del Juez, que no queda vinculada por tal consentimiento. Lo cual no significa que la voluntad privada sea irrelevante; sino que la voluntad privada, considerada en diversos niveles, ha pasado a integrar unos actos procesales previos y ordenados a la resolución judicial (único acto constitutivo de la adopción)”.

⁷⁴⁶ I. Miralles, “La Adopción del Menor...”, op. cit., p. 141: “...consentimiento y asentimiento son actos procesales...Su razón de ser responde a antecedentes lógicos y legales: es preciso que ambos se otorguen y además afirmativamente para que el Juez pueda entrar en el fondo del expediente de constitución de la adopción”.

de sus padres...2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”.

Este requisito de contar con la voluntad dentro del proceso de la adopción se materializa en la necesidad de recabar el consentimiento⁷⁴⁷ o asentimiento⁷⁴⁸ a la adopción de manera formal, a la que también se suma la necesidad de audiencia a algunas personas. Pasamos pues a constatar estos requisitos de consentimiento, asentimiento, o audiencia:

a.- En este sentido, el artículo 177.1 del Código Civil Español prevé la necesidad del consentimiento del adoptante o adoptantes, así como del adoptado si este fuere mayor de 12 años.

b.- El mismo artículo 177 del Código Civil Español , en el n. 2 establece la necesidad del asentimiento de acuerdo con la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil en los siguientes casos:

b.1.- En primer lugar el mencionado artículo prevé el asentimiento del cónyuge del adoptante; se exceptúan los casos de separación legal o de hecho cuando esta conste fehacientemente. Este asentimiento resulta un “requisito esencial del negocio adoptacional, cuya ausencia produciría la inexistencia del

⁷⁴⁷ M.C. Quesada, *La adopción...*op.cit., p. 54: “Han de consentir la adopción, en presencia del Juez,...las personas que van a ser parte en la relación jurídica de filiación que se establece con la adopción. Su consentimiento es requisito imprescindible para que el Juez constituya la adopción porque implica aceptar sus efectos. La falta o denegación del consentimiento supone la nulidad de la adopción...No se exige, sin embargo, que los consentimientos del adoptante (o adoptantes) y del adoptando sean coetáneos...Es inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico la categoría de la adopción de hecho, porque la adopción no puede constituirse cuando falta el consentimiento expreso del adoptante y la aprobación judicial”.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 63: “El asentimiento deben prestarlo determinadas personas a las que afectará la adopción por los vínculos personales que tienen con el adoptante o con el adoptando, pero que no serán parte de la relación jurídica de filiación que se crea con al adopción. El asentimiento supone autorizar la adopción y aceptar las consecuencias personales y patrimoniales que puedan derivar de la misma para quienes lo prestan”.

mismo por aplicación del artículo 1.261 del Código Civil...”⁷⁴⁹.

b.2.- En segundo lugar prevé el asentimiento de los padres del adoptando que no se hallare emancipado. En este caso, también se exceptúa el supuesto en que los padres estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o *in curso* en causa legal para tal privación. Así mismo prevé que haya una imposibilidad que debe de estar motivada en la sentencia de adopción⁷⁵⁰. En este mismo artículo se recoge una normativa específica para recabar el asentimiento no podrá hacerse hasta 30 días transcurridos después del parto. Es más, siguiendo el análisis jurisprudencial de Gutierrez Santiago⁷⁵¹, el juez no podría constituir la adopción válidamente en el caso del menor de 12 años, cuando habiendo solicitado el asentimiento de los padres, estos mostraran su oposición. Por tanto, el asentimiento tendría una eficacia mayor que una mera audiencia, acercándose bastante a la figura del consentimiento, sin llegar a tener la misma eficacia que el mismo, pues este lo prestan las partes directamente involucradas⁷⁵².

⁷⁴⁹ STS 19 de febrero (Roj: 1061/1988), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [6-11-2016]; STS 20 de abril (Roj: 2751/1987), in: [http://www.poderjudicial.es /search/indexAN.jsp](http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp) [6-11-2016].

⁷⁵⁰ STS, 21 de septiembre de 1999 (Roj: 5672/1999) in: M.C. Quesada, *La adopción...*, op.cit., p. 67.

⁷⁵¹ P. Gutierrez Santiago, *Constitución de la Adopción Declaraciones Relevantes*, Elcano Navarra 2000, p. 152: “Por lo que respecta a los padres del adoptando, debe distinguirse según que éste tenga más o menos de doce años: si es mayor de doce años y ha consentido el asentimiento de los padres es secundario y prescindible, de modo que su oposición a la adopción, no vinculará al juez que podrá constituir la válidamente; en cambio, si el adoptando es menor de doce años y los padres se muestran contrarios a la adopción, el juez no podrá aprobarla privándoles sin ninguna garantía de la patria potestad sobre su hijo”.

⁷⁵² D. Jaufre, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción “versus” técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2013, p. 73: “Lo que sí parece estar claro, es que el asentimiento es una categoría intermedia de manifestación de voluntad, que si bien no tiene la fuerza de un consentimiento, es obviamente superior en valor a la mera audiencia, pues, de lo contrario, no sería necesaria la distinción que hace el legislador entre una y otra. Por nuestra parte, creemos que no podrá constituirse la adopción si falta la voluntad positiva de quienes son llamados a asentir; es decir creemos que el asentimiento es también vinculante para el juez”. p. 72 “Si quienes deben prestar el asentimiento se encuentran imposibilitados para ello se prescindirá del mismo, y los motivos serán apreciados en la resolución que constituye la adopción (Art. 177.2, inciso segundo, del CC.) empero, como veremos, no define la ley que se entiende por ‘imposibilidad’”.

Esta eficacia del asentimiento tiene una tutela judicial específica a tenor del artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También, la jurisprudencia ha ido aclarando como debe prestarse tal asentimiento por parte de los padres. Así la jurisprudencia ha ido interpretando *stricutu sensu* que este asentimiento debía de ser prestado tras los 30 días posteriores al nacimiento del hijo⁷⁵³. Sin embargo, la interpretación ha sido minimalista a la hora de entender que no es necesario que tal asentimiento lo haya prestado en sede judicial siempre que se haya hecho en el proceso de adopción⁷⁵⁴. Tal criterio ha sido recogido y desarrollados procesalmente por la ley 15/2015 en su artículo 37⁷⁵⁵.

⁷⁵³ STS 776/1999, 21 septiembre (Roj: 5672/1999) in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [6-11-2016]: el último párrafo del artículo 177-2º concretamente el cuarto, dispone imperativamente que "el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto". El sentido de este precepto es meridiano. No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el período de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno; STS 728/2001, 9 de junio (Roj: 5936/2001), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [6-11-2016]: "El primero de los motivos del recurso artículo 1.692-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) denuncia la indefensión de la recurrente frente a la decisión judicial por vulneración de la norma imperativa del artículo 177-2º del Código civil que dispone sobre el asentimiento de la madre para dar en adopción, que no se puede producir hasta que hayan transcurrido '30 días' después del parto, todo ello en relación con los artículos 6-4º del Código civil (sobre fraude de Ley), 6-2 (sobre la renuncia de los derechos), 7-1 (sobre la exigencia de la 'buena fe' en el ejercicio de los derechos) y 7-2 (la ley no ampara el 'abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo)'"

⁷⁵⁴ STS 20 de abril de 1987 (Roj. 2751/1987), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [6-11-2016]: "sin que pueda argumentarse que el «asentimiento» no se prestó formalmente en el ámbito del procedimiento judicial, pues prescindiendo de su naturaleza no constitutiva, como hemos visto, es criterio de la doctrina científica, a la vista de la redacción del art. 173, párrafos 1.º y 2.º, según las modificaciones de la Ley 7/70, en contraposición con el anterior art. 176, 1.º de la Ley de 1958, entender que puede prestarse el consentimiento a la presencia judicial, o fuera de ella, siempre que fehacientemente se pueda justificar su existencia" En la misma sentencia también se afirma: "sin que pueda argumentarse que el «asentimiento» no se prestó formalmente en el ámbito del procedimiento judicial, pues prescindiendo de su naturaleza no constitutiva, como hemos visto, es criterio de la doctrina científica, a la vista de la redacción del art. 173, párrafos 1.º y 2.º, según las modificaciones de la Ley 7/70, en contraposición con el anterior art. 176, 1.º de la Ley de 1958, entender que puede prestarse el consentimiento a la presencia judicial, o fuera de ella, siempre que fehacientemente se pueda justificar su existencia".

⁷⁵⁵ Art. 37 de la Ley de Jurisdicción voluntaria 15/2015 de 2 de julio: "1. También deberán ser citados, para prestar el asentimiento a la adopción ante el Juez, las personas indicadas en el apartado 2 del artículo 177 del Código Civil...No serán citados aquellos que, siendo necesario su asentimiento, lo hubieran prestado con anterioridad a la iniciación del expediente ante la correspondiente Entidad Pública o en documento público, salvo que hubieran transcurrido más de seis meses desde que lo hicieron. 2. Si los progenitores pretendieran que se les

De esta manera la necesidad de asentimiento del menor no se ha de entender únicamente como una protección del derecho del padre; sino también, y fundamentalmente, como un derecho del hijo, pues el bien jurídico prevalente sería el mismo bien del menor. Por tanto, la interpretación que debe de darse a la expresión restrictiva de este requisito del artículo 177.2, 2º del Código Civil Español: “incurso en causa legal para tal privación de la patria potestad”, no debe de considerarse de una manera procesalista y restrictiva. Por el contrario hay que tener en cuenta que esta regulación “exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, “[...]sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho”⁷⁵⁶. En esta misma sentencia que acabamos de citar se señala como causa legal para la privación de la patria potestad la omisión de los deberes contenidos en el art. 154 Código Civil Español⁷⁵⁷, es decir: “1.º Velar por ellos,

reconozca la necesidad de prestar su asentimiento a la adopción, deberán ponerlo de manifiesto en el expediente. El Secretario judicial acordará la suspensión del expediente y otorgará el plazo de 15 días para la presentación de la demanda, de la que conocerá el mismo Tribunal....Presentada la demanda dentro de plazo, el Secretario judicial dictará decreto declarando contencioso el expediente de adopción y acordará seguir su tramitación conforme a lo dispuesto en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...Si no se presentara la demanda en el plazo fijado, el Secretario judicial dictará decreto dando por finalizado el trámite y alzando la suspensión del expediente de adopción. El decreto será recurrible directamente en revisión ante el Tribunal. Firme dicha resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate. 3. Asimismo deberán ser citados para ser oídos por el Juez en el expediente, las personas señaladas en el apartado 3 del artículo 177 del Código Civil”.

⁷⁵⁶ STS 36/2012, 6 de febrero (ROJ: 543/2012), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [6-11-2016]; En sentido el mismo sentido, interpretando el art. 9.1 y 2 de la CNUDN, abogando por una interconexión de los procesos que atienda a las circunstancias particulares de cada menor que permita tutelar sus derechos, se pronuncia la STC 58/2008, 28 de abril (BOE núm. 135 de 04 de junio de 2008): “[...] no puede perderse de vista que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender esencialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de menores, constitución de los diversos tipos de acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de éstos), guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes”.

⁷⁵⁷ Como ejemplo de la jurisprudencia reciente encontramos: (STS 998/2004, 11 octubre [Roj. 6373/2004], in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [6-11-2016]) que confirmaba

tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. ...2.º Representarlos y administrar sus bienes”.

En consecuencia de todo lo antes estudiado se deduce claramente que el asentimiento de los padres es un requisito exigido como protección de las relaciones familiares por naturaleza. Tal protección no se debe de entender en primer lugar como un blindaje del derecho de los padres, sino como la correspondencia de este derecho y deber de los padres en aras a la protección del interés del menor. Esto supone que los límites para el ejercicio de este derecho de asentimiento “cuando los padres estén incurso en causa legal para tal privación de la patria potestad”, no se considerarán de una manera restrictiva para el juez como cabría de una norma que en principio es prohibitiva o irritante. De esta manera se concede a los jueces una capacidad discrecional que permita tutelar el supremo interés del menor que es justamente el principal bien jurídico protegido que fundamenta el asentimiento de los padres⁷⁵⁸.

Pero si el interés supremo del menor puede llegar a suponer un motivo para que el juez limite la necesidad de asentimiento de los padres biológicos a la adopción, no es menos cierto que justamente el interés del menor también justifica la necesidad de dicho asentimiento. De esta manera, la legislación civil española asumiendo el contenido del art. 9.1 y 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño entiende que la vía ordinaria de proteger el interés del menor en los procesos de adopción es mediante la exigencia del asentimiento de los padres por naturaleza en los procesos de adopción. Desde este principio se justifica la extinción de la misma adopción cuando no se hubiese dado el requisito del asentimiento de los padres

una sentencia de privación porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, 23 mayo [Roj: 3272/2005], in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [6-11-2016]). O bien, cuando el padre había cometido un delito de parricidio contra la madre (STS 10/1993, 20 de enero [Roj: 63/1993] y STS 415/2004, 24 de abril [Roj: 3256/2004], in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [6-11-2016]).

⁷⁵⁸ STEDH 10 de abril de 2012 (petición 59819/08), n.100, in: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite> [6-11-2016].

biológicos que no estuvieran incurso en una causa legal de privación de la patria potestad. En definitiva, estaríamos en una manifestación más de la importancia de las relaciones biológicas en la protección del bien del menor. De esta importancia se considera incluso de cara a establecer un régimen de paternidad y filiación legal alternativo al biológico, justamente buscando el bien del menor. Tal importancia justifica incluso una consecuencia jurídica máxima como sería el efecto extintivo de la institución jurídica de la adopción

c.- Como hemos manifestado, no solo se requiere un consentimiento y asentimiento, sino que además se prevé por el ordenamiento civil toda una serie de personas que deberán de ser oídos de acuerdo con el artículo 177.3 del Código Civil Español: 1º.- Los padres que no hayan sido privados de patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción; 2º.- El tutor y en su caso, el guardador o guardadores; 3º.- El adoptando menor de doce años, si tuviese suficiente juicio; 4º La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.

1.3 Determinación de la filiación adoptiva y el derecho a conocer el origen biológico del hijo adoptivo

A) ANTECEDENTES AL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO:

Previamente a la consagración de este derecho a conocer el origen biológico en la reforma del Código Civil realizada por la ley 54/2007, la doctrina permanecía bastante dividida, y esgrimían diferentes preceptos legales y argumentos de la jurisprudencia. Pasamos pues a exponerlos sintéticamente

a) argumentos en favor del derecho a conocer el origen biológico de los hijos adoptados

En favor del derecho a conocer el origen biológico del hijo adoptado se esgrimían no solo los argumentos generales basados en los preceptos constitucionales, ya desarrollados en el tema anterior⁷⁵⁹, sino propios y específicos de la legislación de la adopción. En este sentido, recordaba Garriga como en base al artículo 176 del Código Civil Español el interés del hijo de conocer los orígenes biológicos debía de anteponerse a cualquier otro, incluido el derecho de los padres a la intimidad⁷⁶⁰. Efectivamente el mencionado artículo 176 lo expresa claramente al manifestar que “La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando...”⁷⁶¹. Explicando esta postura A. Vela afirma: “Los padres biológicos no pueden impedir a la persona que procrearon la plena realización de sus derechos, entre los que se halla, obviamente, el derecho a conocer su origen biológico. Tampoco podrían oponerse al ejercicio de este esencial derecho los padres adoptivos”⁷⁶².

Otro argumento previo a la ley de adopción internacional del año 2007 se basaba en una interpretación amplia de los derechos de los hijos a reclamar la filiación de los artículos 132 y 133 del Código Civil que permite la investigación de la filiación biológica en todo caso⁷⁶³. Así, concretando los efectos de la

⁷⁵⁹ Vid. Cap. IV, ap. 2.- El derecho a conocer el origen biológico; principios constitucionales conexos.

⁷⁶⁰ M. Garriga, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial*, Pamplona, 2000, p. 249.

⁷⁶¹ En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia 10 de abril de 2012: “En un asunto como el presente, el Juez de Familia se encuentra en presencia de intereses a menudo difícilmente conciliables, a saber, los del niño, los de su padre biológico y los de la familia de acogida o la familia adoptiva. En la búsqueda del equilibrio entre estos distintos intereses, el interés superior del niño merece una consideración primordial (Moretti y Benedetti c. Italia, antes citada, § 67. El artículo 8 no podría autorizar a un padre a que exigiera la adopción de medidas perjudiciales a la salud y al desarrollo del niño (véase T.P. y K.M. c. el Reino Unido [GC], nº 28945/95, § 71, CEDDH 2001-V (extractos), Ignaccolo-Zenide c. Rumania, antes citado, § 94 y Nuutinen c. Finlandia, nº 32842/96, § 128, CEDDH 2000- VIII)” (STEDH 10 de abril de 2012 (petición 59819/08), n.100, in: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite> [6-11-2016]).

⁷⁶² A.J. Vela, “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”, in: *Diario La Ley*, nº 7526, 2010, p.4.

⁷⁶³ *Ibidem*, p. 32: “Y es que uno de los principios de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico, y con base en el apartado segundo del art. 39 CE (LA LEY 2500/1978), el derogado art. 127.1 CC y el actual art. 767.2 LEC, es la admisión de la investigación de la paternidad y la maternidad en los juicios sobre filiación. Ese principio encuentra su razón de ser en la relevancia del derecho del hijo a conocer su origen biológico, como indica la sentencia del

disposición prevista en estos preceptos, el ya estudiado artículo 180.4 que se refiere al caso de la determinación de la filiación por naturaleza del hijo ya adoptado para aclarar que no afecta a la adopción. En similar dirección, una línea jurisprudencial⁷⁶⁴ defendía el derecho a conocer el origen biológico del adoptado haciendo una analogía respecto del derecho a impugnar la filiación matrimonial y reclamar otra extra matrimonial. En este sentido Vela⁷⁶⁵ afirma que si en estos casos no se consideraba suficiente argumento el derecho a la

Tribunal Supremo de 22 mayo de 2000' (SAP de Valencia de 17 de junio de 2010). 'El derecho del hijo a conocer su origen biológico adquiere tal relevancia que, incluso, la propia Constitución Española exhorta al legislador a que se posibilite la investigación de la paternidad (art. 39). Pero no solo eso, principio también rector de la actuación de los poderes públicos es asegurar la protección integral de los hijos (...). Y es que el derecho a conocer la propia filiación biológica, incluso con independencia de la jurídica, se erige como un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscar en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE [LA LEY 2500/1978])' (SAP de Cáceres de 27 de enero de 2009). 'Es conocido que nuestra jurisprudencia varió en los últimos años su consideración sobre el derecho a conocer el origen biológico. Del art. 39 CE (LA LEY 2500/1978) se infiere que la verdad biológica es un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, en nuestro derecho de filiación' (SAP de Zaragoza de 27 de mayo de 2005)".

⁷⁶⁴ STS 814/2005, 8 de octubre (Roj: 6564/2005), y STS 776/1999, 21 de septiembre, (ROJ 5672/1999), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [9-11-2016]; A.J. Vela, "El derecho del adoptado...", op. cit., p. 24: "Como advierte la STS 25 de abril de 1991 (seguida, entre otras, por las de 29 de marzo y 8 de octubre de 1993), la 'realización de las pruebas biológicas y antropomórficas conforme al (antiguo) art. 127 CC (LA LEY 1/1889), cuya justificación ético-social ha de buscarse en el carácter prioritario y fundamental que es el derecho de toda persona a determinar su origen biológico, con independencia de la clase de filiación, encuentra en la práctica ante los Tribunales oposiciones y reticencias que tratan de buscar amparo legal en preceptos constitucionales, como son los arts. 15 (derecho a la vida e integridad), art. 18 (derecho a la intimidad) y art. 20.4'; pues bien, ante esto nuestro 'Tribunal Supremo tiene establecido con reiteración la prevalencia del derecho de toda persona a determinar su origen biológico sobre los supuestos derechos a la vida e integridad física (art. 15 CE [LA LEY 2500/1978]), o a la intimidad (art. 18 CE)' (SAP de La Coruña de 19 de octubre de 2007). La 'cuestión se circunscribe pues a dilucidar cuál de los derechos que pueden verse afectados en el conflicto ha de prevalecer como prioritario, si el de la investigación de la paternidad o el derecho al honor y a la intimidad personal o familiar; debiéndose decir, a este respecto, que no puede considerarse que la investigación de la paternidad tenga un fin injurioso o difamante, aunque obviamente pueda suponer molestias en la intimidad familiar de las personas, más dicho derecho a conocer el propio origen biológico, como emanación de la dignidad humana, es indudablemente un derecho de la personalidad inviolable que se encuadra en el art. 10 de la CE (LA LEY 2500/1978) y alcanza el rango de derecho fundamental de la persona, no siendo legítimo, por tanto, a otros seres humanos privar al sujeto de ese conocimiento de su origen y de su verdadera filiación (...) en conclusión, ha de prevalecer el interés social y de orden público que subyace en la investigación de la paternidad' (SAP de Badajoz de 17 de abril de 2000)".

⁷⁶⁵ A.J. Vela, "El derecho del adoptado...", op. cit., p. 24.

intimidad para denegar al adoptado a conocer su origen biológico. En la misma línea tampoco podría considerarse prevalente este derecho a la intimidad de la familia biológica en el caso de la filiación adoptiva, cuando el hijo quisiera conocer su origen biológico. También, en la misma dirección algunos autores⁷⁶⁶ han considerado la argumentación de la ya estudiada STS de 21 de septiembre de 1999, por la que se declara inconstitucionalidad de las normas registrales que permitían el desconocimiento de la madre. Para ello se argumenta no solo el derecho constitucional a la libre investigación de la paternidad, sino también el de libre formación de la personalidad en que tradicionalmente se fundamenta el derecho a conocer el origen biológico en caso de adopción⁷⁶⁷.

En definitiva estos argumentos tenían una base en común con los que se defiende el derecho a conocer el origen biológico y que ya hemos estudiado. Sin embargo, tal argumentación tiene sus elementos propios y cobran una fuerza especial debido, justamente, al fin que el ordenamiento civil prevé como primordial para la institución de la adopción. Nos referimos, claro está, reconocimiento expreso en el Código Civil del interés del hijo como una de las bases y fin fundamental de la adopción⁷⁶⁸ como determinación jurídica de la filiación. Precisamente, lo que se viene a poner en evidencia, por una parte, es que no se puede identificar siempre y en todo caso el interés del hijo con el

⁷⁶⁶ A.L. Calvo y J. Carrascosa, *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre (La Ley 13212/2007) 2007, sobre Adopción Internacional*, Comares, Granada, 2008, p. 291; A.J. Vela, "El derecho del adoptado...", op. cit., p. 7.

⁷⁶⁷ En esta línea el mencionado artículo de A. L. Calvo y J. Carrascosa hace referencia a que la RDGRN de 17 de marzo de 2001 estableció la obligatoriedad de la inscripción de la maternidad en el Registro Civil. "En la inscripción española de nacimiento deben hacerse constar los padres biológicos del adoptado. En ocasiones, esta circunstancia no consta en la certificación registral extranjera. En efecto, en algunos países, como Canadá, está prohibido que consten los padres biológicos del menor adoptado" (A.L. Calvo y J. Carrascosa, *La Ley 54/2007...*, op. cit., p. 291).

⁷⁶⁸ Art. 176.1 CC. En este sentido resulta muy esclarecedor a la exposición de Miralles respecto de la pérdida, privación, o desactivación de la patria potestad en relación con la adopción de menores y los posibles conflictos: "...la idea clave de protección integral e interés del hijo. Esa actuación efectivamente, están llamado a ejercerla en primer lugar los progenitores pero si estos no pueden o no quieren desarrollarla, o sólo alguno de los progenitores biológicos no quiere ejercerla adecuadamente y por tanto el menor queda parcial o totalmente desatendido, el Estado, a través del ejercicio de sus poderes, debe actuar trasladando al otro progenitor, a un tercero o a las propias instituciones el ejercicio real de esa necesidad..." (I. Miralles, "La Adopción del Menor...", op. cit., p. 154).

principio de correspondencia de la filiación jurídica con la biológica. Sin embargo, la veracidad biológica sí es un elemento a tener en cuenta en la determinación y atribución jurídica de la filiación, como se demuestra la posibilidad de determinar la filiación biológica, a meros efectos de constancia.

De esta manera, en el caso de la adopción, en el que el bien del menor causa una atribución jurisdiccional de la filiación distinta a la biológica, también se incluyen en este bien del hijo aspectos psicológicos y de conciencia dignos de protección. Precisamente, en aras a esta protección del interés del hijo, que es uno de los fines esenciales de la adopción, se justifica y resulta necesario el reconocimiento y tutela jurídica del derecho a conocer el origen biológico del adoptado y su tutela judicial. Por tanto, en el instituto de la adopción se evidencia de manera inequívoca que el bien del menor va más allá de los aspectos materiales y educativos que vendrían atendidos por la familia adoptiva. En la filiación adoptiva se evidencia que este bien del menor también abarca aspectos identitarios, y de libertad de conciencia; Desde esta consideración más amplia se ha venido reconociendo la posibilidad de la determinación de la filiación por naturaleza a meros efectos de constancia. Por tanto, se tratará de una filiación biológica sin efectos respecto a la patria potestad y la vinculación familiar que será completa en la nueva familia. Así, la especificidad de la adopción en este ámbito del derecho a conocer el origen biológico vendría dada por el carácter jurisdiccional como medio de atribución de la filiación con el fin de proteger el bien del hijo, entendido de una manera lo más amplia posible.

En cuanto a la fuerza que cobra este derecho a conocer el origen biológico en el caso de la adopción tiene su causa en la importancia del consentimiento de los padres adoptantes y biológicos. Efectivamente, el consentimiento y asentimiento son elementos de voluntariedad que comprometen a los padres adoptivos con los elementos y fines de la institución de la adopción como negocio jurídico que supone una atribución de la filiación. Ciertamente esto vincula totalmente y de forma clarísima a los adoptantes en la consecución de este interés del hijo con todas las consecuencias. Pero también a

los padres que dan en adopción y que asienten a esta institución jurídica con todos sus fines, y por tanto sin excluir el primordial que es el interés del hijo. Claro está que la misma institución produce una pérdida de todos los derechos y obligaciones propios de la patria potestad, pues el hijo se integra plenamente en la familia adoptiva. Sin embargo, esta pérdida de los derechos y deberes como padres no supone en ningún caso una anteposición de sus propios intereses a los del hijo que son justamente el fin primordial del negocio jurídico al que han asentido. Evidentemente tras la adopción no es posible exigirles ninguna conducta activa para favorecer el fin del bien del hijo; pero no resultaría coherente que su derecho a la intimidad sesgara este interés superior que se pretendía proteger justamente con la adopción.

b) argumentos restrictivos o que niegan el derecho del hijo adoptado a conocer su origen biológico.

Tales argumentos se basan fundamentalmente en el derecho a la intimidad por parte de los progenitores fundamentándose en el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española. En este mismo sentido el artículo 105 b) de la Constitución afirma: “La Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a...la intimidad de las personas”. De esta manera vemos como la constitución es la primera en establecer un precepto que concreta más el principio del derecho a la intimidad, y tal desarrollo afecta a la información del registro civil.

Así mismo, este principio del derecho a la intimidad encuentra su desarrollo normativo y concreción en el ámbito legislativo del derecho público, registro civil y protección de datos personales. Entre las mismas destacamos Ley 21/1987, de 11 de noviembre de Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Adopción y Otras Formas de Protección de Menores, en la misma se menciona de manera específica que “las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las instituciones colaboradoras están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de

filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción”.

En este mismo sentido, el artículo 7.4.º de 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, afirma que “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:...Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela...”. En esta línea, el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad, en su art. 10, garantiza al paciente atendido en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público “la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia”. También el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común indica en su apartado segundo que el “acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas”.

Según el criterio antes estudiado, el mismo artículo 37 en su párrafo 4 establece la posibilidad de denegar el acceso a la información del registro en el caso de que “prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada”. En cuanto a jurisprudencia, en la defensa de esta posición resulta de gran importancia la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio, por la que no se reconocía la “existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor”.

Esta normativa y jurisprudencia es una base que fue cuajando en una postura doctrinal restrictiva, o abiertamente contraria a veces, al derecho a conocer el origen biológico por los hijos adoptados y en favor del derecho a la

intimidad de la familia de origen⁷⁶⁹. Esta base de defensa del derecho a la intimidad de la madre, ya tratada a la hora de tratar el derecho a conocer el origen biológico, viene íntimamente relacionada en la práctica con la estabilidad en las relaciones familiares⁷⁷⁰. Llegados a este punto sí se ha dado una argumentación específica respecto del instituto de la adopción, a este respecto Zanoni⁷⁷¹ señala que justamente mientras que el conocimiento del origen biológico no se puede tener siempre como fundamental del bien del hijo su integración en la nueva familia sí. Así, se pasa a considerar que esta estabilidad e integración constituyen un elemento más importante en el interés del hijo como fin de la adopción que el conocimiento del origen biológico. Precisamente para preservar esa integración se considera legítimo restringir el acceso del hijo adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos.

Otro argumento invocado para restringir el derecho al conocimiento del origen biológico por parte del hijo adoptado ha sido el interés general para la prevención de los delitos de aborto e infanticidio. Se alega que los estados en los que existe la posibilidad del desconocimiento en el parto existe una menor incidencia de estos delitos. Concretamente se suele poner como ejemplo Francia⁷⁷².

⁷⁶⁹ B. Donapetry, "El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes", in: *La Ley*, 1990 p. 996 y ss; S. Cifuentes, "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", in: *La Ley 2001-C*; N. Magaldi, *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Madrid 2004, p. 69.

⁷⁷⁰ S. Cifuentes, "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", in: *La Ley 2001-C*: "Si se sostiene que es éste un derecho fundamental, es decir, fundamentador en la sociedad, se pierde la exacta dimensión del atributo estado de familia, que no está colocado a disposición de la persona, ni puede ir más allá de las regulaciones que para la paz y concordancia familiar se han establecido en las sociedades".

⁷⁷¹ E. A. Zanoni, "Adopción plena y derecho a la identidad personal. La verdad biológica: ¿Nuevo paradigma en el derecho de familia?", in: *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998*, Vol. 5, 1998, p. 70. Este mismo argumento lo recoge: A.J. Vela, "El derecho del adoptado...", op. cit., p. 7.

⁷⁷² A. Kemelmajer, "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del TEDH de 13/02/2003 en el Caso Odièvre-Francia", in: *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Coords. A.L. Calvo Caravaca – E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, p. 511.

Del análisis conjunto de todas estas teorías restrictivas del derecho a conocer el origen biológico se pone de manifiesto que todas parten del posible conflicto entre el derecho del hijo adoptado a conocer su origen y el de los padres biológicos a preservar su intimidad. Sin embargo, en el caso de la adopción, como ya hemos estudiado al tratar los argumentos a favor, debe de primar el interés del hijo en un sentido amplio y por tanto el derecho a conocer su origen. Esto se debe fundamentalmente a que la adopción como instituto jurídico y forma de atribución de la filiación está ordenada justamente a proteger este interés del hijo de acuerdo con el artículo 176.1 del Código Civil Español. En este sentido resulta muy indicativo que la legislación que supondría la base de estas posturas regula de manera genérica aspectos registrares y de protección de la confidencialidad de datos en referencia a las actuaciones médicas, pero no es una legislación específica a la adopción, como lo es el mencionado artículo 176.1 del Código Civil.

No obstante, sí entendemos que merece una reflexión específica aquellos argumentos que desde este conflicto de intereses deducen que en el caso específico de la adopción la posibilidad de conocer el origen biológico por el adoptado no constituye el interés del hijo. Estas posturas parten de una visión que básicamente contrapone la posibilidad de conocer el origen biológico del hijo con la integración y la estabilidad en la nueva familia. Tal contraposición, en realidad es una suposición de la cual no existen estudios psicológicos y empíricos que la demuestren⁷⁷³. Además, y lo que resulta aún más importante, se trata de un prejuicio que parte de un error conceptual porque contrapone el derecho a conocer los datos que conforman su origen biológico e historia vital con su integración en la familia adoptiva⁷⁷⁴.

⁷⁷³ R. Barber, "La filiación adoptiva" ..., op. cit., p. 344, p. 626: "El fundamento de tal derecho se halla en la conciencia actual sobre la importancia que para la construcción de la identidad tiene el conocimiento de la propia familia, así como de las primeras circunstancias sociales. Supone la recepción jurídica de las nuevas tendencias brindadas por las investigaciones de las ciencias sociales, en especial de la psicología, que defienden la construcción de una filiación adoptiva abierta, con asunción por el hijo del carácter de la misma".

⁷⁷⁴ B. Bísaro, "La adopción y el derecho a la identidad a la luz de la Constitución nacional", in: *UCES Revista Jurídica*, n. 15, Buenos Aires 2011, p. 69: "Una cosa es respetar el derecho a la intimidad de los padres, y otra es el derecho a la identidad. Creemos que uno y otro derecho no son incompatibles. La identidad es lo que soy, es mi realidad. Esta realidad no invalida ni

En realidad esta confusión conceptual que entiende equívocamente el derecho a conocer el propio origen como algo contrapuesto a la integración en la nueva familia sería muy discutible, aunque no totalmente imposible, desde la única perspectiva del derecho a la libre formación de la personalidad del artículo 10 de la Constitución Española. Tampoco sería del todo imposible desde la perspectiva del derecho a la intimidad del artículo 18 de nuestra Constitución. La razón es que en ambos casos aunque se apela a la libertad, presuponen una discusión previa de qué supone la identidad personal, los elementos conformadores de la personalidad y aquellos que son relevantes en orden a proteger a la identidad. Lo que ocurre es que estas discusiones de tipo conceptual, filosófico y sociológico no están exentas de un componente ideológico de subjetividad. Así, desde estos derechos por sí solos se estaría universalizando un paradigma de integración familiar o de orden de prelación en los elementos que conforman la identidad personal.

Entendemos que las posiciones doctrinales recogidas en el párrafo anterior no atienden suficiente a la libertad de conciencia, en este caso la del hijo adoptivo. Incluso aunque puedan llegar a reconocer la libertad de escoger el cómo el hijo desarrolla su identidad personal y su modelo de integración familiar, se está excluyendo del ámbito de la libertad personal la posibilidad de elegir qué elementos componen y son relevantes para esta identidad personal y el modelo de integración familiar. En efecto, este rigorismo de conformar el interés del menor mediante un íter vital y de integración familiar predeterminado se hace a todas luces insostenible si tenemos en cuenta el derecho a la libertad de conciencia del artículo 16 de la Constitución Española como parte esencial del bien del hijo adoptado. Además no podemos olvidar que se trata de un derecho cuyo ejercicio se va reconociendo y desarrollando de conformidad con la capacidad de la persona. Por ello no se puede alegar la

perturba el vínculo con los padres adoptivos. Ya que bien se ha dicho repetidamente que el vínculo paterno-filial no lo hace el vínculo de sangre, sino los lazos que se establezcan entre los padres y los hijos”.

minoría de edad para negar su ejercicio cuando los padres o tutores así lo considerasen oportuno.

En referencia al argumento del interés general y la prevención de abortos e infanticidios, entendemos que resulta de menor consistencia que los anteriores. La razón primera sería que no se trata de una relación de causalidad directa por cuanto el ejercicio de tal derecho al conocimiento de los propios orígenes no se ejerce previamente a que la madre de a luz y, en este caso, asienta la adopción. Por lo tanto desde un punto de vista prudencial entendemos que no queda justificada esta restricción del derecho del menor a conocer su origen biológico. Pero, además, los estudios comparativos respecto a la legislación francesa que permite el anonimato en el parto con los de otros estados con legislaciones que no la permiten, como pueda ser la alemana no confirman la eficacia preventiva de los delitos de infanticidio y aborto ilegal⁷⁷⁵.

c.- Legislación internacional suscrita por España en referencia al derecho del hijo adoptado a conocer su origen biológico

La legislación a nivel internacional, si bien no resulta totalmente clara y determinante a la hora de definir un derecho del hijo adoptado a conocer su origen biológico, sí ha ido mostrándose cada vez más cercana y favorable al mismo. En este sentido, el Convenio Europeo sobre materia de adopción, de 24 de abril de 1967, en su art. 20, aunque no reconocía el derecho del adoptado de conocer su propio origen, ni tan siquiera el hecho de la adopción, sí estableció derecho a conocer su lugar y fecha de nacimiento. Así mismo reconocía la necesidad de evitar que las personas que no tuvieran un legítimo interés en el asunto puedan acceder a los datos sobre el hecho de la adopción y la identidad de los padres biológicos. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 7 reconocía el derecho a conocer a los padres, pero solo “en la medida de lo posible”. De una manera más clara y comprometida se manifiesta la declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de

⁷⁷⁵ M^a. C. Quesada , “Algunas reflexiones sobre la maternidad a principios del S. XXI”, in: *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo*, Vol. 3, 2002 pp. 4871-3.

los niños. En esta declaración se hace referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, y fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, cuando afirma en su artículo 9: “Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño”. También en el Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción, de 20 de mayo de 1993, establece la posibilidad que el menor acceda a la información sobre sus orígenes biológicos, lo cual no supone una garantía de que el adoptado pueda llegar a conocer los mismos. La causa de esta falta de garantía es la remisión del Convenio al derecho estatal a la hora de regular el acceso a los datos relativos al origen biológico, y por tanto de concreción de la posibilidad de acceso a los mismos.

En el ámbito Europeo ha ido surgiendo una legislación cada vez más favorable al conocimiento del propio origen. En este sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo, el 8 de julio de 1992, afirma implícitamente: “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 informaciones relativas a sus orígenes biológicos, así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros”. En este mismo sentido, pero de forma menos condicionada al derecho estatal, la resolución A3-314/91, de 31 de diciembre de 1991, del Parlamento Europeo sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea⁷⁷⁶, reconoce el derecho de todos los niños a conocer su filiación biológica y a ser informados de cualquier deficiencia genética y de las posibilidades de

⁷⁷⁶ L. García Villalueva – M. Linacero, *el Derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho Comparado*, Catálogo general de publicaciones oficiales, Madrid 2006, (<https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>) [2-12-2016] p. 86.

heredarla. También la Recomendación de 26 de enero de 2000, considera que los Estados deberían “asegurar el derecho del niño adoptado a conocer sus orígenes como muy tarde en su mayoría de edad y a eliminar de su legislación interna cualquier disposición en contrario”⁷⁷⁷.

Toda esta legislación ha ido culminando en el Convenio Europeo en materia de adopción de menores -revisado- de Estrasburgo del 2008, que en su artículo 22.3 afirma: “el menor adoptado tendrá acceso a la información relacionada con sus orígenes en poder de las autoridades competentes. Cuando sus padres de origen tengan derecho a que no se divulgue su identidad, una autoridad competente deberá tener la posibilidad, en la medida en que la ley lo permita, de determinar si es conveniente no hacer uso de este derecho y de transmitir información sobre identidad, teniendo en cuenta las circunstancias y derechos respectivos del menor y de sus padres de origen. Un menor adoptado que no haya alcanzado aún su mayoría de edad podrá recibir un asesoramiento adecuado”⁷⁷⁸.

Como podemos observar de la normativa estudiada la evolución de la normativa y recomendaciones tanto a nivel internacional como de la Unión Europea, previamente a la ley de adopción internacional del año 2007, estaba decantándose claramente por garantizar el derecho del adoptado a conocer su origen biológico. Ciertamente, los argumentos relativos a considerar este derecho como parte de los llamados derechos de la personalidad del hijo y por tanto como prioritarios y esenciales en el instituto de la adopción también se habían ido reflejando en la evolución del derecho internacional en la materia. No se puede ignorar la influencia de esta evolución jurídica internacional en la propia de nuestro derecho en materia de adopción.

⁷⁷⁷ Cfr. L. García Villalueva – M. Linacero, *el Derecho del adoptado a conocer...*, op. cit., p. 118. En la misma se presenta esta recomendación “para el respeto de los derechos del niño en la adopción internacional” como una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio internacional de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y del artículo 30 del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993.

⁷⁷⁸ Convenio Europeo en Materia de Adopción de Menores -Revisado, Estrasburgo 27 de noviembre de 2008 (BOE, 13-7-2011).

B) EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL ESPAÑOLA ACTUAL:

El derecho a conocer el origen biológico ha quedado consagrado en el Código Civil Español tras la reforma producida por la ley 54/2007, de 28 de diciembre. Así el artículo 180.6 del Código manifiesta que: “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”. Así se extendía el precepto contenido en el artículo 12 de la citada la ley de adopción internacional de 2007 a las adopciones nacionales.

Lo primero que se pone en evidencia es como la legislación española en materia de adopción, siguiendo el criterio con el que ha ido evolucionando la legislación internacional, ha reconocido plenamente el derecho del hijo a conocer su origen biológico⁷⁷⁹. Tal derecho además viene reconocido de manera diferenciada de la determinación de la paternidad. Por tanto se está reconociendo tal derecho como distinto al de libre investigación de la paternidad ya que su ejercicio no va dirigido a determinar la filiación respecto de un padre o una madre.

En segundo lugar se trata de un derecho incondicionado en tanto en cuanto no se establece unas restricciones al mismo por su propia finalidad. Así, constatamos que el bien jurídico que protege el derecho a conocer el propio origen no presupone unas condiciones intencionales específicas para que pueda

⁷⁷⁹ H. Díez, Sub.art. 180 CC, in: *Comentarios al Código Civil T. II*, Dir. R. Bercovitz, Valencia 2013, p. 1946: “Con la finalidad de garantizar el principio de la veracidad biológica, la ley 54/2007 introdujo en este precepto un nuevo apartado 5 reconociendo el derecho de la persona adoptada a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos, tal y como también resulta, para la adopción internacional, del art. 12 de ese mismo texto legal”.

reconocerse tal derecho y la posibilidad de ejercitarlo. En este sentido, no resulta relevante a la hora de reconocer la posibilidad de acceder al conocimiento del propio origen la intencionalidad del hijo por la que tiene tal pretensión de conocer. Tampoco tienen relevancia para el reconocimiento de tal derecho de conocimiento del origen biológico las circunstancias relativas a su familia de adopción e integración de la misma. En este sentido la sustentación del derecho a conocer el propio origen, tanto a nivel constitucional como axiológico, entendemos que va más allá de la consideración de un derecho propio de la personalidad. Por tanto la base constitucional de este derecho entendemos que necesariamente debe de ser más amplia que los derechos de libre formación de la personalidad y el de la intimidad entendida desde un sentido positivo.

Precisamente, esta ampliación de la base axiológica y constitucional responde a la necesidad de que el derecho a conocer el origen biológico no quede a merced de definiciones preestablecidas por el legislador o juzgador respecto de la personalidad y su proceso de formación. De esta manera, también estamos afirmando que aquél que es el mismo sujeto del derecho a conocer es quien debe poder definir lo que es su propia personalidad e intimidad y escoger lo que resulta fundamental para la misma. De esta afirmación se concluye el papel fundamental que juega la libertad de conciencia como sustento constitucional de este derecho a conocer el origen biológico del adoptado y que desarrollamos en el punto siguiente de este apartado.

Respecto a la legislación civil, a la hora de llevar a la práctica este derecho de conocer el propio origen, no podemos olvidar dos situaciones diversas que cambia las posibilidades de hacerlo efectivo:

La primera sería que los padres biológicos consten en el registro civil, bien en la inscripción principal⁷⁸⁰, bien en la sustituida tras haberse hecho la

⁷⁸⁰ El auto constitutivo de la adopción deberá ser inscrito de acuerdo con los arts. 34, 4.2 y 44.4 LRC (arts. 25 y 46 LRC 2011).

principal en el registro del lugar del domicilio de los padres adoptivos⁷⁸¹. En tales casos el mismo artículo 180.5 y 6 del Código Civil Español es una base legal clara y segura para poder obtener una certificación de los datos que constan en el registro aunque su acceso estuviera restringido tras el traslado de la inscripción⁷⁸². Para hacer factible el ejercicio de este derecho el artículo 22.1º del Reglamento del Registro Civil excluye a los adoptados mayores de edad y a los adoptantes de la necesidad de autorización judicial previa para acceder a la inscripción registral de la filiación establecida en la filiación adoptiva que exige el antedicho artículo. En este sentido G. Bergoenechea afirma respecto a la posibilidad de sustitución de la inscripción de nacimiento por una nueva en la que solo consten los padres de adopción: “coincidimos con Garriga en afirmar que constituye un impedimento para el conocimiento del propio origen ya que con esta regulación es posible que el inscrito que ignora que es adoptado siga desconociendo esta circunstancia a pesar de que solicite un certificación literal de nacimiento, como ya hemos mencionado, una referencia al tomo y la página en la que se encuentra la inscripción originaria, de manera que si no existen dudas o sospechas sobre la filiación de origen quizá ni siquiera se repare en esa referencia”⁷⁸³.

⁷⁸¹ De acuerdo con los arts. 76, 77.2 y 307 RRC, será posible el traslado de la inscripción del nacimiento al registro civil del lugar de residencia de los padres adoptantes. En este nuevo asiento registral se hará haciendo constar tan solo los datos de nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptantes, y en su caso la oportuna referencia al matrimonio de ellos; todo ello a petición de los representantes legales del hijo, a saber los padres adoptantes. Así, “En las nuevas inscripciones a las que refiere este artículo se hará referencia a la antigua.” siendo posible expedir certificaciones del nuevo asiento a “cualquier persona con interés”. Previamente a la reforma del RRC, se contenían disposiciones similares: “...la inscripción en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1999 permite cancelar formalmente la inscripción originaria de nacimiento y extender una nueva...Aquí interesa destacar que el adoptado mayor de edad puede conocer el contenido de la anterior inscripción de nacimiento” (M.C. Quesada, *La adopción...*, op. cit., p. 163).

⁷⁸² En este sentido, tanto la DGRN como el Tribunal Supremo han protegido este acceso a la información respecto de los orígenes biológicos que consta en el registro civil impidiendo que se elimine la constancia registral de tales datos: RDGRN 6 de Julio de 1994; RDGRN de 25 de octubre de 1985; RDGRN 23 de abril de 1993; STS 29 de enero de 1990 (Roj: 610/1990).

⁷⁸³ Cf. B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacionaal y en otros supuestos de filiación transfrontera*, Madrid, 2007, p. 244.

La segunda situación que se plantea sería aquella en la que los datos relativos a la paternidad o maternidad no constan en el registro civil. En esta situación los progenitores constarán en registros de entidades públicas o privadas de las que no suele ser fácil que den acceso al mismo. Precisamente en estas ocasiones es en las que puede darse con mayor claridad el conflicto entre el derecho a la intimidad de los progenitores⁷⁸⁴ cuyo anonimato pretende proteger, y el derecho a conocer el origen biológico por parte del hijo⁷⁸⁵. Ciertamente la resolución del caso Odievre por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁸⁶, prevé que los estados puedan preservar este anonimato si lo previeron mediante normas específicas, y en tales casos podría acordarse el no acceso a estos datos restringidos de forma selectiva. Sin embargo, la evolución de la legislación y jurisprudencia española ha ido haciendo posible este acceso al conocimiento del origen biológico en la mayoría de los casos⁷⁸⁷. En

⁷⁸⁴ Reconocido como límite para acceder a los datos contenidos en los registros públicos en los artículos: 105 CE; 37.4 Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y 11 LO 15/1999 de protección de datos de carácter personal; art. 7.4 LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Además, en este punto también tenemos que hacer mención de la legislación específica en materia de adopción que protege este derecho a la intimidad de los progenitores: Así, las disp. adic. 1ª Ley 21/1987 y art. 13.2 LO 1/1996 de protección jurídica del menor, establecen un deber de secreto respecto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados. Así mismo el art. 1826.II LEC/1881, fija una “obligada reserva a seguir en los procedimientos de adopción”.

⁷⁸⁵ H. Diez, Sub.art. 180 CC, in: *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 1948: “De ahí, que, no está de más que este art. 180.5 haya impuesto a las entidades públicas un deber de colaboración específico al respecto...”.

⁷⁸⁶ STEDH 2003\8 de 13 de febrero, caso Odièvre contra Francia in: M.C. Quesada, *La adopción...*, op. cit., p. 188: “El Tribunal recuerda que la elección de las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento del artículo 8 del convenio en las relaciones entre individuos depende en principio del margen de apreciación de los Estados Contratantes...De ello deduce que frente a la diversidad de sistemas y tradiciones jurídicas, así como de las prácticas de abandono bajo distintas formas, los Estados deben gozar de cierto margen de apreciación para adoptar las medidas adecuadas que aseguren el reconocimiento de los derechos garantizados por el Convenio a cualquier persona dependiente de su jurisdicción”.

⁷⁸⁷ *Ibidem*: “No obstante, no faltan algunas resoluciones judiciales que, en atención al art. 39.2 CE y a la licencia constitucional para abrir procesos de determinación de filiaciones no consentidas, y a que, en este tipo de procedimientos, se admiten las limitaciones del derecho a la intimidad en orden a la protección de los legítimos derechos del hijo y en función de lo prevenido en el art. 21 RRC, entienden que la obligación de sigilo impuesta por la Disp. Adic. 10ª de la Ley 21/1987, no impide el acceso a los registros y archivos por parte de quien, respecto a esa información, puede reputarse sujeto directamente interesado de dicha

este sentido debemos entender la estudiada eliminación del anonimato de la maternidad por decisión de la mujer⁷⁸⁸. También en este sentido de primar el derecho a conocer el origen biológico encontramos toda una línea jurisprudencial específica⁷⁸⁹.

En esta segunda posibilidad habrá que acudir a procedimientos propios de la legislación civil, en los que se deberá de tener en cuenta la ley de protección de datos, o en procedimientos contenciosos administrativos en los casos en que se ejerciten ante una persona jurídico pública⁷⁹⁰.

C) LA LIBERTAD DE CONCIENCIA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO DEL ADOPTADO

Ya hemos estudiado como la libertad de conciencia fundamenta el derecho a conocer el origen biológico como derecho sustentable desde nuestro orden constitucional. Sin embargo la legislación relativa a la adopción y concretamente el artículo 180.6 del Código Civil Español, establecer unas especificidades a este derecho a conocer el origen biológico que requieren unas exigencias a nivel constitucional y axiológico específicas. Por este motivo entendemos necesario hacer un estudio específico de la fundamentación del derecho a conocer el origen biológico del adoptado en la libertad de conciencia

información [SSTSJ País Vasco 31.10.2003 (JUR 2004, 42405; 27.2.2004 (RJCA 2004, 397). Cfr. SAP Valencia 30.5.2012 (AC 2012, 1286)]”.

⁷⁸⁸ Vid Cap. V, ap. 3, pto. B) Medios de la determinación de la filiación no matrimonial. d) El cuarto medio de determinación de la filiación que establece el artículo 120 es aquel que se da respecto de la madre en la inscripción de nacimiento.

⁷⁸⁹ STS 14 de julio de 2000 (RJ 2000/2669); AAP Barcelona 22 febrero 1996 (AC 1996, 232) y SSTSJ País Vasco 21 enero de 2002 (JUR 2002,218074) Y 31 Octubre 2003 (JUR 2004, 42405); in: R. Barber “La filiación adoptiva”..., op. cit., p. 627.

⁷⁹⁰ A este respecto M. Garriga refiriéndose a las acciones que desarrollan este derecho a conocer reconocido con anterioridad en la legislación catalana desarrollaba los siguientes medios además del cauce de las acciones de investigación e impugnación de la paternidad que posteriormente estudiamos de manera específica: “a.2.1 Solicitud de autorización judicial para la revelación de la información, que se tramita por la vía de la jurisdicción voluntaria....a.2.3 Recurso contra el acto administrativo que deniega la información, ante la sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal superior de justicia” (M. Garriga, *La adopción y el derecho a conocer...*, op. cit., p. 244).

a la luz de las exigencias y especificidades del mencionado precepto del Código Civil.

Ya hemos visto en el apartado anterior el artículo 180.6 del Código Civil Español ha concebido el derecho del adoptado a conocer su origen biológico de una manera incondicionada a su intencionalidad. Esto supone que no puede restringirse en base a la consideración de si este mismo conocimiento forma parte o no de su identidad y de que relevancia tiene en la misma. Esta decisión de que relevancia tiene en su propia identidad personal y formación de su personalidad corresponde al propio hijo o a sus padres o tutores cuando es menor. Por tanto, de nuevo nos encontramos con la necesidad de reconocer como el derecho a conocer el origen biológico se fundamenta, no solo en los derechos propios de la personalidad, sino también en el de libertad ideológica y de conciencia⁷⁹¹.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto resulta obvio que la opinión de si el conocimiento del origen biológico forma parte de la propia identidad o la relevancia que pueda tener en la formación de la propia personalidad corresponde al hijo. Este la ejercería por sí mismo si fuera mayor de edad, o por medio de sus padres o tutores durante la minoría⁷⁹². De esta manera, consideramos que el derecho a la libertad de conciencia se debe de entender como base constitucional necesaria de este derecho del adoptado a conocer el origen biológico de acuerdo a la redacción del artículo 180.6 del Código Civil. En este sentido resulta muy interesante la afirmación de Martinell, que desde el punto de vista de quien investiga su posible paternidad considera que este derecho a conocer la verdad al respecto sería parte de la libertad de conciencia. A este respecto, el mismo autor afirma tratando el artículo 16.1 de la Constitución que incluye la libertad ideológica, religiosa, y de culto; y sin embargo: "...No està reconegut, per exemple, el dret a sortir de la incertesa sobre la paternitat, llevat que es pugui al·legar com una derivació de la llibertat de consciència, per tal d'actuar-hi després en conseqüència,..."⁷⁹³. En el mismo

⁷⁹¹ Vid. Cap. IV, ap. 2. El derecho a conocer el origen biológico; principios constitucionales conexos; 2.4. El derecho a la intimidad y el conocimiento del propio origen.

sentido que Martinell, entendemos que también sería aplicable el derecho a la libertad de conciencia al hijo que pretende conocer su origen biológico

Respecto de este encaje del derecho a la libertad de conciencia en la base axiológica y constitucional del derecho a conocer el origen biológico cabría preguntarse si existiría alguna dificultad en referencia al citado artículo 22.3 del Convenio Europeo en Materia de Adopción del 2008. Nos referimos fundamentalmente a la disposición de que “la autoridad competente deberá tener la posibilidad, en la medida en que la ley lo permita, de determinar si es conveniente no hacer uso de este derecho y de transmitir información sobre la identidad teniendo en cuenta las circunstancias y derechos respectivos del menor y de sus padres de origen”. En primer lugar habrá que señalar que si bien el derecho a la libertad de conciencia del menor es incuestionable, no es menos cierto que el ejercicio del mismo es gradual y viene tutelado por quienes ejercen la patria potestad del mismo⁷⁹⁴. Así mismo, esta gradualidad del

⁷⁹² En este sentido Rivero, comentando la STC de 141/2000 de 29 de mayo, recuerda que la libertad ideológica los padres la deben de ejercer en vistas a la educación de los hijos y no para coartar su libertad en esta materia fundamental: “...referidos a los menores —no menos personas que los adultos, y más necesitados de protección que éstos—, obligan a entender y limitar el alcance del art. 27.3 CE. A la sola educación y formación religiosa y moral, no más... las previsiones del art. 27.3 CE.)...El derecho fundamental de libertad de creencias que compete a los menores, como personas que son, es sólo y exclusivo suyo, sencillamente, y está excluido de la gestión y ejercicio por representación por los titulares de la patria potestad (art. 162-1º C.c)” (F. Rivero, “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)”, in: *Derecho Privado y Constitución*, n. 14, 2000, pp. 266-7.

⁷⁹³ Cfr. J.M. Martinell, “Secularització, laïcitat i família a Espanya”, in: *Idees: Revista de temes contemporanis*, n. 26, 2005, pp. 118-9.

⁷⁹⁴ Art. 6 LO 1/1996 de protección jurídica del menor: “1.- El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. 2.-El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás. 3.- Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”. En este sentido Llamazares afirma: “La libertad de titulares de centros, de profesores y de padres en cuanto protagonistas del proceso educativo, es proyección de su libertad de conciencia y está instrumentalmente orientada a conseguir la formación en libertad y para la libertad de conciencia de los alumnos” (D. Llamazares, *Derecho a la libertad...*, op. cit., p. 73).

ejercicio del derecho también viene protegida por distintas instituciones jurídicas a nivel procesal y administrativo⁷⁹⁵.

En todo caso entendemos que la intervención de un órgano administrativo o jurisdiccional no vendría impuesta como una competencia del Estado excluyente y que sacara el derecho a conocer el origen biológico fuera del ámbito de la libertad de conciencia. Más bien habría que entenderla como la consecuencia necesaria directa de dos intereses y derechos fundamentales legítimos que concurren y es necesario cohesionar: la libertad de conciencia del menor (unida al derecho a la libre formación de la personalidad y a la intimidad) y el derecho a la intimidad de los progenitores. A este concurso se le sumarían el principio de estabilidad familiar y la seguridad jurídica que serían intereses legítimos y que también son dignos de una especial protección y tutela; no olvidemos que también estos formarían parte del llamado bien del hijo.

D) DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA DE LOS HIJOS ADOPTIVOS

Entendemos que más allá de la posibilidad del conocimiento del origen biológico el Código Civil Español se prevé implícitamente la de determinación de la filiación por naturaleza cuando en el art. 180.4 afirma: “La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”. Resulta claro, pues, que para que sea posible esta determinación de

⁷⁹⁵ En esta coordinación del derecho de los padres a elegir la educación y formación de los hijos, más allá del ámbito estrictamente religioso, por tanto dentro de lo que se entendería el derecho a la libertad de conciencia entendemos relevante la STEDH sobre el caso Kjeldsen, Busk Madsen & Pedersen vs. Dinamarca (7 de diciembre de 1976). A este respecto comenta Bueno: “introduí per primer cop una al·lusió al proselitisme, en una consideració directament negativa i sense relació directa amb l’anunci religiós lícit... L’objecte de protecció, en aquest cas, era el dret dels pares a decidir el tipus d’educació dels seus fills en l’àmbit ideològic i religiós. Però el més interessant fou precisament que aquesta primera al·lusió al proselitisme, encara que no aprofundís aleshores la seva anàlisi, es referia a aspectes d’imposició ideològica estatal” (S. Bueno, “La protecció de la llibertat religiosa i la manifestació religiosa en el Dret i la jurisprudència europeus”, *Revista de temes contemporanis*, n. 26, 2005, pp.35-58).

la filiación es del todo punto necesario la posibilidad de investigar la misma⁷⁹⁶. Esto implica la accesibilidad del hijo adoptado a las acciones de reclamación de la filiación previstas en el artículo 131 del Código Civil Español, es decir, a la libre investigación de la paternidad del art. 39.2 de la Constitución y a su determinación mediante la inscripción en el Registro Civil⁷⁹⁷. Pero también podría darse la determinación por cualquier otro método de los artículos 112 y siguientes del Código Civil⁷⁹⁸.

Lo que también resulta claro es que este derecho a investigar la paternidad no se puede confundir con el derecho a conocer el origen biológico de los adoptados. En primer lugar porque el derecho a conocer el propio origen no presupone la posibilidad de que se fije registralmente tal paternidad. En cambio, la determinación de la filiación biológica supondrá en todo caso la posibilidad de anotación en el Registro⁷⁹⁹.

No obstante, debemos advertir que este derecho a determinar la filiación derivado del artículo 180.4 del Código Civil no tiene consecuencias en el

⁷⁹⁶ M^a.C. Quesada, "El derecho (¿Constitucional?) a conocer el propio origen biológico", in: *ADC* XLVII, 1994 p. 283: "Esta posibilidad de establecer la verdadera filiación después de haberse constituido el vínculo adoptivo fue confirmada por el art. 177 CC., tras ser reformado en 1981 ("la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado, no afecta a la adopción"). Norma que no fue modificada luego por ella ley 21/1987, de 11 de noviembre, y que implícitamente permite a los hijos adoptivos reclamar judicialmente su filiación biológica, la cual quedará determinada sin que ello incida para nada en la adopción cuyos efectos seguirán produciéndose sin sufrir alteración alguna...".

⁷⁹⁷ H. Díez, Sub.art. 180 CC, in: *Comentarios al Código Civil T. II*, Dr. R. Bercovitz, Valencia 2013, p. 1945: "La ratio de la normativa quizá haya que buscarla en la protección de la verdad biológica y en el principio de libre investigación de la paternidad que el art. 89 CE reconoce y si se quiere, en la necesidad de facilitar el conocimiento de los impedimentos matrimoniales (vid. Art. 178.3).

⁷⁹⁸ R. Barber, "La filiación adoptiva"..., op. cit., p. 615: "...De manera que la constitución de la adopción no impide la determinación de la filiación biológica del adoptado, por la vía que sea y conforme a las reglas establecidas en los arts. 112 y siguientes para dicha filiación. Cabe así la determinación de la filiación por reconocimiento, por expediente del Registro Civil a través del ejercicio de la acción de reclamación que corresponda. Incluso, en un supuesto novelesco, cabría a través de la presunción de paternidad marital, probándose sus presupuestos...".

⁷⁹⁹ *Ibidem.*, p. 616: "Por otra parte la filiación determinada podrá inscribirse en el Registro: al no ser contradictoria con la filiación adoptiva que en éste constará, no procede la aplicación del cierre registral del art. 50 LRC.Y la publicidad de la primera quedará sometida a las cautelas expuestas".

régimen de la patria potestad y derecho de alimentos como ya hemos estudiado. Por tanto, si nos atuviéramos a una visión del bien del menor puramente material y educativa, no existiría una obligación de las entidades públicas de colaborar con la búsqueda del origen biológico del hijo, ni tampoco con esta investigación de la paternidad. El motivo de esta falta obligación de colaboración de la administración no puede limitarse a la asistencia al menor en las necesidades materiales y educativas de este hijo ya que estas vienen atendidas por la familia adoptiva.

Ciertamente, desde la perspectiva de las necesidades tuitivas y de la patria potestad no se explicaría el artículo 180.5 del Código Civil cuando establece una especial colaboración de las entidades públicas o privadas para el acceso al origen biológico. Por tanto, tampoco quedaría explicada esta colaboración en aras a la determinación de la paternidad natural cuando sus efectos fueran meramente registrales. A este respecto, no se puede olvidar que tal disposición supondría la cesión del derecho a la intimidad por parte de las familias que dieron en adopción, y que este derecho a la intimidad es un derecho fundamental consagrado en la Constitución⁸⁰⁰. En consecuencia, esta cesión del derecho a la intimidad solo se justifica desde el principio del interés del hijo, que es el fin propio de la adopción, entendido de una manera amplia. En este caso, se daría en base a un elemento constitutivo del interés del hijo que sería el estudiado derecho a conocer su propio origen y que constituye un derecho diferenciado. No podemos obviar como la determinación de la filiación por naturaleza en el caso de los hijos adoptivos prevista en el n.4 del artículo 180 implica necesariamente el derecho a conocer el propio origen que posteriormente se reconoció en el n.5 del mismo artículo. Esto es una cuestión distinta de que el derecho a conocer el origen biológico vaya más allá del ámbito de la determinación de la paternidad.

En esta misma línea, no podemos compartir la opinión de que el artículo 180.4 del Código Civil Español no daría lugar a un derecho a investigar la

⁸⁰⁰ Vid. Cap. IV, ap. 2.1, pto. B) Posturas minimalistas en torno al derecho a conocer el origen biológico.

paternidad al hijo en base a una interpretación restrictiva de este precepto. Tal interpretación supone entender que la *mens legislatoris* respecto de la norma que nos ocupa consiste en dar firmeza a la adopción y evitar que “un reconocimiento posterior del hijo abandonado por parte de los padres biológicos extinguiera la adopción ya constituida”⁸⁰¹. A este respecto Vela reconoce que previamente a la existencia del número 5 del mencionado precepto de este art. 180.4 ya se “deducía la posibilidad de la investigación y determinación legal de la filiación biológica con posterioridad a la adopción, lo que abría una puerta —antes de la actual Ley de Adopción Internacional— al derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”⁸⁰². En este sentido la STS de 27 de junio de 1987 ya afirmaba “la persistencia del vínculo que une al adoptado con su familia natural, pese a los lazos que adquiere por la adopción con la familia adoptante, así como la posibilidad de que aquel vínculo sea modificado con posterioridad a la adopción”⁸⁰³ refiriéndose a la pretensión del adoptado de determinar su filiación biológica respecto de un progenitor haciéndola constar en el registro civil⁸⁰⁴.

Por todo lo antedicho constatamos como el artículo 180.4 del Código Civil Español reconoce una verdadera determinación de la filiación por naturaleza en los supuestos de adopción. Esta filiación por naturaleza, sin embargo, carecerá de eficacia más allá de la puramente registral y de cara a los

⁸⁰¹ Cfr. A.J. Vela, “El derecho del adoptado...”, op. cit., p. 12. En este mismo sentido se manifestaba la AP de Castellón S 173/2009 de 7 de septiembre (Jur 2010, 5666).

⁸⁰² Ibidem.

⁸⁰³ STS 27 de junio de 1987 (Roj: 4472/1987).

⁸⁰⁴ M.C. Quesada, *La adopción...*, op. cit., p. 164: “...Aunque seguramente la finalidad de esta norma -como se deduce de su ubicación en un precepto dedicado a la extinción de la adopción- es aclarar que la determinación jurídica de la filiación biológica no entraña la extinción de la adopción, lo cierto es que implícitamente admite la posibilidad de que el hijo adoptado haga valer su derecho a conocer su origen mediante el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación (paterna y/o materna). No obstante, es evidente que sin algún indicio sobre la identidad de los padres o sobre cómo pueden ser localizados, no va a ser posible interponer la acción de reclamación con el fin de que se investigue y determine la filiación biológica del adoptado...Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de junio de 1987 ha aclarado que la filiación adoptiva y la biológica no son contradictorias, por lo que la adopción no impide la reclamación judicial de la filiación biológica”.

impedimentos matrimoniales⁸⁰⁵, pues “en nada afecta a la adopción”. La única excepción, por razones obvias, sería cuando la determinación de la adopción convierte al padre adoptivo en padre natural⁸⁰⁶. Así, la norma del referido artículo supone la legitimidad activa del adoptado para ejercitar las acciones de filiación por naturaleza, y también la legitimidad pasiva en las mismas acciones⁸⁰⁷. De esta manera, más allá de la escasa relevancia práctica inmediata de este precepto lo que sí es muy destacable es que vincula la investigación de la paternidad, maternidad y filiación con un bien del menor entendido en un sentido más amplio que la mera asistencia alimentaria y educativa. Ciertamente, se entiende que el interés del hijo incluye el conocimiento del origen biológico, y el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de estos vínculos biológicos. Sin embargo, precisamente para preservar este interés del hijo, se preservará la restricción registral respecto de los datos relativos a la filiación⁸⁰⁸.

Llegados a este punto entendemos que es importante hacer una diferenciación de los bienes e intereses protegidos e incluidos dentro de este bien del menor que excede el ámbito asistencial y de la patria potestad. Así, por

⁸⁰⁵ De acuerdo con lo establecido en el art. 178.3 CC. (Vid a este respecto: M. Albaladejo “Curso...”, op. cit. 205; M.V. Mayor, “Sub. 180” in: *Civil Comentado, Vol, I, Civitas Thomson Reuters*, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Ciruz Menor (Navarra) 2011, p. 941)

⁸⁰⁶ R. Barber, “La filiación adoptiva”..., op. cit., p. 617: “...hay un supuesto en que la doctrina se muestra unánime al entender que la determinación de la filiación biológica debe afectar a la adoptiva, sobreponiéndose necesariamente a ella por hacerla inútil (en calificación no demasiado técnica pero sí expresiva): la que convierte al padre adoptivo en progenitor por naturaleza”. Esta misma autora plantea otro supuesto debatido doctrinalmente, sería el caso de que la determinación de la filiación mostrase una relación de parentesco que no permite la adopción, así recoge diferentes opiniones doctrinales “Peña declara dubitativamente que ‘parece mantenerse la adopción’, mientras Vargas Cabrera la califica de nula por contravenir norma imperativa. Carrasco Prera considera que no cabe resolver este supuesto desde las normas materiales, sino necesariamente desde las procesales que conducirán al mantenimiento de la adopción si, firme el auto de adopción, no cabe emprender recurso alguno. La cuestión es dudosa” (R. Barber, “La filiación adoptiva”..., op. cit., p. 617).

⁸⁰⁷ D. Jaufre, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas...*, op. cit., p. 337; *La adopción y el derecho a conocer...*, op. cit., p. 230; B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación ...*, op. cit., p. 6; E. Valladares Rascón, “Notas urgentes sobre la nueva ley de adopción”, in: *Revista del Poder judicial*, nº 9, 1988, pp. 53 y 230. M.A. Pérez Álvarez, “Sub. Art. 180.5 CC.” in: *Civil Comentado, Vol, I, Civitas Thomson Reuters*, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Ciruz Menor (Navarra) 2011, p. 908-10.

⁸⁰⁸ STC 134/1999, 15 de julio de 1999 (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), y STC 197/1991, de 17 de Octubre (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 1991).

una parte habría que atender al derecho a conocer el propio origen, como derecho vinculado a la libertad de conciencia y a la libre formación de la personalidad desde los aspectos relativos al origen biológico-genético. Pero otro distinto sería el derecho a la determinación de la filiación y constancia registral. Este último no viene vinculado a una cuestión puramente de proveniencia biológica, sino también a una historia biográfica que vincula mediante acontecimientos. Con este término de *acontecimientos*, nos estamos refiriendo a los físicos, como el mismo nacimiento, pero también sociales y jurídicos, como el hecho de la adopción en la que también han participado los padres biológicos. Esta diferenciación también tiene una apoyatura en la distinción del ámbito de la pura conciencia, propia del derecho a conocer, y el ámbito jurídico social, como es la de la determinación jurídica y reconocimiento registral.

Además, la mencionada distinción de los bienes que integran el derecho a conocer respecto de los que se coligen de la investigación y determinación de la filiación, también afectaría al supuesto de hecho que da lugar a la atribución de la filiación adoptiva. En efecto, estamos hablando de que existe unos hechos históricos y sociales, como el nacimiento y la participación en el proceso de adopción que suponen una base pre jurídica de la atribución de la filiación por adopción. Tales hechos históricos y sociales son propios y exclusivos del presupuesto jurídico de la adopción y no se dan en otras formas de atribución relativas a las técnicas de reproducción asistida y que estudiamos en los capítulos subsiguientes. Este hecho social y jurídico previo a la atribución de la filiación sería el que daría lugar a la aspiración a una determinación jurisdiccional y reconocimiento específico en el registro civil como ocurre y es característico de la atribución de la filiación por adopción.

E) EL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA DEL HIJO ADOPTIVO EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Ya el artículo 129 del Codi de Família preveía y regulaba el derecho del hijo al conocimiento de su origen biológico previamente a que este se incluyera

en el artículo 180 del Código Civil. No obstante este derecho venía mucho más matizado y condicionado por la disposición del artículo 129.3 que reconocía que este derecho “se lleva a cabo sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones”. Es decir, lo que se le concede a las personas es un derecho a una acción de conocimiento de sus orígenes. De esta manera la identidad de los progenitores solo se revelaría al hijo adoptado si tras un procedimiento administrativo las entidades entendieran que existe suficiente motivo para hacer prevalecer este derecho a su propio deber de reserva⁸⁰⁹. La praxis de esta norma venía ya siendo una labor de mediación por parte de los servicios de la Diputación que tendía a recabar el consentimiento de los progenitores como requisito necesario para dar la información que posibilitara al hijo la identificación; otra posibilidad era que existiera resolución judicial favorable⁸¹⁰. Cuestión distinta es si la norma prevista en este artículo era para el mero conocimiento del origen biológico o también de cara a la determinación de la filiación biológica, al margen de la eficacia de la adopción. En este sentido, parece que la relevancia de esta cuestión sería escasa pues, en cualquier caso “no hay en el resto de la legislación ninguna norma que impida al adoptado

⁸⁰⁹ M. Garriga, *La adopción y el derecho a conocer...*, op. cit., p. 232: “...Las entidades o personas que intervienen en la adopción están autorizadas a denegar la información a los adoptados que se la soliciten, ya que el derecho de los adoptados a conocer “se lleva a cabo sin detrimento del deber de reserva”.

⁸¹⁰ *Ibid*, p. 237: “En los supuestos en los que se pretende obtener información identificativa sobre la familia biológica, se parte del principio de la confidencialidad de la información, excepto en el caso de que se obtenga el consentimiento expreso de la persona, o bien la autorización judicial, con base en el artículo 2.2 LO 1/1982. Los servicios de la Diputación informarán entonces al solicitante sobre la existencia o no de la información solicitada y los parientes a los cuales se refiere. Normalmente la información disponible contiene únicamente datos sobre la madre biológica...Seguidamente y a instancia del solicitante, se intenta localizar a las personas identificadas y se les solicita su consentimiento para la revelación de la información, como requisito imprescindible para poder informar al hijo. En el caso de que no se obtenga su consentimiento bien porque no ha sido posible localizar a la persona, bien porque ésta se ha negado a consentir, la información no se facilita...”. La misma autora expresa en base a que legislación se solía argumentar las resoluciones desfavorables: “La Constitución garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familia y a la propia imagen (art 18) así como el derecho a acceder a los archivos administrativos, excepto en lo que afecte a la intimidad de las personas (art. 105); ...El artículo 2.2 de la Ley Orgánica del derecho al honor, ...El artículo 34 de la Ley 37/1991, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción...El artículo 10 de la Ley 14/1986, General de Sanidad...” (*Ibid*. 238).

ejercitar acciones de filiación, como puede hacerlo cualquier persona que no haya sido adoptada”⁸¹¹.

En el actual Codi Civil de Catalunya el derecho a conocer el origen biológico por parte del adoptado se reconoce explícitamente y se establece el procedimiento de mediación realizado por la administración para hacerlo efectivo, así el artículo 235-49 afirma: “1. El adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen. 2. El adoptado, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva. 3. Las administraciones públicas deben facilitar al adoptado, si los pide, los datos que tengan sobre su filiación biológica. A tal fin, debe iniciarse un procedimiento confidencial de mediación,...5. Los derechos reconocidos por los apartados 2 y 3 deben ejercerse sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones”.

En la línea de esta prevalencia del derecho del hijo al conocimiento del propio origen el artículo 235.50 del Codi Civil de Catalunya ha establecido la obligación de los padres adoptivos de “hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor”. Respecto de esta norma, no es de extrañar comentarios doctrinales como los de Barber Cárcamo cuando afirma que se trata de “un ejercicio inusitado de intromisión en la intimidad familiar”⁸¹². Ciertamente resulta difícil entender el encaje de este precepto con el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución.

A pesar de este precepto, y más allá de lo justificadas de sus críticas, lo que sí se pone de manifiesto es una mayor consideración del derecho a conocer los orígenes biológicos en el Codi Civil de Catalunya y la legislación precedente.

⁸¹¹ Cfr. *Ibid*, p. 234.

⁸¹² Cfr. R. Barber, “La filiación adoptiva” ..., *op. cit.*, p. 626.

Tal consideración entronca con la tradición jurídica catalana con una mayor influencia tanto del Derecho canónico como del mismo Derecho romano, frente al Código Civil ha recibido una influencia más directa del Derecho germánico y del Código Napoleónico. No obstante, tanto la praxis administrativa como el mismo Codi Civil de Catalunya han ido actualizando y poniendo medios prácticos para integrar y hacer efectivo este derecho a conocer en la vida y el tráfico jurídico. El ejemplo más claro de ello es el reconocimiento en el nuevo Codi Civil de Catalunya de una labor de mediación que la administración estaba realizando en desarrollo de este derecho a conocer el propio origen ya reconocido en el anterior Codi de familia.

2.- Atribución y determinación de la filiación en los casos de reproducción asistida.

Al igual que en el caso de la adopción, previamente al desarrollo de este tema entendemos que resulta importante presentar el objeto de este estudio y sus límites. En este sentido advertimos que lo que vamos a hacer en este apartado no es un estudio sistemático de las técnicas de reproducción asistida y su regulación civil. En primer lugar tenemos que decir que no nos interesan los aspectos legislativos ajenos al sistema de atribución y determinación de la filiación que nos sean útiles para realizar este estudio comparativo entre lo ordenamientos civil y canónico. De esta manera también evitamos extendernos en el estudio algunos casos de determinación de la filiación civil, que carecerían de relevancia en este estudio comparativo canónico. Baste ahora recordar que el Derecho canónico no determina jurídicamente la filiación y no se ocupa de aspectos sucesorios.

2.1 Base legislativa de la filiación por reproducción asistida

El artículo 7.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida afirma: "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se

regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”. Para entender el alcance de este artículo lo tenemos que poner en relación con las disposiciones de determinación y atribución jurídica de la filiación que prevé la mencionada ley en los artículos siguientes, fundamentalmente los artículos 8 y 9.

Según lo antedicho, atendiendo a estas normas de la mencionada Ley resulta necesario plantearse la siguiente cuestión previamente al desarrollo de este tema: ¿Se trata de un sistema propio de atribución y determinación de la filiación que cambia el Código Civil Español? Es decir, nos planteamos una doble posibilidad: La primera sería que estemos ante una modificación del sistema de determinación de la filiación previsto en el Código Civil partiendo de los supuestos de reproducción asistida. La segunda alternativa, que se trate de una regulación específica que contemple unos medios de atribución y determinación de la filiación específicos para algunos supuestos de filiación concretos que no es posible incluirlos en la regulación del Código. Nos decantamos por esta última. El motivo es que, tal y como estudiaremos, los supuestos de filiación que regulan los artículos 8 y 9 de la mencionada Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida están bien delimitados. Además, es obvio que no son reconducibles a los supuestos de atribución de la filiación biológica establecidos por el Código Civil Español o el Codi Civil de Catalunya. Es por ello que estos supuestos de filiación concretos requieren criterios de determinación y atribución claramente diferentes⁸¹³.

Ciertamente, el Código Civil se aplica en los supuestos que no regula específicamente esta ley, como establece claramente el mencionado artículo 7.1.

⁸¹³ J.J. Iniesta, “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, in: *Tratado de Derecho de la Familia vol. V Las Relaciones paterno-filiales*, Dirs. M. Izquierdo – Matilde Cuena, Zizur menor (Navarra) 2011, p. 748: “La remisión contenida en el art. 7.1 LTRH a las leyes civiles es un indicativo más de que no se trata de crear un sistema alternativo de filiación, sino que, partiendo de los sistemas existentes se articulan soluciones específicas para los casos que se desvían de la regla. Se ha dicho, en este sentido, que el art. 7.1 no establece la aplicación supletoria de las normas del Código Civil sobre filiación a los supuestos derivados del empleo de técnicas de reproducción asistida, sino que partiendo de ellas la LTRH dispone reglas especiales para supuestos que presentan elementos que los justifican”.

Sin embargo estos casos recogidos por el artículo 8 y 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida requieren de criterios de atribución de la filiación por naturaleza que necesariamente son legales, y no biológicos. Estaríamos pues ante unos supuestos de filiación muy distintos de los que parte el sistema de determinación del Código Civil y que vienen atribuidos por criterios jurídicos. Sin embargo, queda claro que este sistema de atribución y determinación de la filiación, no es extensivo sino excepcional y específico para los supuestos filiatorios que esta ley regula. Así, previamente a estudiar los casos de filiación de los artículos 8 y 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, entendemos que es importante apuntar tres elementos que distinguen este sistema de atribución y determinación de la filiación, a saber:

El primero, y más básico, sería la relevancia de la intencionalidad de tener un hijo, - *intentio parentalis* -. A diferencia de la filiación por naturaleza basadas en la biología, en las técnicas de reproducción asistida heterólogas, la intencionalidad de la paternidad no es coincidente con la de quien aporta el material genético⁸¹⁴. Sobre esta afirmación debemos puntualizar que: entendemos que lo relevante jurídicamente en estos supuestos de filiación no es el “deseo”⁸¹⁵ de tener un hijo; sino una “intencionalidad”, que supone algo más que un deseo. Tal intencionalidad del acto conducente a la filiación por las técnicas de reproducción asistida requerirá, además de una referencia causal (algo similar al deseo de filiación), una dirección de causación o ajuste (un

⁸¹⁴ A.N. Krasnow, “La filiación y sus fuentes en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”, in: *InDret*, www.indret.com [9-11-2016], Barcelona 2015, p. 8: “Siendo el principio de respeto por la verdad biológica uno de los pilares sobre el que se apoya el régimen de filiación vigente, surge que el legislador al guardar silencio respecto a la voluntad procreacional, quiso que ambos elementos siempre interactúen juntos. Pero esta alianza no resulta posible en aquellos supuestos de TRHA donde el elemento biológico – presente total/parcialmente y/o ausente– pierde el lugar que representa en la filiación por naturaleza, para ser reemplazado por el elemento volitivo que actúa en esta fuente como elemento que define el vínculo filial”.

⁸¹⁵ J.J. Iniesta, “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida” ...op. cit, p. 750: “...pero que sólo cumplen un rol instrumental de cara al establecimiento de la filiación en la que los papeles determinantes los desempeñan otros sujetos respecto a los cuales es fundamental el deseo de tener descendencia..”; M.S. De la Fuente, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal”, in: *InDret*, www.indret.com [9-11-2016], Barcelona 2015, p. 11

comportamiento conducente a provocar esta filiación, como consentir el uso de las técnicas de reproducción asistida) y unas condiciones mínimas de satisfacción de este deseo. En definitiva, dos elementos externos en el tráfico jurídico que son constitutivos de la intencionalidad de un acto en este ámbito, además del mencionado “deseo”. Solo así tendría relevancia jurídica la intención de la filiación por Técnicas de Reproducción Asistida, no bastaría un “deseo” como elemento meramente interno que es⁸¹⁶.

En segundo lugar, no podemos olvidar que todo lo antedicho se refiere a los casos de filiación mediante reproducción asistida heteróloga. Por tanto, también existirá un donante anónimo de gametos que carece de la estudiada intención de paternidad dentro del ámbito jurídico. Esto se explica porque, al margen de su deseo, la direccionalidad causal de su donación es la paternidad o maternidad de un tercero. Así mismo, el donante también excluye la propia paternidad o maternidad en su misma acción intencional y dentro del mismo negocio jurídico que realiza⁸¹⁷. No podemos olvidar a este respecto que la estructura del negocio jurídico que realiza el donante excluye toda posibilidad de que él mismo sea padre, como estudiamos en el siguiente punto. Esto quiere decir que tampoco se daría en el donante el elemento de las condiciones de satisfacción propias del acto intencional de la paternidad o maternidad. Esto

⁸¹⁶ M. C. Paredes Martín, *Teorías de la Intencionalidad*, Madrid 2007, p 240 u pp. 254-8. Esto lo hace explicando la teoría de la intencionalidad y del acto intencional de Searle. Este mismo autor manifiesta distingue también entre conciencia e intencionalidad afirmando: “La mayor parte de la conciencia, si no toda, es intencional. Puedo, por ejemplo estar simplemente con el ánimo deprimido o alegre sin estar deprimido o alegre sobre nada en particular. En estos, mi estado de ánimo no es intencional”(J. Searle, *El Redescubrimiento de la Mente*, Trad. castellana de L. M. Valdés, Madrid 1996, pp. 139-40).

⁸¹⁷ M^a.C. Quesada, “El derecho (¿Constitucional?) ...op. cit, p. 283: “En cambio, el dador de semen se limita a poner al servicio de otros su fuerza genésica, ya sea por altruismo (tal vez para hacer realidad un ideal filantrópico), por narcisismo, o en los países en que eso se admite, por dinero. Su papel es importante, pues gracias a su aportación muchas parejas que anhelan tener descendencia superan el problema de la esterilidad, o el peligro de transmisión de enfermedades hereditarias graves, que les impide tener hijos y ven restablecido su equilibrio emocional y psico-físico frecuentemente alterado por estas causas...En la fecundación artificial el dador obra, en línea de principio con la legítima expectativa -en cuanto no es responsable directo del hijo- de no ser considerado (en ningún caso), ni social, ni jurídicamente como padre, y de que en consecuencia no se le imponga (nunca) el cumplimiento de obligaciones paterno-filiales con respecto al niño nacido gracias a su participación...”.

supone que, a diferencia de la filiación biológica, existe un donante de gametos que por definición y a priori carece de *intentio parentalis*. Esta carencia de intención lo distingue radicalmente del segundo interviniente en los casos de la inseminación artificial homóloga que aporta material genético y que también aporta esta intención.

Según lo antedicho, la posición del donante no tiene, pues, parangón en la filiación biológica, porque su carencia de intencionalidad es consustancial a su intervención en el proceso. Insisto, no se trata de que se pueda dar una falta de intencionalidad de paternidad o maternidad, como podría suceder en la filiación biológica. Realmente, la carencia de intención es consustancial y necesaria a la figura del donante en el negocio jurídico de la donación de gametos para la reproducción. Esta figura del donante y su falta de intencionalidad parental también es completamente distinta a la de los progenitores que asienten la adopción, porque se trata de una decisión previa al nacimiento del hijo y no posterior al mismo. Es más, en el caso del donante su manifestación de falta de voluntad es previa a la generación, e incluso a intervención en el proceso reproductivo. Por tanto se evidencia aún más esta diferencia, porque no es lo mismo ceder la patria potestad y los efectos propios de la paternidad asintiendo la adopción, que esta declaración previa de falta de voluntad propia del donante de la cual depende el mismo hecho de la concepción del hijo. No olvidemos, también, que en la adopción el progenitor biológico, podrá ser inscrito como padre a meros efectos declarativos o testimoniales⁸¹⁸.

El tercer elemento diferencial de la filiación por asentimiento a las técnicas de reproducción asistida heteróloga es como la relevancia de la intencionalidad del progenitor da lugar a un tercer interviniente que no se puede dar en la filiación biológica. Nos referimos al cónyuge o pareja de la mujer sometida a las técnicas de reproducción asistida heteróloga, que concretando su

⁸¹⁸ Art. 180.4 del CC.; Vid ap. 1.3, pto. D) Determinación de la filiación por naturaleza de los hijos adoptivos.

intencionalidad de que se produzca la filiación presta el consentimiento, sin que aporte material genético alguno.

Así, la relevancia de la intencionalidad dentro de la atribución de la filiación en el que consiente la técnica de reproducción asistida heteróloga daría lugar a dos posibles estructuras parentales: Cuando se dé el consentimiento del tercer interviniente, es decir del cónyuge o de la pareja del que se somete a la fecundación. En este caso la vinculación parental será doble: con la madre biológica que se sometió a las técnicas y con su cónyuge o pareja que las consintió. Pero también puede ocurrir que la filiación se determine sólo respecto a uno de los progenitores, como posibilidad consustancial a la misma filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida heteróloga.

Lo que resulta evidente es que el supuesto de filiación que se deriva de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida heteróloga tiene unos elementos muy específicos y diferenciales del resto de la filiación. Uno de estos elementos es que supone la atribución jurídica de la filiación sobre la base del consentimiento del cónyuge o pareja no matrimonial de la mujer que se somete a estas técnicas de reproducción asistida, como veremos más adelante. Lo antedicho excluye la filiación legal del donante anónimo, debido a la ausencia de una *intentio parentalis* en su participación en el proceso de reproducción asistida⁸¹⁹. En último lugar, tampoco podemos olvidar que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida da el criterio jurídico de determinación de la filiación en los supuestos de maternidad subrogada. Exceptuados todos estos supuestos de filiación, o de exclusión de la misma, previstos por la ley y que hemos referido, en el resto seguirán vigente el sistema del Código Civil para determinación de la filiación por naturaleza. Por tanto, no podemos hablar de un sistema distinto, y alternativo de determinación de la filiación, sino la

⁸¹⁹ M. B. Iorizo, “¿Identidad o anonimato? Colisión de derechos en una fuente filiatoria sin precedentes”, in: *SEDICI (UNLP)* <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/46234> [3-11-2016]: “Por último, hoy en día las TRHA son la máxima expresión de la voluntad en materia filiatoria, considerando que se ha dado lugar a la voluntad procreacional y es a través de ella que se crean los lazos filiales, excluyendo de esa forma la paternidad/maternidad del donante de gametos y extinguiendo las acciones de filiación”.

regulación de unos supuestos excepcionales de filiación, en base a su especificidad.

En estos casos de filiación específicos de las técnicas de reproducción asistida heteróloga, a los que nos hemos referido, el interés del hijo requerirá unos criterios jurídicos distintos para la atribución de la filiación más allá de la simple verdad biológica. También requerirán de unos criterios de determinación de la misma distintos a los previstos por las normas del Código Civil. Esta diferencia de criterios será necesaria para responder a las especificidades del hecho filiatorio derivado de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, tal y como hemos analizado. Estos supuestos son los que desarrollaremos en este tema, no sin previamente enunciar aquellos casos de filiación que no suponen un medio específico de atribución de la filiación. Así distinguiremos, los que se acogerían a la remisión a la normativa general para la filiación biológica prevista el Código Civil Español y el de Catalunya, de los que quedarían excluidos de esos modos de determinar la paternidad o maternidad.

2.2.- Supuestos que no constituyen un medio específico de atribución y determinación de la filiación

Nos referimos a tres supuestos diferenciados que no constituyen propiamente un medio de determinación y atribución de la filiación y por tanto no los vamos a desarrollar ya que escapan el objeto de este capítulo por razones bien distintas que especificamos en cada caso. Estos serían: 1) los casos de filiación paterna biológica derivadas de las técnicas de reproducción asistida homóloga, 2) la determinación de la filiación materna respecto de la mujer sometida a técnicas de reproducción asistida, tanto homóloga como heteróloga, 3) la atribución y determinación de la paternidad o maternidad del donantes de gametos o preembriones y 4) Supuestos de inseminación postmortem con el consentimiento del marido.

A) ATRIBUCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA EN LOS SUPUESTOS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA

En este apartado nos centramos en los casos de filiación paterna pero hay que decir que lo mismo sería aplicable a la filiación materna que estudiaremos en el apartado siguiente por una cuestión de orden sistemático. La razón es, fundamentalmente, que en el caso de la filiación materna se daría siempre una remisión a las normas generales de la atribución y determinación de la filiación por naturaleza. Sin embargo, en el caso de la filiación paterna solo se daría en el caso de la filiación homóloga, pero no en la heteróloga.

Ciertamente, en los supuestos de fecundación homóloga debemos remitirnos a las normas generales de atribución y determinación de la filiación por naturaleza. Es cierto que en estos casos existe un medio de fecundación que no es el propio de la naturaleza. Sin embargo, se da una atribución biológica de la filiación en base a los hechos de la progenitura, es decir de la sucesión genética, y del nacimiento⁸²⁰. Así se desprende claramente del mismo artículo 7.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. Por tanto se dan los requisitos propios para la posible determinación de la filiación por naturaleza en base a la biología. Así, no existiendo un medio legal distinto para la atribución o determinación de la filiación, las normas se corresponden con las propias que el ordenamiento jurídico prevé para determinar la filiación biológica por naturaleza, tal y como hemos dicho.

Una cuestión importante que se ha planteado la doctrina a este respecto ha sido la relevancia del consentimiento del marido en las filiaciones por reproducción asistida homóloga. Sin embargo, con independencia de posturas más favorables a la veracidad material o de tipo más consensualistas, deberá de reconocerse la posibilidad de determinar la paternidad con independencia del consentimiento del padre⁸²¹. La necesidad de este reconocimiento se sustenta a

⁸²⁰ D. Jarufe Contreras, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas...*, op. cit., pp. 191 a 197.

⁸²¹ *Ibidem.*, p. 194 "Creemos que una posición distinta iría en contra del interés del menor, pues no sería conforme al mismo que una actuación desleal de su madre contra el marido (su padre) tuviese como consecuencia que el nacido carezca de un padre legal (que, a mayor

partir principio superior del interés del hijo. También resulta evidente que a este respecto no sería posible excepcionar la no existencia del matrimonio⁸²². Esta misma postura sería sostenible incluso en el caso de revocación del consentimiento por parte del marido⁸²³.

B) ATRIBUCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA EN EL CASO DE LAS MADRES SOMETIDAS A TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En el caso de la madre sometida a las técnicas de reproducción asistida la razón por la que no supondría un modo específico de atribución o determinación de la maternidad sería que en realidad estamos ante un supuesto de filiación por naturaleza atribuido por la biología y no por el consentimiento emitido según la legalidad. En los casos en los que no se produzca una distinción entre la madre que aporta el material genético y la madre gestante

abundamiento, genéticamente también lo es)". En el mismo sentido manifiesta Delgado Echeverría: "el consentimiento del marido para la inseminación artificial conyugal es irrelevante para cuestionar el carácter matrimonial de la filiación" (J. Delgado Echeverría, "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante en la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", in: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco*. Departamento Derecho Privado, Universidad del País Vasco, Ponencias y Comunicaciones, Vitoria 1987, Madrid 1988, p. 216).

⁸²² Ibidem.

⁸²³ J.J. Iniesta, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida"..., op. cit., pp. 767-8: "Aunque nada dice la ley sobre la posibilidad de revocar el consentimiento dado por el marido al empleo de su propio semen para la fecundación de su esposa, esta revocación suele admitirse. Para ello se entiende extensible la licencia para revocar eficazmente el consentimiento dado para la fecundación post mortem, contenida en el art. 9.2 LTRH, a los demás casos en los que el marido presta el consentimiento. Esto implica, por tanto, que no se podrá continuar con la aplicación de la técnicas de reproducción asistida en cuestión, a pesar de que el art. 3.5 LTRH insiste en que sólo la mujer puede suspender su aplicación por haber cambiado de parecer ...Si a pesar de la revocación la fecundación se llevara a cabo con el semen del marido, las consecuencias no variarían de cara a la determinación de la filiación, puesto que seguiría operando la presunción de paternidad siempre que el nacimiento se produzca dentro de los márgenes señalados por el art. 116 del Código Civil...El problema se ha planteado en los tribunales americanos y en el TEDH (2006,19), en el que un apareja que se había sometido a un procedimiento de FIV se separó antes de la implantación de cualquiera de los seis embriones obtenidos, retirando el hombre el consentimiento para la conservación e implantación de los embriones y exigiendo que fueran destruidos. El TEDH terminó dando la razón al hombre en base a la libertad de retractarse que conserva hasta el momento de la implantación del embrión".

habrá que remitirse al principio paulino de *Mater semper certa est*, reconocido indirectamente por los artículos 47 de la Ley del Registro Civil y 181 del Reglamento del Registro Civil que hacen referencia al parte médico del facultativo que atendió el parto o a la comprobación del médico del Registro Civil. En estos casos habría que remitirse a las normas generales para la determinación de la filiación, así como la normativa referente a la reclamación e impugnación de la misma⁸²⁴.

En los casos en que no coincide la madre gestante con la madre de la que deriva el material genético sí encontramos con una norma específica como es el artículo 8.3 de la Ley de Reproducción Asistida. Tal norma hace referencia directa al criterio del parto para determinar la maternidad, tal y como estudiaremos cuando abordemos el tema de la maternidad por subrogación. De esta manera dejamos para este punto del trabajo el estudio de la atribución y determinación de estas filiaciones maternas en estos casos. El motivo se debe a que en estos casos se produce una quiebra los esquemas de la filiación en que se formuló el criterio paulino. Esto, a su vez, supone una quiebra de los criterios de atribución de la filiación debida a la diferenciación entre maternidad genética y maternidad natural. Tal quiebra requerirá un estudio, comprensión de las técnicas jurídicas específicas para ser abordada por los operadores del derecho en las distintas instancias, como veremos más adelante.

Por último señalar que tampoco incluimos en estos supuestos a la maternidad de la mujer que consintió a las técnicas de reproducción asistida, estas sí constituirían un medio de atribución jurídica de la maternidad específico y lo estudiaremos en momentos posteriores del presente trabajo⁸²⁵.

⁸²⁴ J.J. Iniesta, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", in: *Tratado de Derecho de la Familia vol. V Las Relaciones paterno-filiales*, Dirs. M. Izquierdo – Matilde Cuena, Zizur menor (Navarra) 2011, p. 752: "Por lo tanto, para el resto de supuestos resulta procedente", en principio, la remisión a las normas civiles generales. Estas normas, por lo que se refiere al Derecho Común serán los artículos 115 y 120 del Código Civil, 47 y 48 de LRC y 181 del RRC para la determinación extrajudicial. Serán aplicables los artículos 131 a 134 y 139 a 141 del Código Civil para la determinación judicial de la maternidad".

⁸²⁵ Vid. ap. 2.3 Atribución y determinación de la filiación del cónyuge o pareja de la mujer sometida a técnicas de reproducción asistida heteróloga.

C) LA NO ATRIBUCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD O MATERNIDAD DEL DONANTE DE GAMETOS O PREEMBRIONES

Respecto del donante de Gametos o preembriones en una técnica de reproducción asistida heteróloga, hay que decir que el ordenamiento jurídico español excluye la posibilidad de la determinación de la paternidad o maternidad jurídica. Esta imposibilidad se pone en evidencia en el mismo artículo 8 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Especialmente claro resulta el número 3 del citado artículo cuando afirma que “la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”.

En este sentido, la ley está primando el criterio de seguridad jurídica proveniente del anonimato de la filiación al derecho a que la filiación sea determinada. Nos referimos fundamentalmente a una inmunidad del donante frente a posibles reclamaciones de filiación⁸²⁶. Esta inmunidad del donante se ha justificado a partir de razones derivadas de la paz y estabilidad familiar. En este sentido, Iniesta expresa estas razones de la siguiente manera “mientras que

⁸²⁶ J.J Iniesta, “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, in: *Tratado de Derecho de la Familia vol. V Las Relaciones paterno-filiales*, Dirs. M. Izquierdo – Matilde Cuena, Zizur menor (Navarra) 2011, p. 823: “El objetivo es claro: se pretende establecer un espacio de inmunidad del donante frente a cualquier posible reclamación de paternidad no pretendida ni deseada, ya sea del propio donante o de cualquier otro sujeto que pudiera tener interés en la determinación de la filiación. Por lo tanto, junto a una renuncia del donante a la reclamación de la filiación que se incluye en su compartimento, nos encontramos con un efecto legal derivado del negocio jurídico de donación de gametos y pre embriones que consiste en la inmunidad frente a cualquier tipo de reclamación de la filiación”. A este respecto recogía la STC 116/ 1999 , 17 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 1999): “Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas —debe nuevamente recordarse— a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones —desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación— puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo”.

el anonimato del donante le dejaría a salvo de reclamaciones sobre filiación, su desconocimiento acerca de la identidad de la madre o pareja receptora garantiza a éstos (y sobre todo al padre o compañero) que la paternidad establecida no será contradicha”⁸²⁷.

Debemos confrontar en este caso los intereses y derechos legítimos que pretende proteger el legislador en esta norma con el principio del interés del hijo que ocupa un rango principal en nuestro Derecho de filiación. Es justamente este estudio contrastado el que nos ayudará a delimitar las categorías de atribución y determinación de la filiación para estos supuestos. De esta manera habría que estudiar si en este caso del donante de gametos o embriones concurren las condiciones para que se dé un título de atribución de una filiación, y si esta filiación debería de ser determinada por el ordenamiento jurídico. En este sentido se daría el elemento puramente biológico genético que daría lugar a la atribución es decir la descendencia biológica-genética⁸²⁸. Sin embargo, a diferencia de la filiación por naturaleza que se produce en la adopción, en el caso del donante de material genético no se daría un componente esencial para la determinación jurídica y constancia registral. Este elemento fundamental es el nacimiento y una mínima historia vital vinculante como sería el mismo procedimiento de adopción, sea por asentimiento, audiencia o, incluso, desconocimiento de su paradero⁸²⁹. Efectivamente, este elemento histórico-vital y social sería el que supondría el paso del ámbito de la conciencia y la moralidad personal y biográfica, al ámbito social y jurídico,

⁸²⁷ Ibidem., p. 181.

⁸²⁸ D. Jarufe Contreras, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción “versus” técnicas de reproducción asistida*, Madrid 2013, p. 199: “Determinada la filiación en favor del marido o compañero de la mujer inseminada, será éste el padre legal, mas el biológico (y nunca legal) seguirá siendo siempre el Donante”. En este mismo sentido se expresa R. Herrera Campos en: F. Lledó Yagüe – O. Monje – C. Ochoa, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Madrid 2007, p. 21.

⁸²⁹ M^a.C. Quesada, “El derecho (¿Constitucional?) ...”, op. cit., p. 298: “No ocurre lo mismo en el caso de la FAD. En este supuesto la situación es distinta, pues a mi modo de ver padre desde el punto de vista jurídico nunca debe considerarse que lo es el hombre que se limitó a aportar el material genético, sino el que voluntariamente tomó la decisión (junto con la madre) de que naciera el hijo y consintió la FAD...En cambio, el dador de semen se limita a poner al servicio de otros su fuerza genésica...Por todo ello resulta inadmisibile la determinación de una relación jurídica de filiación entre el dador y el hijo (a diferencia de lo que, como se ha dicho, sucede en la adopción respecto del padre por naturaleza)”.

atendiendo al interés del menor. Por tanto este elemento histórico-vital y social mencionado supondría la diferencia entre el derecho a conocer el propio origen del hijo nacido mediante las técnicas de reproducción asistida heteróloga, y el derecho a que sea determinada una filiación por naturaleza con meros efectos determinativos y registrales en el caso de la adopción.

No obstante, no deja de resultar interesante la propuesta que han hecho algunos autores⁸³⁰ que basándose en una interpretación de la expresión “determinación legal de la filiación” del artículo 8.3 de la Ley de Reproducción Asistida admiten la posibilidad del reconocimiento por el donante del material genético. Bien entendido que esta posibilidad sólo se podría dar cuando existieran las condiciones y anuencias preceptivas para tal reconocimiento. La motivación que dan a tal interpretación sería que por una parte no se estaría perjudicando ningún interés del donante que reconoce libremente. Tampoco de la familia del hijo ni del propio hijo que podrían dejar sin efecto el reconocimiento mediante la oposición. Por otra parte entienden que reforzaría la trascendencia social y jurídica de los deseos del hijo de conocer sus orígenes biológicos, e incluso supondría un replanteamiento del sentido del anonimato del donante.

En todo caso, no podemos dejar de poner en evidencia que se trataría de una hipótesis bastante difícil en la práctica, precisamente por el desconocimiento del donante de los datos del hijo. Por otra parte, no entendemos que esta posibilidad de reconocimiento sea concorde con los criterios de nuestra legislación para la atribución y determinación de la filiación. Efectivamente entendemos que en nuestro ordenamiento, cuando se determina una filiación por naturaleza, se exige algo más que el mero vínculo genético. No olvidemos que en el caso de la determinación de la filiación materna, excepto en los casos de maternidad subrogada, el título para registrar la filiación se establece mediante la certificación del parto. Así la posibilidad de la

⁸³⁰ J.J Iniesta, “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”..., op. cit., p. 825; R. Barber, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, in: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja* n. 8, 2010, p. 33.

determinación jurídica sería además de la atribución genética, una constatación vital y socio-jurídica que en estos casos no se daría. Cuestión distinta es el derecho del hijo al conocimiento de sus orígenes biológicos, tal y como pasaremos a estudiar en momentos posteriores de la presente investigación.

D) SUPUESTOS DE INSEMINACIÓN POSTMORTEM CON EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO O EL VARÓN PAREJA DE HECHO.

El artículo 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida solo prevé la posibilidad de fecundación postmortem⁸³¹ y también de determinación de la filiación en el caso de la fecundación homóloga y con el consentimiento del marido. En estos supuestos el consentimiento sería un requisito fundamental para la determinación de la filiación, si bien queda claro también que la atribución de la filiación se da en base a la biología. Más allá de la valoración ética de estas técnicas la admisibilidad jurídica radica en la igualdad del hijo en razón del nacimiento⁸³². En este caso, si bien el consentimiento es un requisito para la determinación y no la base de la atribución, seguiría el mismo régimen que el consentimiento⁸³³ a la aplicación

⁸³¹ M. Pérez Monge, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Madrid 2002, p. 251: “De conformidad con nuestro Derecho el término fecundación post mortem se adecúa a los supuestos contemplados en que se produce la fecundación tras la muerte del varón, aún cuando, en la práctica también se incluye la transferencia postmortem de embriones preexistentes en el momento de la muerte del varón...por ello, me parece que el término procreación artificial posmortem es el adecuado para incluir los supuestos en que la fecundación se produce tras la muerte del varón que consiente y aquellos en que simplemente se realiza la transferencia de los embriones existentes antes del fallecimiento de dicho varón. Utilizo el término fecundación como término legal, aun cuando considero incluidos los supuestos descritos anteriormente”.

⁸³² M. Ales Uría, *El derecho a la identidad en la filiación*, Valencia 2012, p. 241: “Resultaría ilógico que si la misma norma permite a la mujer mayor de edad —que bien podría recurrir a los gametos de cualquier donante anónimo para realizar su deseo de ser madre— utilizar los gametos de su compañero muerto, simultáneamente le niegue al niño así concebido derechos sobre la sucesión de su padre, discriminando al hijo en relación con otros niños incluyendo sus propios hermanos biológicos. Si la Ley establece que el hijo posee filiación matrimonial a madre y a padre, resulta violatorio del principio de igualdad que no se le dispense igual trato que a todos los hijos matrimoniales”.

⁸³³ A este respecto los fundamentos de la reforma del Código Civil y de Comercio Argentino en esta materia que supone una modificación análoga a la legislación española en bastantes aspectos de esta materia afirma: “la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción

de las técnicas de reproducción asistida al cónyuge o pareja. A este respecto, no podemos olvidar que si bien sin el consentimiento del progenitor no podría darse la atribución de la filiación, el consentimiento no sería suficiente si no existiera la base biológica propia entre progenitor y progenie. Por tanto, cuando se de este consentimiento la filiación que se atribuirá será la que la verdad biológica determine, al igual que en el caso de la inseminación artificial homóloga y demás supuestos anteriores.

Respecto del consentimiento requerido por el artículo 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida es explícito “para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer” o presunto en el caso de que el “proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”.

Las condiciones del Codi Civil de Catalunya, a diferencia de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, establece una legislación más precisa y no incluye el supuesto de consentimiento tácito. En este sentido el artículo 235-8.1 sólo admite el consentimiento expreso y en el punto 2 del mismo artículo se contienen los siguientes requisitos: “a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento. b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días”. Sin embargo, en ambas legislaciones la de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el Codi Civil de Catalunya restringen la posibilidad de aplicación de la inseminación artificial posmortem realizada con los gametos del varón. Si es el varón el mismo consentimiento tendrá efectos inmediatos, si es pareja, tendrá valor de “servirá

humana asistida (...) el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas (...)” (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación LL, pág. 492).

como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil” (art. 9.3 L.T.R.H.A.).

No se admite en Derecho civil español la posibilidad de la determinación de la filiación por aplicación de las técnicas de reproducción asistida posteriormente al fallecimiento del cónyuge mujer. Nos estamos refiriendo a los casos de la técnicas en que una cónyuge cede a otra un óvulo para que una vez inseminado por donante anónimo se lo implante la otra cónyuge. En estos casos solo podría hacerse en vida y en caso de que se hiciera postmortem no podría determinarse la filiación del cónyuge mujer que aportó el óvulo, ni siquiera aunque hubiera dado el consentimiento en vida.

2.3 Atribución y determinación de la filiación del cónyuge o pareja de la mujer sometida a técnicas de reproducción asistida heteróloga

Previamente a desarrollar este punto debemos de aclarar que lo que vamos a estudiar a continuación sería aplicable tanto en los casos en que esta técnica de reproducción asistida consistiera en la inseminación con semen de un donante anónimo o de la donación de un óvulo de la mujer, como al hijo resultante de la transferencia de un ovocito fecundado propio⁸³⁴ o donado⁸³⁵. No entrarían aquí los supuestos llamados de gestación por subrogación o maternidad sustitutiva que estudiaremos en un apartado distinto de este capítulo. Dicho esto, también advertimos que las técnicas legislativas utilizadas por la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida para la atribución legal y determinación de la filiación resultan diferentes y específicas según sean respecto de un cónyuge o de una pareja, o cuando éstos sean de diferente sexo o del mismo⁸³⁶.

⁸³⁴ Este sería el caso de la implantación de un ovocito propio resultado de una inseminación anterior en el tiempo y conservadora.

⁸³⁵ Nos referimos al supuesto de implantación en la mujer de un preembrión que procede de donantes anónimos.

⁸³⁶ Tal distinción ha venido justificada por distintos autores y jurisprudencia en base a la fundamentación de que se trata de hechos físicos distintos que en base al principio de igualdad se han de tratar de forma diferencial. Así lo entiende por ejemplo: M.S. De la Fuente, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad...”, op. cit., p.13. Sin

Sin embargo, más allá de la determinación, según la distinción entre determinación y atribución que estamos siguiendo en este trabajo de investigación, habría que centrarse en el estudio de la génesis de estos supuestos filiatorios para identificar el medio de atribución de la filiación. En este sentido, ya hemos estudiado que todos los supuestos de filiación específicos de la Ley de Técnicas de Reproducción humana asistida que no es posible reconducirlas al Código Civil, de acuerdo con el artículo 7.1 de la mencionada ley, se determinan en base a la consideración de la especialidad de los supuestos filiatorios resultantes de la aplicación de estas técnicas⁸³⁷. Así mismo, hemos estudiado que todos tienen en común la relevancia del consentimiento que concreta una intención de paternidad, tanto a nivel fáctico como jurídico⁸³⁸. Lo que están haciendo pues los artículos 7 a 9 de esta ley es reconocer y legislar siguiendo un criterio consensual frente al de veracidad biológica en la atribución de la filiación.

Así mismo, reconoce distintos medios de determinación de dicha filiación basada en la intención de ser padre o madre y en el consentimiento a las técnicas de reproducción humana asistida. Esta primacía de la intención manifestada en el consentimiento se reconoce en la ley de una manera más o menos clara, siguiendo distintas técnicas legislativas y de determinación de la filiación. Así, en todos los medios de determinación de la filiación referidos en la Ley de Técnicas de Reproducción humana Asistida y que no son reconducibles a la filiación biológica que regula el sistema del Código Civil Español subyace la misma base de atribución de la paternidad. Esta base es, sin

embargo nuestra opinión y propuesta a este respecto es distinta. Así, como posteriormente estudiaremos y concluiremos, si aplicamos la distinción entre títulos de atribución y determinación de la filiación derivada de la doctrina que estamos siguiendo se sostiene perfectamente la atribución jurídica de tal filiación de forma común con independencia si el cónyuge es varón o mujer y están casados o no. Esto hubiera supuesto la posibilidad de regularlas de manera común y conjunta y de evitar algún vacío legal que se está teniendo que suplir por la jurisprudencia para salvar el principio de igualdad y de no discriminación del artículo 14 de la Constitución. Nos referimos fundamentalmente al supuesto de la mujer pareja no matrimonial de la que se hubiera sometido a las TRHA.

⁸³⁷ Vid. Ap. 2.1.- Base legislativa de la filiación por reproducción asistida.

⁸³⁸ Vid. *Ibidem*.

duda, el referido consentimiento jurídico que expresa la intención de ser padre o madre (*intentio parentalis*).

A) FILIACIÓN RESPECTO DEL VARÓN CÓNYUGE DE LA MUJER QUE SE SOMETE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Respecto a la filiación matrimonial paterna por el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida hay que aclarar que la disposición legal del artículo 8.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida lo que hace es formular la imposibilidad de impugnar la filiación materna y paterna por los progenitores, en estos casos⁸³⁹. Por tanto, lo que se está creando por esta vía negativa es un título de atribución de la paternidad en base al consentimiento jurídico en que se concreta la intención de paternidad (*intentio parentalis*) del marido. A este respecto resulta muy clara la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de agosto de 2013 cuando afirma que “cuando el material reproductor procede de donante anónimo distinto del varón que haya prestado su consentimiento, se crea un título de atribución de la paternidad no basado en la realidad biológica, esta ficción legal tan sólo se consagra para los casos en que el progenitor legal no biológico que ha prestado su consentimiento es el marido de la mujer a la que se aplican las técnicas de reproducción asistida”⁸⁴⁰.

Tanto en este supuesto como en el del varón que es pareja de hecho entendemos importante realizar la precisión de que se trata, ciertamente, de un consentimiento a la técnica de reproducción asistida, tal y como prevé el artículo 6.3 de la mencionada ley 14/2006 de reproducción asistida. Además hay que tener en cuenta que este consentimiento debe de ser “libre consciente y formal”, según prevé el mismo artículo. Por tanto el esposo ha de conocer la

⁸³⁹ Hay que aclarar que tal imposibilidad de impugnación no sería extensible a otras personas interesadas, concretamente al hijo puesto que nada se dice al respecto en esta clausula que restringe un derecho respecto del mismo (J.J Iniesta, “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida” ..., op. cit., p. 762; D. Jarufe, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas* ..., op. cit., pp. 202 y 203).

⁸⁴⁰ RDGRN 5 de agosto de 2013 (12ª) in: BMJ, año LXVII, 18 de diciembre de 2013(www.mjusticia.es/bmj [9-11-2016]).

consecuencia prevista en el citado artículo 8.1, es decir que “no podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”. El resultado de todo esto es que el consentimiento que presta a la fecundación es, necesariamente, expresión de una intención de ser padre. Es por ello que, ateniéndose a la prescripción del mencionado artículo este consentimiento se convierte en el título de atribución de la paternidad en base a la cual podrá ser determinada por los medios constituidos en el artículo 115 del Código Civil Español⁸⁴¹.

Generalmente se ha venido a considerar que la determinación de la filiación se haría en base a la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil Español⁸⁴². Sin embargo, no podemos dejar de observar que la presunción de paternidad del 116 es un medio para demostrar la filiación biológica y no de atribución jurídica de la filiación⁸⁴³.

⁸⁴¹ D. Jarufe, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas...*, op. cit., p. 198: “Al parecer, el elemento más relevante en la determinación de este “tipo” de paternidad, como categoría jurídico – formal, es la voluntad o decisión de que el menor nazca, manifestada a través del consentimiento por parte del varón o marido de la mujer inseminada. El menor nace por la exclusiva voluntad de quienes solicitan las técnicas, sin cuya práctica el hijo no habría existido jamás”. En este mismo sentido: F. Rivero “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial”, in: *La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Vitoria 1988, pp. 146.

⁸⁴² R. Barber, “Reproducción asistida ...” op.cit., p. 31: “Ahora bien, dicho consentimiento no atribuye la paternidad: ésta se determina por los cauces habituales, esto es, por los establecidos en el Código civil, en atención a la condición de casada o soltera de la madre. Si es casada, la presunción de paternidad del marido le determina como padre; si no lo es, el medio habitual de atribución de la paternidad es el reconocimiento del padre, que obviamente podrá realizar libremente”; M^a.S. De la Fuente, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad...”, op. cit., p.10: “En la medida en que la fecundación sea heteróloga el consentimiento emitido por el marido no determina la filiación matrimonial del nacido, pues lo hace la presunción de paternidad del art. 116 CC por remisión del art. 7.1 de la LTRHA, sino que dicho consentimiento se configura como un medio técnico para evitar la impugnación de una filiación no deseado”. En este mismo sentido se pronuncian otros autores: J. Nanclares “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, in: *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 1, 2008, 2247; F. Pantaleón “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, in: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15, 1993, p. 145.

⁸⁴³ Vid. Cap. IV., ap. 1.- Derecho a la libre investigación de la paternidad; 1.3.- Análisis Constitucional.

En efecto, lo que pretende la presunción matrimonial de paternidad es demostrar la filiación atribuida biológicamente para que pueda ser determinada jurídicamente. Ciertamente los plazos en los que se basan son los reconocidos por la medicina desde hipócrates como máximos y mínimos de duración del embarazo. En consecuencia se trata de una presunción *iuris tantum* en orden a demostrar la paternidad biológica⁸⁴⁴, por lo que admite prueba en contrario de que tal filiación biológica no se da respecto del padre⁸⁴⁵. En este sentido el mismo consentimiento a una técnica de reproducción asistida heteróloga a la esposa es ya prueba de que el hijo no es biológicamente del cónyuge. Por otra parte, este consentimiento, de acuerdo con el mencionado artículo 8.1 es inimpugnable, por lo tanto irrefutable. Esto último quiere decir que este consentimiento no es una presunción *iuris tantum* como la del artículo 116 del Código Civil Español, sino *Iuris et de Iure* y por tanto equivale a un título constitutivo, o lo que es lo mismo de atribución jurídica de la filiación por naturaleza. Esto quiere decir que la filiación sería inscribible en base al consentimiento prestado a las técnicas de reproducción asistida y, en todo caso, el recurso al artículo 116 del Código no sería más que “una ficción jurídica” tal y como señala la Dirección General de los Registros en la resolución que hemos señalado anteriormente⁸⁴⁶. Ficción jurídica que tendría como único fundamento el consentimiento del esposo a las técnicas de reproducción asistida⁸⁴⁷.

Tampoco podemos olvidar la disposición del artículo 118 del Código Civil Español que permite la inscripción de la filiación matrimonial faltando la presunción, si concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Así, por todos

⁸⁴⁴ M. Albaladejo, “Curso...”2006, op. cit., p. 216 “En cuanto a la paternidad del marido, no pudiendo demostrarse directamente, se basa en una presunción central (que admite cualquier clase de prueba en contrario, pero que mientras que tal prueba no se dé, se estima que corresponde a la realidad), la de que el varón es el padre de los hijos que nazcan de su mujer después de casados y antes de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación legal o de hecho de los cónyuges (art.116)”.

⁸⁴⁵ Vid. Capítulo V, ap. 3.1, pto. A) Medios de determinación de la filiación matrimonial.

⁸⁴⁶ RDGRN 5 de agosto de 2013 (12ª)in: BMJ, año LXVII, 18 de diciembre de 2013 (www.mjusticia.es/bmj [9-11-2016]).

⁸⁴⁷ D. Jarufe, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas...*, op. cit., p. 200: “entonces, el elemento biológico que no existe, y que sería la regla general que comprobaría la filiación matrimonial natural, es plenamente sustituido por la voluntad; y el menor pasa a ser considerado a través de una ‘ficción legal’ hijo del marido que consintió”.

estos motivos, consideramos que no debería ser necesario el ropaje del mencionado artículo 116 para la eficacia atributiva y determinativa de la filiación que tiene el consentimiento del marido a la fecundación artificial. De esta manera, tal consentimiento del marido podría acceder directamente a los medios de determinación del artículo 115 del Código Civil Español en base al consentimiento⁸⁴⁸.

B) FILIACIÓN RESPECTO DEL VARÓN PAREJA NO MATRIMONIAL DE LA MUJER QUE SE SOMETE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En los casos de filiación no matrimonial paterna en el artículo 8.2 de la Ley de Reproducción Humana Asistida existe una remisión al artículo 49 de la Ley del Registro Civil del 57. Así, se considera el consentimiento al recurso a las técnicas de reproducción asistida como escrito indubitado para determinar la filiación por expediente gubernativo. Aquí, si bien existe una remisión a los medios de determinación de la paternidad, también existe una atribución jurídica de la filiación. De esta manera se varía el presupuesto de la misma determinación. Esta variación se debe a que en cualquier otro caso de

⁸⁴⁸ P. Benavente, "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual", in: *ADC*, T. LXIV, 2011, pp. 92-4: "No obstante, es evidente que, tanto en la atribución de paternidad al marido de la usuaria, como al varón que comparte la vida con la misma, antes y ahora, se crea una ficción legal, en la medida en que ni uno ni otro son efectivamente los progenitores del hijo nacido con la fecundación asistida 'con donante' y por tanto, en puridad, ya no podríamos hablar de un filiación por naturaleza 'estrictu sensu' respecto de ambos 'progenitores'...No obstante lo indicado, llegados a este punto, ya se había venido apuntando por la doctrina, la conveniencia de establecer una nueva categoría en la determinación de la filiación que complementase la distinción tradicional (filiación por naturaleza y por adopción), para hablar de supuestos de filiación puramente civil o jurídica, para diferencia los supuestos de filiación biológica y formal, apoyada fundamentalmente en el valor del consentimiento por encima del elemento puramente biológico". Este mismo autor señala toda una lista de autores que previamente a la reforma de la ley por la que se aprueba el n.3 del artículo 7 de la LTRH: "Así lo apunta Rams Albesa. J...(Lacruz Berdejo J.L `Elementos de derecho Civil IV" 3ª de. 2008, p. 300). Igualmente Gómez de la Torre...Gómez de la Torre, M.C. 'La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida' AC1993-2 Ref. XVI y XVII pp. 289 ss....Rivero Hernández 'La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial' La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Trivium 1988, pp. 144 ss.)..." (P. Benavente, "La filiación de los hijos de parejas...", op. cit., pp. 92-4).

discordancia entre la filiación biológica y la intención de paternidad en un expediente gubernativo, cabría la oposición del ministerio fiscal o de la otra parte en base a esta discordancia, como se deriva del mismo párrafo 2º del mencionado artículo 49⁸⁴⁹ de la ley del registro. Además, en última instancia cabría una acción judicial de impugnación de la filiación, ateniéndose a sus normas de legitimación. En cambio, en el caso de la pareja de la mujer que se somete a las técnicas de reproducción asistida, no cabría que la oposición a la inscripción se basara en la no coincidencia con el dato biológico⁸⁵⁰.

Conviene aclarar que tal escrito indubitado no se puede confundir con un reconocimiento, pues esto supondría un medio de determinación de la paternidad biológica ⁸⁵¹. Por otra parte tal consentimiento a las técnicas de reproducción asistida no cumpliría los requisitos formales ni materiales del

⁸⁴⁹ J. Nanclares, "Sub. Art. 120 CC." in: *Código Civil Comentado, Vol. I, Civitas Thomson Reuters*, coord. P. De Pabloy R. Valpuesta, Ciruz Menor (Navarra) 2011, p. 640: "El problema que suscita semejante previsión legal es que si algo se desprende con nitidez del citado documento es que quien otorga el escrito indubitado no es el padre biológico del hijo fruto de las citadas técnicas: el varón aceptó que su pareja se sometiera a una fecundación asistida heteróloga, no homóloga, y por tanto no estamos ante un escrito indubitado en el que se reconozca la filiación. Hubiese sido técnicamente más correcto atribuir al consentimiento prestado el valor de medio de determinación de una filiación, que, por otra parte, debería ser legal, no por naturaleza (lo que exigiría además reformar el artículo 108 CC). De esta manera, evitaríamos los problemas que se derivan de la actual regulación legal, cuya eficacia respecto de la determinación legal de la filiación es muy limitada pues parece poco probable que quien se negó a practicar un reconocimiento formal que determinase a su favor la paternidad del hijo nacido tras el recurso a dichas técnicas, no vaya a formular oposición con base en el contenido de ese escrito indubitado y en la inadecuación a la verdad biológica de una filiación que se concibe legalmente como por naturaleza".

⁸⁵⁰ J.J. Iniesta, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida"..., op. cit., p. 781: "la oposición al expediente registral no se podrá basar en el hecho de que se empleó en la fecundación el semen de un donante, puesto que precisamente es lo que se consintió. Por lo tanto, aquí también la alegación deberá estar basada en que el nacimiento no deriva de la fecundación consentida. Como en el caso anterior, la verificación de la justificación alegada no puede hacerse en la tramitación del expediente que debe concluir con la denegación de la inscripción de paternidad a resultas de una hipotética decisión sobre una reclamación judicial".

⁸⁵¹ F. Pantaleón "Técnicas de reproducción asistida...", op. cit., 1993, p. 145: "a) El artículo 49 LRC se refiere a un «escrito indubitado del padre en el que expresamente reconozca la filiación». ¿Cómo va a serlo, entonces, el documento en el que el compañero *more uxorio* consintió la fecundación de su compañera con semen de donante, siendo obvio que lo que prueba sin lugar a dudas dicho documento es, precisamente, que el compañero no es el verdadero padre de la criatura?".

reconocimiento⁸⁵². No podemos olvidar que estamos hablando de los criterios de atribución jurídica de la filiación que no debe confundirse con los medios para la determinación de la misma.

Los medios para la determinación en estos supuestos serían los previstos en los 3 primeros números del artículo 120 del Código Civil Español, a saber: El reconocimiento, el expediente matrimonial o la sentencia firme. Lo que sí es cierto es que, en estos casos, las determinaciones de la filiación realizadas por cualquiera de los medios antedichos tendrían como base el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida como medio de atribución de la filiación. El caso más claro es el del expediente gubernativo, debido a la imposibilidad de que la oposición se base en la falta de coincidencia con la realidad biológica, tal y como hemos explicado. Pero también el reconocimiento podría tener como base este consentimiento⁸⁵³ y no la realidad biológica por lo que en estos casos no se consideraría un reconocimiento de complacencia. Esto mismo entendemos que podría ocurrir con la resolución judicial según establece el mismo artículo 8.2 de la Ley de Reproducción Humana Asistida⁸⁵⁴. Por contra, si faltara este consentimiento, faltaría el presupuesto de atribución de la filiación y por tanto también de determinación de la misma⁸⁵⁵.

⁸⁵² J.J. Iniesta, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida"..., op. cit., p. 781: "Tampoco es admisible concluir que ese consentimiento valga como reconocimiento, básicamente por no concurrir en los consentimientos exigidos por el art. 120 del CC, es decir, que se realice ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. Pero sin olvidar que el reconocimiento opera siempre sobre una realidad ya existente, incluso admitiendo el reconocimiento del *nasciturus*, mientras que el consentimiento a la aplicación de las técnicas no tiene presente más que una probabilidad de existencia (*concepturus*)".

⁸⁵³ D. Jarufe, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas...*, op. cit., p. 207: "Que el varón que ha consentido esté dispuesto a reconocer al menor, y que el documento privado donde consta el consentimiento sirva de escrito indubitado para la tramitación del expediente contemplado por el art. 49 de la LRC.

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 210: "No obstante, creemos que este sería un caso de excepción legal en el que se otorga legitimación al varón para ejercer la acción de reclamación regulada por el art. 133 del CC, ya no por obra de la jurisprudencia sino, esta vez, bajo el amparo del tenor del art. 8.2 in fine de la LTRHA (excepción que creemos sería aplicable, únicamente, al supuesto que estamos analizando)".

⁸⁵⁵ J. L. Lacruz – Rams, *Elementos de Derecho Civil T. IV*, Madrid 2010, p. 361: "si el varón no ha consentido la IAD (inseminación artificial con intervención de un donante) ni ha intervenido, en absoluto, en la procreación del nacido ni ha asumido responsabilidad previa

Por último, cabría preguntarse si sería posible extender el principio de inimpugnabilidad de los padres del artículo 8.1 de la Ley de Reproducción Humana Asistida⁸⁵⁶. Ya hemos estudiado que no se podría excepcionar ni impugnar en base a la falta de coincidencia biológica. Sin embargo, no entendemos sostenible que esta imposibilidad de impugnar fuera absoluta, porque cabría una oposición de la madre en función de un acontecimiento que no fuera la ausencia de fundamentación biológica de la filiación. Es cierto que esta impugnación no se podría fundamentar en la falta de coincidencia con la verdad biológica. Pero en el caso del varón que es pareja de hecho sí sería posible la impugnación de la filiación en base a “la creencia de que el nacido no es producto de la fecundación homóloga consentida”⁸⁵⁷. Esto sería una diferencia entre la regulación de la filiación matrimonial y extramatrimonial por consentimiento del varón a las técnicas de reproducción asistida. Además, también entendemos que cabría una acción impugnando el consentimiento, por no haber cumplido los requisitos previstos por la Ley de Reproducción Humana Asistida o los generales para un consentimiento válido a un negocio jurídico.

C) FILIACIÓN RESPECTO DE LA MUJER CÓNYUGE DE OTRA MUJER QUE SE SOMETE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Más clara resulta la atribución legal de la maternidad por el consentimiento de la mujer cónyuge de la que se ha sometido a las técnicas de reproducción asistida. A este respecto tras una doble reforma del apartado 3 del artículo 7 de la Ley de Reproducción Humana Asistida este afirma “Cuando la mujer estuviese casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer,

frente a tal nacimiento del posible hijo; nada permite relacionarlo jurídicamente con el nacido”.

⁸⁵⁶ Ibidem, p. 209: “Creemos además que en este supuesto, una vez inscrita la filiación no debiera prosperar, tampoco, la impugnación de la filiación en caso de entablarse por el varón que consintió, no ya porque lo prohíba expresamente la Ley, como en el caso de la filiación matrimonial, sino porque dicha impugnación sería constitutiva de un ‘abuso de derecho’”.

⁸⁵⁷ Cfr. J.J Iniesta, “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”..., op. cit., p. 780.

esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”⁸⁵⁸. En consecuencia, será indiferente si el hijo es biológicamente de una sola de las mujeres o si es de las dos por aporte de material genético de una de las cónyuges con inseminación de un donante y por el embarazo y parto de la otra cónyuge⁸⁵⁹.

Entendemos especialmente importante aclarar los términos con los que conceptualmente nos acercamos y estudiamos esta disposición del legislador. Basándose en la explicitud del mencionado art. 7.3 bastantes autores⁸⁶⁰ lo han

⁸⁵⁸ Este párrafo 3 del artículo 7 LTRHA fue introducido por la disposición adicional 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo. Ref. BOE-A-2007-5585. Así mismo, fue modificado por la disposición final 5.1 de la Ley 19/2015, de 13 de julio. Ref. BOE-A-2015-7851.

⁸⁵⁹ P. Benavente, "La filiación de los hijos de parejas,...op.cit, p. 102: "Lo decisivo para responder en tal sentido encuentra su respuesta en el hecho de que por un lado la maternidad biológica corresponderá a la madre que pare al hijo (madre gestante), pero no a su cónyuge (a la madre genética donante del óvulo) criterio que se desprende claramente de lo dispuesto en el art. 10.2 LTRA...Lo peculiar de este supuesto, que ni mucho menos resulta una ficción, sino una posibilidad admitida por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida en 2008, se encuentra en la excepción que la misma otorga frente al carácter confidencial y anónimo frente a las usuarias". Entendemos que esta equiparación también se daría en el caso de que hubiera una transferencia nuclear al óvulo de una de las mujeres.

⁸⁶⁰ M.S. De la Fuente, "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad...", op. cit., p. 12: "Por lo tanto, el artículo 7.3 de la LTRHA vino a suplir esta deficiencia entendiéndose como un nuevo título de determinación de la filiación matrimonial¹⁷ distinto a la presunción de paternidad del art. 116 del CC o a la resolución judicial firme que pone fin a un proceso en materia de filiación. Es decir, pese a que el legislador intentó reconducir el régimen de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción a la filiación natural entendida bajo los postulados del Código Civil, la determinación de esta doble maternidad legal queda al margen de la misma entendida como salvedad que reconoce la propia LTRHA"; J.J Iniesta, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida"..., op. cit., p. 802: "Sin embargo, esta filiación a la que se refiere el artículo 7.3 LTRH poco o nada tiene que ver con lo anterior. Y es que aquí no hay más criterio que justifique la filiación que el consentimiento prestado por la madre consorte y es totalmente diferente a la filiación por naturaleza ...Mientras que la paternidad y la maternidad de la gestante en las técnicas de reproducción asistida se reconduce siempre a las figuras recogidas en el Código Civil y, en última instancia responde a los fundamentos en que aquéllas se basan, esta 'maternidad por matrimonio' no tiene reflejo en ninguna de ellas, es totalmente innovadora y no puede reconducirse a ningún mecanismo previo. Entre otras cosas, al ser el consentimiento el fundamento último, se trata de una maternidad que, cómo la adoptiva, es perfectamente voluntaria y no puede ser impuesta a l mujer. Aunque se trate de filiación matrimonial, no se ha utilizado el sistema de presunciones establecido en el art. 116 CC, que sirviera para determinar de inicio la doble maternidad. Se ha preferido configurar la maternidad como una facultad de la madre no progenitora... "; en la misma línea: R. Verdera Server, "comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de

considerado como un nuevo medio de determinación de la filiación. Sin embargo, como estudiaremos, tal filiación sigue siendo reconducible a los medios de determinación previstos en el artículo 115 del Código Civil Español para la filiación matrimonial, bien sea judicial o extrajudicial. La norma del 7.3 es previa y supone un presupuesto a la inscripción en Registro Civil o reclamación judicial de la filiación que son los títulos de determinación de la filiación, paterna y materna. Por ello, atendiendo a la distinción entre títulos de atribución y de determinación de la paternidad la tenemos que considerar un medio de atribución de la filiación y no de determinación. Además, tal y como hemos estudiado ya⁸⁶¹, por más que la filiación sea considerada por naturaleza, ya que no es una resolución judicial que dé lugar a la adopción, se trata de un medio de atribución jurídico en base a la relevancia que concede la ley a la intención parental que causa el consentimiento de la cónyuge⁸⁶².

La diferencia más notable en la técnica legislativa utilizada respecto del artículo 8.2 de la misma ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida es que este último, en relación al varón, lo hace de forma implícita negando la posibilidad de reclamar. En cambio el artículo 7.3 atribuye la filiación materna de forma positiva y explícita. En cuanto al fondo del precepto, la diferencia es que esta norma del artículo 7.3 establece una doble maternidad por naturaleza y no una paternidad y maternidad, por lo que no sigue el patrón biológico. Sin embargo, tenemos que recordar de nuevo, que aunque la filiación que da lugar sea por naturaleza, se trata de medios de atribución jurídica en base a la relevancia que da la ley a la intención de maternidad sustanciada en el

reproducción asistida", in: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, J. A Cobacho, J.J Iniesta, 2007, p. 287.

⁸⁶¹ Vid. Ap. 2.3 Atribución y determinación de la filiación del cónyuge o pareja de la mujer sometida a técnicas de reproducción asistida heteróloga.

⁸⁶² J. Nanclares, "Sub. Art. 120 CC." in: *Código Civil Comentado, Vol, I, Civitas Thomson Reuters*, coord. P. De Pablo y R. Valpuesta, Ciruz Menor (Navarra) 2011, p. 616-7: "Estamos ante una variante del reconocimiento como medio de determinación de la filiación, aplicado en este caso a la filiación matrimonial para un supuesto muy concreto: el de hijo nacido de mujer casada con otra mujer, cuando la concepción sea fruto del recurso a un donante anónimo de esperma. Consentimiento que se erige en sustitutivo de la presunción de paternidad matrimonial, ante la inexistencia de padre al que aplicarle dicha presunción, y que es el instrumento empleado por el legislador para evitar que dichos cónyuges tengan que acudir a la , en este caso, denostada vía adoptiva".

consentimiento a las técnicas⁸⁶³. Por tanto la analogía con la biología no es relevante para un medio de atribución de la filiación que es jurídico-consensual, aunque de lugar a una filiación que jurídicamente es considerada por naturaleza.

Otra diferencia que se ha remarcado es el hecho de que en estos casos no opera la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del Código Civil Español⁸⁶⁴. Ciertamente recurriendo a la exposición de motivos de la ley 13/2005⁸⁶⁵ nos viene justificada por tratarse de hechos filiatorios distintos. Pero más allá de este presupuesto del principio de igualdad hacemos notar que según el sistema conceptual que estamos utilizando, y que consideramos el más adecuado, la presunción de paternidad matrimonial no es un medio de atribución de la filiación en orden a su determinación respecto del padre⁸⁶⁶.

No obstante, la diferencia más reseñable en la atribución de la filiación por el consentimiento en el caso del varón y la mujer cónyuges de la sometida a técnicas de reproducción asistida consiste en el momento en que se presta el consentimiento. Como ya hemos señalado, en el caso del varón el artículo 8.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida prevé un consentimiento al recurso de las técnicas de reproducción asistida heterólogas que siempre tendrá que ser anterior al uso de estas técnicas. En cambio, el artículo 7.3 establece un consentimiento de la mujer cónyuge a que del hijo fruto de la aplicación de estas técnicas se determine jurídicamente la filiación como suya.

⁸⁶³ J.J. Iniesta, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida"..., op. cit., p. 803: "En esta maternidad, el consentimiento no sólo es el mecanismo para determinar extrajudicialmente la filiación, sino que es el fundamento de la misma, y en este sentido se asemeja en gran medida a la adopción".

⁸⁶⁴ M.S. De la Fuente, "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad...", op. cit., p.11: "Ello significa la no aplicación de la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del CC pese a lo preceptuado por el apartado segundo del artículo 44 del CC".

⁸⁶⁵ Por otra parte, atendiendo a la racionalidad de la exposición de motivos de la ley 13/2005, hay que señalar que tampoco resultaría aplicable esta presunción en el caso del cónyuge que consiente la reproducción asistida heteróloga de la mujer. Esto por los motivos que desarrollaremos (vid pto. 3.2 "la determinación de la filiación respecto del cónyuge de la mujer sometida a técnicas de reproducción asistida heteróloga").

⁸⁶⁶ Vid Cap. V. ap. 3.1 Medios de determinación de la filiación en el Código Civil, pto. A.a.1) a.2) En cuanto a la determinación de la paternidad resultará también de aplicación, en primer lugar la presunción de paternidad del artículo 116.

Por tanto, tal consentimiento de la mujer cónyuge debería de darse en principio posteriormente a la inseminación⁸⁶⁷, pero en todo caso deberá ser previo al nacimiento del hijo⁸⁶⁸. A nuestro criterio tal diferencia respecto consentimiento el cónyuge masculino o femenino no viene justificada en el supuesto de hecho filiatorio. En todo caso, en ambos supuestos, siendo medios de atribución jurídica son previos de al parto, lo cual resulta un criterio importante para considerarlas filiación por naturaleza a diferencia de la adopción que es una

⁸⁶⁷ P. Benavente, "La filiación de los hijos de parejas",...op. cit, p. 98: "Podemos pensar que en el matrimonio entre mujeres, resulta decisivo para atribuir la doble maternidad, no sólo la existencia del consentimiento de la cónyuge, sino también el previo matrimonio entre ambas. El primero necesariamente debe producirse después de la fecundación, puesto que se ha de practicar ante el encargado del Registro Civil, como manifestación de voluntad de la futura madre frente al reconocimiento del *nasciturus* (*nasciturus* inexistente si la manifestación se produce antes de la fecundación, pues nada podría reflejar el Registro en tal caso al no existir en tal momento nada que inscribir) (diferente sería exigir tal consentimiento en documento público o ante centro acreditado, porque lo que se consentiría sería la fecundación). El segundo requisito (previo matrimonio de ambas) debería tener que acreditarse en el momento de manifestar el consentimiento ante el encargado del Registro. Y no sólo eso. Sino que el mismo existía con anterioridad a la fecha de fecundación...".

⁸⁶⁸ M.S. De la Fuente, "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad...", op. cit., p.12: "No obstante, el precepto especifica el momento temporal en el que la segunda madre ha de ejercer esta potestad: después del uso de la técnica –cuando el embarazo ya es un hecho- y antes del nacimiento lo que implica que, paradójicamente, la normativa permite el reconocimiento de un *nasciturus* en el seno de una unión matrimonial...". A este respecto destacamos la RDGRN de 5 de agosto de 2012, nº 12 (12ª)in: BMJ, año LXVII, 18 de diciembre de 2013 (www.mjusticia.es/bmj [9-11-2016]): "VI.- En el caso que nos ocupa, el acuerdo de calificación objeto de impugnación deniega la inscripción solicitada, como se ha dicho, por considerar que la recurrente no cumplió en su día lo previsto en el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida que exige la manifestación, previa al nacimiento, ante el Encargado del Registro Civil por parte del cónyuge de la madre biológica de su consentimiento para que cuando nazca el hijo se determine la filiación a su favor. Esta calificación debe ser confirmada...VII.- Es cierto que esta Dirección General en ciertas Resoluciones (vide "Vistos") ha admitido la inscripción de la filiación de la cónyuge no gestante en supuestos en que el hijo había nacido antes de la entrada en vigor del artículo transcrito en el fundamento anterior y la manifestación mencionada se había hecho con posterioridad. Para ello se han tenido en cuenta las orientaciones que se desprenden de las Disposiciones transitorias del Código civil...Pero el presente caso es diferente puesto que el nacimiento se ha producido, no bajo la vigencia de la legislación anterior, sino estando vigente la norma actual y no hay razón para que la repetida manifestación sobre la filiación de la cónyuge no gestante, no se hubiese hecho y formalizado del modo previsto en nuestro Ordenamiento jurídico con anterioridad al nacimiento (cfr. Resolución de 26 de noviembre de 2008-8ª). En este sentido Benavente ha analizado resoluciones de la DGRN que permiten admitir el consentimiento de aquellos matrimonios anteriores a la vigencia de la ley 3/2007 por el que se introdujo el precepto del art. 7.3 LTRHA "Tras el criterio mantenido por la Resolución 17 de abril de 2008...Idéntica posición se mantiene en RR. De 14 de octubre de 2008 y 24 de noviembre de 2008 (La Ley:3768452/2008)..." (P. Benavente, "La filiación de los hijos de parejas"...op.cit., pp. 99 y 100).

resolución judicial posterior. Sin embargo, el hecho de que el consentimiento pueda ser posterior a las técnicas de reproducción asistida permitiría a la madre desconocer al hijo de su esposa tras haberse producido la técnica reproductiva en el seno del matrimonio. En realidad parece que esta problemática tiene su origen en un nivel previo cuando en el artículo 6.3 de la Ley de Reproducción Humana Asistida, a la hora de establecer los requisitos para el acceso a las técnicas manifiesta que “si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido”⁸⁶⁹. Es decir la misma Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida no permite el recurso a estas técnicas a la mujer sin permiso del marido; en cambio no exige, ni tan siquiera prevé, este consentimiento si el cónyuge es otra mujer.

Ante esta legislación nos surgen varias cuestiones de inmediato: ¿No debería referirse en vez de al “consentimiento del marido” al consentimiento del cónyuge para tratar con igualdad jurídica ambas situaciones matrimoniales?; ¿en base a qué esta diferencia de requisitos si el cónyuge es hombre o mujer?; ¿No estaremos ante una regulación contraria al principio de no discriminación del artículo 14 de nuestra Constitución que afecta a los cónyuges y también a los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida dependiendo de si el cónyuge sea varón o mujer? En realidad no vemos la razón por la cual, si se considera necesario el consentimiento del cónyuge a las técnicas de reproducción asistida, éste no tenga que ser emitido con independencia de su género⁸⁷⁰.

En esta cuestión, parece bastante acertada la opinión de Jarufe cuando afirma que “sería aplicable la disposición Adicional Primera de la Ley

⁸⁶⁹ Cfr. Art. 6.3 LTRHA.

⁸⁷⁰ A este respecto del artículo de Benavente se infiere la conveniencia de haber unificado los consentimientos requeridos para la fecundación asistida y de la filiación derivada de la misma tanto en el caso de que el cónyuge sea varón o mujer: “Desconocemos la razón que guió al legislador a dar una redacción al supuesto diferente a la prevista en el art. 6.3, pero es evidente que habría resultado menos complejo unificar los supuestos, tal y como ha hecho el legislador catalán en su reforma del CC.,...” (P. Benavente, “La filiación de los hijos de parejas,...op.cit, pp. 98).

13/2005”⁸⁷¹ La misma indica que “Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”. Así mismo, pensamos que también podría haberse empleado la misma técnica jurídica para la atribución de la filiación a todo cónyuge que consiente el recurso a una técnica de reproducción asistida heteróloga de su esposa, con independencia de si este cónyuge es hombre o mujer. Entendemos, además, que este consentimiento debería de ser el que se diera a las técnicas de reproducción asistida⁸⁷², tanto si el cónyuge que consiente es hombre o mujer, justamente en favor del interés del menor. De esta manera se evitaría que el hijo pudiera ser desconocido por uno de los cónyuges si consintió las técnicas de reproducción asistida⁸⁷³.

Otra posible solución sería no exigir necesariamente el consentimiento de ningún cónyuge y admitir la posibilidad en ambos casos de que la filiación se determinase tan solo respecto de la madre, si el cónyuge no prestase su consentimiento posterior. En principio, esta solución nos parece peor atendiendo al interés del hijo, ya que se le privaría de la filiación de aquel que es cónyuge de su madre y se favorecería que se dé una situación familiar donde la venida de un hijo al mundo no fuera deseada por uno de los cónyuges.

En todo caso, lo que sí podemos concluir a este respecto es que estamos ante un medio de atribución jurídica de la filiación al igual que en los supuestos

⁸⁷¹ Cfr. D. Jarufe, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas...*, op. cit., p. 218.

⁸⁷² Entendemos que esta opinión podría encontrar fundamento en el argumento dado por la STS 740/2013 cuando afirma: “que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido, con lo que se garantiza la igualdad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales para cuya efectividad se exige que la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, pues nada se dice ni se infiere del precepto, y es, además, la interpretación más acorde no solo con el hecho de que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo y nacimiento del hijo de uno de los cónyuges, sino con el artículo 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, y esta no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo” (STS 740/2013, 5 de diciembre [Roj: 5765/2013], in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [9-11-2016]).

⁸⁷³ A este respecto advertimos que casos de este desconocimiento de hecho ya han tenido que ser resueltos, vid: RDGRM de 26 de noviembre de 2008 (La Ley: 3768483/2008).

del cónyuge varón y de la mujer que consienten la reproducción asistida. Así mismo, las bases de esta atribución jurídica es la mismas, la intención de paternidad o maternidad (*intentio parentalis*) manifestada en el consentimiento, aunque en un caso sea anterior y en otro posterior a la aplicación de las técnicas. El hecho de que en el caso de la mujer se haya explicitado y en el del varón se contenga implícito afirmando la imposibilidad de impugnación de la filiación no entendemos que tenga relevancia práctica en este caso. En definitiva, en ambos casos se trata de la atribución jurídica de la filiación por naturaleza en base a la relevancia jurídica atribuida intención de asumir la paternidad o maternidad en supuestos de aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Así, resulta evidente que en ambos casos no sería impugnable por la falta de coincidencia biológica, a diferencia de los casos de las parejas de hecho, en los que sí se admitiría alguna excepción al respecto, como hemos visto.

La misma conclusión que en el párrafo anterior se sacaría en los supuestos de inseminación denominados R.O.P.A. (la Recepción de Óvulos por la Pareja)⁸⁷⁴. Se trata de los supuestos en los que una de las integrantes proporciona sus ovocitos para que realizada la fecundación los embriones sean transferidos a la compañera. En estos casos, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Ley de Reproducción Humana Asistida, el criterio de atribución de la maternidad no sería el biológico sino el del consentimiento prestado antes del nacimiento del hijo.

D) FILIACIÓN RESPECTO DE LA MUJER PAREJA DE LA QUE UTILIZA LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

No encontramos ninguna referencia en la Ley 14/ 2006 sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a la posible maternidad de la mujer que es pareja en convivencia *more uxorio* con otra que recurre a las técnicas de reproducción asistida. En este supuesto sí entendemos que nos podemos encontrar con un obstáculo con el principio de igualdad del artículo 14 de la

⁸⁷⁴ G. Baccino “Las Familias del Nuevo” Milenio in: Reproducción Humana Asistida, Aspectos Jurídicos Sociales y psicológicos ed. G. Baccino, Valencia 2014, p. 62.

Constitución Española. No solo por parte de la situación de las mujeres que conviven en pareja respecto de aquellas que están casadas con otra, también respecto del varón pareja de una mujer⁸⁷⁵. En todos los anteriores casos se reconoce un valor a su consentimiento de atribución de la filiación. Sin embargo en el caso de la mujer pareja de otra, la ley ignora cualquier valor de su consentimiento, ya sea previo o posterior a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Pero lo que entendemos que es peor, supondría una desigualdad respecto de los hijos en función de su filiación del artículo 39.2 de la Constitución. Tal desigualdad se daría si se le privara de la posibilidad de determinar su filiación materna respecto de la pareja estable de su madre biológica a diferencia de los hijos de parejas heterosexuales o de matrimonios heterosexual o entre mujeres.

No entenderíamos suficiente para justificar este silencio legislativo el recurso a la posibilidad de las mujeres de contraer matrimonio⁸⁷⁶, precisamente por el principio de no discriminación de los hijos por su nacimiento. En estos casos una posible la aplicación analógica del artículo 8.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción humana asistida para el supuesto de determinación de la filiación del varón pareja de la mujer sometida a estas técnicas sería una

⁸⁷⁵ P. Benavente, "La filiación de los hijos de parejas,...op.cit, pp. 115: "En cualquier caso, ...parece obvio que la omisión del legislador a la posibilidad de doble maternidad en las parejas de hecho no fue involuntaria....Y por ello se explica menos si cabe la incoherencia que ello supone respecto de los matrimonios de mujeres (art. 7.3)., y respecto de las parejas de hecho de mujeres...Parece más coherente adoptada en los arts 235-3 y 235-13 del reformado Libro segundo del CC Catalán, que confiere el mismo tratamiento al consentimiento otorgado por el cónyuge de la usuaria (sea hombre o mujer) que al hombre o la mujer que comparte vida con la misma a efectos de considerar como hijo extramatrimonial de la pareja al nacido de mujer soltera cuya compañera sentimental consiente la fecundación de aquélla con esperma de donante..."

⁸⁷⁶ M.S. De la Fuente, "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad...", op. cit., p.12: "...no es lógico que les favorezca el reconocimiento del art. 7.3 de la LTRHA. Si como consecuencia del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad se opta por una convivencia homosexual sin matrimonio por voluntad propia no debe tener el mismo alcance respecto a los efectos de la determinación de la filiación cuando el vínculo matrimonial es efectivo. Si ambas mujeres tienen la voluntad de que el nacido se inscriba como hijo legal de ambas, la ley les da esta posibilidad siempre y cuando medie vínculo matrimonial entre ellas. Si deciden no contraer matrimonio, pudiendo hacerlo, no podrán beneficiarse de una opción que la ley únicamente contempla en caso de matrimonio entre las convivientes".

solución⁸⁷⁷. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 ⁸⁷⁸ ha comenzado a reconocer estas filiaciones en base a los principios que hemos estudiado, es decir: el de igualdad del artículo 14 de la Constitución, el de no discriminación en razón del nacimiento del artículo 39.2 de la Constitución y el interés superior del hijo.

No podemos dejar de recordar que esa aplicación analógica resulta necesaria para salvaguardar la igualdad real y el interés del hijo en un supuesto concreto. Así, aunque en la mencionada sentencia se hace referencia a la posesión de estado, no se está pretendiendo extender como criterio de atribución de la filiación a otros supuestos mediante esta figura jurídica que tiende a demostrar la filiación⁸⁷⁹. En definitiva se trata de un medio por el cual se prueba una filiación basada en la intención de maternidad en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida. La diferencia respecto a los otros presupuestos es que esta intención no se ha podido manifestar ni por el consentimiento explícito a las técnicas de reproducción asistida ni por consentimiento a la determinación de la filiación posterior a las técnicas y previo al nacimiento. Esto es debido, como ya hemos estudiado, a que el art. 6.3

⁸⁷⁷ En este sentido Rubio Torrano, después de analizar los argumentos por los cuales la DGRN rechaza la aplicación analógica del art. 8.2 LRHA en su Resolución de 5 de junio de 2006 concluye: “Los argumentos con los que se fundamenta la decisión son más que discutibles a la vista de las normas en presencia y de su correcta interpretación” (E. Rubio Torrano, “Madre no hay más que una”, in: *Aranzadi Civil*, T. XV, Vol II, 2006, p. 2087).

⁸⁷⁸ STS 836/2013, 15 de enero de 2014 (ROJ.: 608/2014), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [9-11-2016]: “En este contexto interpretativo no cabe duda que dicha razón de compatibilidad viene informada, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (artículos 14 y 39.2 CE), de protección de la familia, de los hijos (integral) y de las madres con independencia de su estado civil (39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), así como por la debida ponderación, cada vez mas primordial, del interés superior del menor”.

⁸⁷⁹ Ibidem: “En este sentido debe puntualizarse, ab initio (desde el inicio), que la perspectiva de análisis que debe proyectarse sobre la cuestión de fondo, apuntada anteriormente, no tiene por objeto la valoración de la posesión de estado de filiación, considerada en sí misma, ya como medio de determinación de la filiación, propiamente dicho, o bien como título de legitimación de la misma, se encuentre o no previamente determinada, sino que se centra, mas bien, en las facetas o funciones que esta figura desempeña en el curso de la determinación judicial de la filiación, particularmente dispuesto en orden a la acción de reclamación de filiación no matrimonial ejercitada; esto es, en la posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción, (artículo 131 del Código Civil) y en su papel o función de medio de prueba de la filiación reclamada (artículo 767.3 LEC)”.

de la Ley de Reproducción Humana Asistida solo prevé la prestación del consentimiento del marido a tales técnicas; por otra parte, el artículo 7.3 de la misma ley solo prevé el consentimiento posterior a las técnicas y anterior a la filiación en el caso de la cónyuge de la madre.

En consecuencia de lo antedicho, no pudiéndose sustanciar la *intentio parentalis* de la mujer mediante el consentimiento explícito, a la hora de demostrar la misma se debe de recurrir a la posesión de estado como elemento demostrativo de tal intención⁸⁸⁰. Sin embargo, entendemos que tal posesión de estado sería un elemento demostrativo de tal intención de la maternidad (*intentio parentalis*) y que debía de existir y previamente al nacimiento producir una anuencia implícita o al menos tácita a la filiación previamente al nacimiento. En este sentido, por ejemplo, en el supuesto en que constara fehacientemente la oposición de la pareja al sometimiento de las técnicas y la oposición explícita a asumir tal filiación, consideramos que no sería suficiente la posesión de estado para la determinación de la maternidad⁸⁸¹. No dejamos de

⁸⁸⁰ En la STS 740/2013: “que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque *constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigante del deseo de ser progenitoras...* Es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad” (STS 740/2013, 5 de diciembre (ROJ.: 247/2014), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [9-11-2016])

⁸⁸¹ Tal supuesto habría que asimilarlo en función del principio de igualdad (art. 14 C.) al caso en que la pareja varón de una mujer que se somete a una técnica de reproducción asistida heteróloga se negara a consentir la inseminación artificial y lo hiciera constar explícitamente. En tal supuesto, también faltaría el elemento jurídico sustancial que daría soporte a la atribución de paternidad. Aunque posteriormente se diera una posesión de estado, sería muy difícil inferir de la misma que previamente al nacimiento existía una intención de paternidad o en este caso de maternidad. No existiendo tal intención, ni realidad biológica, el medio jurídico para atribuir la paternidad o maternidad por intención sobrevenida tras el nacimiento sería la adopción. En este sentido hemos citado anteriormente a Lacruz Berdejo (J. L. Lacruz – Rams, *Elementos de Derecho Civil T. IV*, Madrid 2010, p. 361). Además, no consideramos viable recurrir al interés superior del hijo para aplicar la posesión de estado como medio de atribución de la paternidad o maternidad en estos casos. La razón es que difícilmente puede entenderse este bien del menor si existe una manifestación explícita contra tal filiación, por una parte, y tampoco se quiere instar esta adopción o no se cumplen los requisitos para tal adopción, por otra. Esto aún sería más evidente si fuera el hijo o la otra parte quien intentara que se determinara la filiación extra-judicial o judicialmente y quien explicitó su falta de “*intentio parentalis*” fuera la mujer o el hombre pareja de la madre biológica.

reconocer la improbabilidad de este supuesto, debido a la incoherencia que supondría que posteriormente esta mujer asumiera el “rol materno” a los niveles de producir una posesión de estado, sin embargo tal supuesto fáctico no deja de ser posible. En tal caso, consideramos que no habría otra solución que acudir a la adopción. Por tanto, también en este supuesto será la intención de asumir la filiación la que daría lugar a la atribución jurídica de la maternidad. Si bien tal intención tendrá carácter atributivo de la filiación por vía de la aplicación analógica de la legislación y su medio demostrativo en aras a la determinación de la misma tendrá que ser la posesión de estado.

E) CONSECUENCIAS COMUNES A TODOS ESTOS SUPUESTOS DE FILIACIÓN RESPECTO DE LA INCIDENCIA DE LA LEY DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

a) Consecuencias respecto de la atribución de la filiación

Todos estos supuestos tienen en común que en los casos del cónyuge de la mujer que recurre a las técnicas heterólogas de reproducción asistida la base en la que se sustenta la filiación deja de ser la realidad biológica para pasar a ser la intención de asumir la paternidad o maternidad. Consideramos que el fundamento de este cambio del criterio de atribución consistiría en la especialidad fáctica de estos supuestos de filiación, cuya base sería el anonimato y total falta de *intentio parentalis* del donante anónimo. Esta intención de paternidad o maternidad debe quedar sustanciada en el consentimiento, o al menos en una anuencia implícita, bien al recurso a dichas técnicas, bien a que sea determinada la filiación previamente al nacimiento del hijo. La demostración de tal intención de paternidad o maternidad será generalmente la misma manifestación del consentimiento. No obstante, en los casos en que tal manifestación del consentimiento no hubiera sido legalmente factible o exigida en orden a la determinación de la filiación podría demostrarse mediante la posesión de estado. Este sería el caso de la maternidad legal de la mujer pareja no casada; o bien que tal filiación se hubiera producido previamente a que la

reforma de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁸⁸² por la que se le añade el párrafo 7.3 sobre la maternidad legal de la cónyuge⁸⁸³.

Este análisis conjunto, no deja de reconocer las diferencias en los modos de atribución de la filiación y de demostrarla para que pueda ser determinada posteriormente. Sin embargo les da sentido y racionalidad estableciendo su base y presupuesto común a todas estas filiaciones producidas por el hecho de la reproducción asistida heteróloga y no reconducibles a la realidad biológica⁸⁸⁴. En consecuencia, nos encontramos con una atribución jurídica de la filiación basada en la intención de asumir la paternidad o maternidad (*intentio parentalis*).

No obstante hay que abordar una cuestión que consideramos que se puede hacer también conjuntamente en todos estos supuestos de atribución de la filiación en técnicas de reproducción asistida⁸⁸⁵: ¿se trataría de una filiación por naturaleza? Ciertamente hemos hablado de una atribución jurídica de la filiación en todos estos casos ya que se abandona el criterio de verdad biológica para consagrarse otro criterio. Nos referimos, claro está, a este estudiado criterio de la *Intentio parentalis*, establecido por la aplicación por los preceptos contenidos en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, bien sea

⁸⁸² Se añade el apartado 3 por la disposición adicional 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

⁸⁸³ P. Benavente, "La filiación de los hijos de parejas,...op.cit, pp. 99.

⁸⁸⁴ En este sentido resulta totalmente esclarecedora la referencia del apartado III.C del preámbulo del Codi Civil de Catalunya cuando afirma: "Evidentemente, la maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida de su esposa o compañera no es una maternidad biológica, por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal. Sin embargo, eso no es ninguna novedad en el ordenamiento jurídico catalán. Se da en la paternidad del hombre, casado o no, que presta el consentimiento para la procreación asistida de su esposa o pareja estable. Por este motivo, se ha creído oportuno no incorporar una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación y se ha optado por asimilarla, en cuanto al tratamiento legal, a la paternidad del hombre que consiente la fecundación asistida, dado que en ambas el título de atribución es el consentimiento, y no la relación biológica".

⁸⁸⁵ No solamente porque todas se basan en la *intentio parentalis* como criterio jurídico de atribución de la filiación, tal y como hemos estudiado. Sino porque así lo han considerado ya la doctrina y se viene consagrando de una manera mucho más sistemática y sencilla en la misma legislación catalana como pasaremos a estudiar. Además de esta manera se hace mucho más factible el estudio comparativo e interdisciplinar respecto del ordenamiento canónico en mor de la articulación de ambos ordenamientos jurídicos.

de forma directa o analógica. Sin embargo, no podemos olvidar otro dato de Derecho positivo fundamental a la hora de responder a esta cuestión de una manera eficiente de cara a la praxis jurídica. Tal dato consiste en que nuestro ordenamiento jurídico en el estudiado primer párrafo del artículo 108 del Código Civil establece para toda filiación que “puede tener lugar por naturaleza o por adopción”. Por tanto, no siendo reconducible una filiación a la adopción, habrá que entender que se trata de una filiación por naturaleza.

Más allá de este recurso a la letra de la ley consideramos importante argumentar desde la racionalidad de la misma. Esto supone distinguir filiación biológica y filiación por naturaleza basándonos en la ya estudiada base de la distinción entre filiación por naturaleza y adopción; por tanto también supondrá profundizar en la distinción con la filiación jurídica y adoptiva.

Hay que tener en cuenta que cuando se habla de filiación por naturaleza, no se trata propiamente de un medio de atribución de la filiación sino de una clasificación de la filiación en función de la forma con la que se atribuye la misma⁸⁸⁶. La razón de esto es que el medio de atribución es un presupuesto biológico o jurídico a la determinación de la filiación, pero no constituye la misma. De esta manera, la atribución biológica o jurídica de la filiación no constituye propiamente una clasificación de la filiación sino un presupuesto de la misma. No obstante, la filiación por naturaleza y la adoptiva son clases de filiación en función de la forma con que las mismas son atribuidas⁸⁸⁷.

Además, recordamos aquí como al estudiar la filiación adoptiva, distinguimos claramente cuál es el criterio que la diferencia de la filiación por naturaleza⁸⁸⁸. Éste consiste en que la filiación adoptiva se constituye mediante

⁸⁸⁶ Como ya hemos explicado, la atribución de la filiación es un presupuesto a la filiación jurídica y no la determina. Vid. Cap. V, ap. Distinción entre atribución, determinación y acreditación de la filiación en el Derecho estatal; también: Ll. Puig i Ferriol “La filiación”, in: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, E. Roca y Ll. Puig i Ferriol, Valencia 2014, p. 451.

⁸⁸⁷ No podemos perder de vista que los medios de determinación, o reconocimiento jurídico son propios de las filiaciones por naturaleza, pues en el caso de la adoptiva, atribución y determinación resultan coincidentes.

⁸⁸⁸ Vid. Cap. VI, ap. 1. Atribución jurídica de la filiación por adopción.

una resolución judicial respecto de un hijo nacido, por lo que el título de atribución y determinación de la filiación es el mismo, a saber: dicha resolución judicial. Además supone que este título de atribución y determinación jurídica se da después del nacimiento y por tanto, existiendo ya una historia de la filiación biológica que puede ser determinable como filiación por naturaleza. Así filiación por adopción y por naturaleza pueden coexistir en una misma persona⁸⁸⁹.

Por tanto, el presupuesto de la filiación derivada del consentimiento⁸⁹⁰ a las técnicas de reproducción asistida heteróloga es una realidad bien distinta a esta filiación por adopción. Este consentimiento que sustancia la *intentio parentalis*, es anterior al nacimiento. En esta filiación producida mediante la inseminación artificial heteróloga no existe una historia vital común entre el donante de gametos y el hijo. Tampoco es posible la coexistencia de la esta filiación por el consentimiento con otra filiación por naturaleza respecto del donante⁸⁹¹. Como hemos estudiado, todo ello es debido al anonimato del donante y a las mismas disposiciones establecidas por la Ley de Reproducción Asistida.

Así, a diferencia de la filiación adoptiva, se trata de la relevancia jurídica otorgada a un hecho prejurídico, cual es la intención de paternidad. Además, al concretarse jurídicamente de forma previa al nacimiento mediante un consentimiento a la reproducción asistida, el hijo nace ya con el título de atribución de la filiación en función del cual puede ser determinada. Así la filiación se retrotrae hasta el mismo momento de la concepción, porque la condición de hijo es consustancial al individuo desde el mismo momento en que pasa a ser persona para el ordenamiento jurídico⁸⁹². Por último, se trata de

⁸⁸⁹ Vid. Cap. VI, ap. 1.3., pto. C) determinación de la filiación por naturaleza de los hijos adoptivos.

⁸⁹⁰ Nos referimos tanto al consentimiento explícito como a la anuencia implícita o tácita.

⁸⁹¹ Vid. Ap. 2.2., pto. C) La no atribución y determinación de la paternidad o maternidad del donante de gametos o preembriones.

⁸⁹² Se trataría pues de una aplicación de la relación paterno-filial por naturaleza tal y como se desprende del artículo 120 CC "La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible

una filiación que no se puede contemporizar con otra por naturaleza. Todo ello hace que aunque tal filiación sea atribuida en base a una disposición jurídica y no a la realidad biológica será calificada jurídicamente como filiación por naturaleza⁸⁹³. Con ello se refleja la consustancialidad vital de la condición de hijo desde el nacimiento y desde la consideración de persona sujeto de derechos y obligaciones en la sociedad y en el ordenamiento jurídico civil.

b) Consecuencias respecto de la determinación de la filiación.

Ya hemos concluido que el criterio de atribución de filiación en todos los supuestos del cónyuge o pareja de la mujer que recurre a las técnicas de reproducción asistida es el de la intención que consta en el consentimiento. Por tanto se trata de una atribución jurídica de la filiación por naturaleza. Así, pasamos a recapitular y concluir respecto de los medios de determinación de la filiación por naturaleza; es decir, los medios por los que el ordenamiento jurídico reconoce esta filiación y la establece como filiación por naturaleza. Estos medios, como hemos estudiado son reconocidos en el Código Civil.

con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario” al contenido del artículo 29 CC. cuando afirma: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

⁸⁹³ M^a. C. Gete-Alonso – J. Solé, *Filiación y potestad parental*, Valencia 2015, p. 20: “La filiación generada a partir de las técnicas de reproducción asistida ya sea en vida de los padres ya sea postmortem, no es una tercera categoría de filiación sino que se reconduce a la filiación por naturaleza ...y se califica como matrimonial o no matrimonial según que los padres estén o no casados entre sí en el momento en que interviene la técnica de reproducción. La filiación que se obtiene mediante la intervención de estas técnicas debe ser calificada como filiación por naturaleza porque lo que varía en ella es el modo en que tiene lugar la fecundación (no deriva de la relación del acto sexual) no el hecho, en sí, de la generación. Así mismo, el legislador ha optado por no exigir el principio de correspondencia genética que puede darse en este caso (cuando las células que se emplearon no pertenezcan a los padres. Técnica heteróloga) y por otorgar primacía al principio del consentimiento, la voluntad de asumir la relación...”. Entendemos en general acertada esta exposición de Guete-Alonso, no obstante matizamos que ciertamente no resulta claro que exista esta identidad en la “generación” en el caso de las técnicas de reproducción heteróloga. Resulta evidente que biológicamente el que consiente la reproducción asistida heteróloga no es progenitor biológico. No obstante, de lo que sí podríamos hablar es de una equivalencia por el hecho de que el consentimiento jurídico que materializa la intención parental se da previamente al nacimiento. Decimos equivalente, porque en base a esta circunstancia del consentimiento previo, los efectos de la filiación se retrotraen al momento de la concepción, con todas las consecuencias que hemos estudiado.

Previamente, entendemos importante traer a colación las siguientes aclaraciones del capítulo anterior⁸⁹⁴ respecto a que: los medios de determinación de la filiación en el Código Civil, según su propia terminología, son los especificados en los artículos 115 para la filiación matrimonial y 120 para la filiación extramatrimonial. Estos serían, siguiendo la doctrina de De Castro, propiamente “títulos de legitimación”. En consecuencia, estos medios son unas categorías jurídicas distintas de los previstos en los artículos 116 a 118 del Código Civil Español donde se habla de la presunción de paternidad matrimonial y el consentimiento de los padres. Estos últimos el Código Civil Español los establece para demostrar la filiación en orden a que pueda ser determinada jurídicamente.

Hechas estas aclaraciones, y recapitulando los distintos supuestos de filiación por consentimiento a la reproducción asistida la doctrina⁸⁹⁵ distingue los supuestos de paternidad o maternidad a la hora de aplicar el medio probatorio de la presunción de paternidad⁸⁹⁶. No obstante los medios de determinación de la filiación tanto en el caso del varón como de la mujer se prevén en el Código Civil Español de forma diferenciada para la filiación matrimonial o extra matrimonial.

Por tanto, de acuerdo con la terminología usada por el Código Civil, los medios de determinación de la filiación matrimonial serán: la inscripción en el registro civil o la resolución judicial en el caso de la filiación matrimonial, es decir los previstos por el artículo 115 del Código. Pero también habría que contar aquí el reconocimiento del artículo 118 para el caso del nacimiento del

⁸⁹⁴ Vid. Cap V, 3.1 Medios de determinación de la filiación en el Código Civil.

⁸⁹⁵ A este respecto ya hemos recopilado la doctrina al tratar el punto A Sobre la determinación respecto del marido que consintió el recurso de la mujer a las THA. Todos estos autores consideran aplicable en el caso de que sea un hombre el que consienta la presunción matrimonial de paternidad, mientras que en el caso de la mujer no. A este respecto citamos toda una serie de citas: R. Barber, M^a.S. De la Fuente, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad...”, op. cit., p.10. En este mismo sentido se pronuncian otros autores: J. Nanclares “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, in: *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 1, 2008, 2247; F. Pantaleón “Técnicas de...”, op. cit., 1993, p. 145.

⁸⁹⁶ Reiteramos que se trata de una ficción jurídica como hemos señalado en el punto C sobre la maternidad de la cónyuge.

hijo posterior a los 300 días tras la separación. Así, hacemos notar que también en el caso del cónyuge mujer que presta el consentimiento a la determinación de la filiación del 7.3 se hará valer en alguno de los dos medios previstos para el artículo 115 para la determinación de la filiación. Esto con independencia de que en el caso de la maternidad de la cónyuge de la madre biológica no opere la presunción del artículo 116 del Código Civil Español, tal y como prevé la exposición de motivos de la ley 13 / 2005.

En el caso de la filiación extramatrimonial los medios de determinación serán: el reconocimiento, el expediente gubernativo, o la resolución judicial. Por tanto estamos hablando de los medios de determinación jurídica de la filiación extramatrimonial previstos en los 3 primeros números del artículo 120 del Código Civil Español. En consecuencia, los medios de determinación jurídica de la filiación también serán los mismos que el Código Civil Español reconoce para la filiación por naturaleza.

2.4.- Atribución y determinación de la filiación por consentimiento a las técnicas de reproducción asistida en el Codi Civil de Catalunya

En el artículo 235-8 del Codi Civil de Catalunya se establece una atribución jurídica de la filiación en base al consentimiento del cónyuge de la mujer que ha recurrido a las técnicas de reproducción asistida para su inseminación. De la misma manera, el artículo 235-13.1 del mismo Código prevé también la atribución jurídica de la filiación por la pareja, sea hombre o mujer, de la mujer que recurre a las técnicas de reproducción asistida. En consecuencia el Codi Civil de Catalunya establece un medio de atribución jurídica de la filiación basada en el consentimiento a estas técnicas del cónyuge. En este sistema, a diferencia de lo establecido en el sistema de la Ley de Técnicas de reproducción asistida iguala todas las filiaciones por consentimiento a las técnicas de reproducción asistida⁸⁹⁷. Esto supone una

⁸⁹⁷ Ll. Puig i Ferriol "La filiación"..., op. cit., p. 473: "Pels casos d fecundació assistida de l'esposa en la modalitat de material genètic de donant, la condició de matrimonial del fill es fa dependre del fet que el consort hagi prestat el seu consentiment exprés en un document

simplificación del sistema y evita los distintos problemas de la praxis jurídica que hemos ido analizando⁸⁹⁸. Así mismo se incluye la mujer pareja de otra mujer en plano de igualdad con el varón y con la mujer casada, y de esta manera se evita la posibilidad del no reconocimiento por parte de la mujer cónyuge de otra. En consecuencia vemos bastantes ventajas y claridad en el sistema previsto por el Código Civil Catalán para la atribución y determinación jurídica de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

No obstante, nos encontramos con una problemática que no encontrábamos en el sistema de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Nos referimos a la inclusión en esta atribución jurídica de la filiación a los supuestos de recurso a las técnicas de reproducción asistida homóloga, es decir a los realizados con el espermatozoides del marido. Lo primero que deberíamos de observar es la falta de practicidad de esta regulación ya que los supuestos de filiación derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida homólogas vienen resueltos por la biología. Efectivamente, en estos casos padre biológico y padre jurídico serán coincidentes cuando se dé el consentimiento⁸⁹⁹. Así mismo cuando el padre no hubiera dado el consentimiento no podría darse esta filiación.

estès davant del centre autoritzat o en un document públic (art. 235-8.1). Per aquests casos, cal tenir present que el precepte es refereix concretament al consentiment del cònjuge, que segons l'art. 44.2 CC pot ésser un home o una dona, com s'ha posat de manifest fa uns moments”.

⁸⁹⁸ Como hemos estudiado en el punto anterior, estos problemas habían supuesto una diferencia injustificada en el tratamiento jurídico de los distintos supuestos filiatorios en relación a que los padres fueran varón o mujer y estuvieran casados o no. Tal diferencia de tratamiento jurídico podía tener diferentes consecuencias prácticas, como hemos estudiado. También, la falta de explicitación de esta atribución de la paternidad llevaba a utilizar como medio de demostrar la paternidad en el caso del marido la presunción matrimonial de paternidad de una manera ficticia. Así mismo, en el caso de la mujer casada se utilizaba un consentimiento a la determinación, y no a las técnicas de reproducción asistida, por tanto, a diferencia del varón, se permitía el desconocimiento de la cónyuge. Esto se debía a que la misma no tenía que asentir las técnicas de reproducción asistida, pero sí dar su consentimiento posterior para la determinación de su maternidad (Vid. Ap. 2.4.- Atribución y determinación de la filiación del cónyuge o pareja de la mujer sometida a técnicas de reproducción asistida heteróloga).

⁸⁹⁹ F. Rivero, “La filiación en el Derecho Civil de Cataluña”, in: *Tratado de Derecho de la Familia vol. VII, La Familia en los distintos derechos forales*, Dirs. M. Izquierdo – Matilde Cuenca, Zizur Menor (Navarra) 2011, p. 402.

Por otra parte, este sistema de atribución por consentimiento a la inseminación homóloga plantearía un problema serio en el caso de que la mujer hubiera recurrido a esas técnicas sin contar con el consentimiento del marido. Tal problemática tendría que ser resuelta en base al artículo 235-28.2 in fine cuando afirma que “Si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación de acuerdo con los artículos 235-8 o 235-13, y tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo”⁹⁰⁰. En base a este precepto Rivero⁹⁰¹ propone la aplicación analógica de la presunción de la paternidad los artículos 235-5.2 y 235.6 para poder inscribir al hijo directamente. De esta manera se pretende evitar la necesidad del hijo de tener que recurrir a la acción judicial de reclamación de la filiación. Evidentemente que esta solución sería independiente a la posibilidad de que el padre reclamara a la madre los perjuicios materiales y morales. Evidentemente en los casos de reproducción asistida heteróloga no sería posible la determinación de la filiación respecto del cónyuge o pareja en el caso de que no prestara el consentimiento.

De esta manera, se puede concluir que el sistema de determinación de la filiación del Codi Civil de Catalunya respecto del cónyuge o pareja de la mujer que recurre a las tenencias de reproducción asistida consiste directamente en una atribución jurídica de la filiación en base al consentimiento a estas técnicas. De esta manera, en la práctica no es posible recurrir a ninguno de los medios de demostración de la filiación propios de la filiación biológica como son las presunciones de paternidad. No obstante en el caso de las técnicas de reproducción asistida homólogas, por vía analógica se tendría que aplicar en caso de falta de consentimiento. Esto supone que si bien en estos casos también establece la atribución jurídica de la filiación por el consentimiento, tal determinación vendría matizada y corregida por el criterio de la realidad biológica cuando estos no fueran coincidentes.

⁹⁰⁰ Ibidem.

⁹⁰¹ Ibidem.

Respecto de las consecuencias prácticas del sistema del Codi Civil de Catalunya, ciertamente, en lo que respecta reproducción asistida heteróloga evita unos intentos de ficción jurídica de filiación biológica y produce una simplificación del sistema respecto del de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Además se excluye diferencias de supuestos filiatorios que han tenido que ser corregidas por la praxis para salvaguardar los principios de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española y de no discriminación por razón del nacimiento del artículo 39.2 también de la Constitución.

2.5.- Derecho a conocer el origen biológico del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga

Lo primero que entendemos que es reseñable a este respecto es que no tratamos en este momento de la determinación de una filiación biológica sin efectos jurídicos, como en el caso de la adopción. Como ya hemos estudiado⁹⁰² esta determinación no resultaría posible debido a la renuncia previa a la concepción del hijo que habría hecho el donante. Otra causa que haría imposible esta determinación sería el consentimiento prestado por el cónyuge o pareja de la madre previamente a la concepción o nacimiento. En consecuencia, estamos hablando aquí de la posibilidad del ejercicio de unas acciones declarativas especiales cuyo objeto queda restringido al conocimiento de la identidad de los progenitores biológico por parte del hijo, pero excluyendo cualquier determinación de la voluntad.

Evidentemente el fundamento de este derecho a conocer el origen biológico sería totalmente independiente de la determinación de la paternidad⁹⁰³. Así estamos hablando de la libertad de conciencia del artículo

⁹⁰² Ap. 2.4.- Atribución y determinación de la filiación del cónyuge o pareja de la mujer sometida a técnicas de reproducción asistida heteróloga.

⁹⁰³ En consecuencia con lo antedicho no coincidimos totalmente con Garriga Gorina en que no es aplicable a la inseminación artificial el mismo esquema de valores que en el caso de la adopción y la filiación natural (M. Garriga, *La adopción y el derecho a conocer...*, op. cit., p. 297). Sí sería aplicable esta afirmación respecto de las relaciones de paternidad y filiación, pero no respecto del derecho del hijo a conocer el origen biológico. El motivo es que el derecho a

16.1 de la Constitución Española, en relación con la libre formación de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución, y el derecho a la intimidad entendido de manera positiva del artículo 18 de la Constitución. En este caso, la especialidad es que el ejercicio de estos derechos quedaría totalmente desligado del de libre investigación de la paternidad del principio Constitucional del artículo 29.2. Por ello, a la hora de establecer el orden de los principios constitucionales mencionados destacamos la primordialidad del principio de libertad de conciencia.

En el caso del derecho a conocer el origen biológico tal primacía en el orden de prelación resulta especialmente importante. Un primer motivo de esta importancia es dar autonomía a este derecho de conocer el propio origen de los resultados de los estudios psicológicos sobre la importancia del mismo de cara a la formación de la personalidad del hijo⁹⁰⁴. Así se situaría este derecho al

conocer el origen biológico es un derecho del hijo en todo caso, y el ordenamiento no debe entrar en las motivaciones y menos aún en las motivaciones profundas que le mueven a reconocerlo, precisamente en base al derecho a la libertad de conciencia.

⁹⁰⁴ A este respecto sería posible alegar que no serían suficientes los estudios que se realizan respecto de los hijos adoptivos. La causa de esta insuficiencia sería que la situación específica del hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida respecto del donante, es muy distinta de la del hijo adoptado respecto de padre biológico. No obstante en el ámbito específico de la reproducción asistida encontramos estudios específicos, a partir de los cuales Araya, citando a Jadva, V. Freeman y otros concluye: "En este sentido la investigación científica es aún precaria, y si bien las teorías sobre desarrollo de la personalidad permiten pensar que esta información es fundamental para la construcción de la identidad, algunos estudios (Golombok et al, 1996) muestra que no existen signos clínicos relevantes que den cuenta de una alteración en el desarrollo de niños evaluados entre 4 y 8 años. Pero estos datos no concuerdan algunos testimonios y acciones llevadas a cabo por adolescentes o adultos nacidos de TRA-D quienes hace algunos años han comenzado a luchar por su derecho a conocer la identidad de sus progenitores y/o hermanos biológicos, incluso a encontrarlos y establecer algún tipo de relación (Por ejemplo: <http://www.donorsiblingregistry.com> [9-11-2016])...en general los estudios muestran que entre más tarde y más fortuitamente es informado un sujeto de su origen en base a TRA-D más negativos son los sentimientos que emergen frente a los padres y al hecho de haber nacido de esta manera" (R. Araya, *Secreto y anonimato en la reproducción asistida con donación de gametos*, p. 3, in: <http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/09/rub%C3%A9n.pdf>. [2-12-2016]). En este mismo sentido The Danish Council of Ethics haciéndose eco de los estudios realizados manifiesta: "There is limited scope for carrying out studies on children who have access to identifying information about the donor, as Sweden was the first country to revoke anonymity in 1985. What the upshot of this will be from 2004 onwards is largely uncertain, therefore. ...Thus Haimés goes as far to assert that ... *What we do know comes mostly from what the other parties involved in DI (e.g. the clinicians, the recipients, the policymakers, the social analysts) consider to be the child's needs and interests*" (The Danish Council of Ethics,

margen de distintas posturas filosóficas respecto de la persona su identidad o dignidad. Pero un motivo no menos importante es para dar cabida a la capacidad de autodeterminación personal a partir de los propios criterios ideológicos y de conciencia. Por tanto, atendiendo al principio de libertad de conciencia, los estudios psicológicos o la carencia de un carácter concluyente de los mismos, no deberían ser óbice para el derecho del hijo a conocer su propio origen biológico. Es el hijo al alcanzar la mayoría de edad, o aquella en que se considere que tiene autonomía de conciencia, quien tendría la capacidad de decidir el ejercicio de este derecho a conocer su propio origen atendiendo a su propio criterio y convicciones.

Sin embargo, hechas estas consideraciones previas sobre la base de este derecho al conocimiento del propio origen por parte del hijo, advertimos que el punto de partida del estudio de este derecho en nuestro ordenamiento civil es el artículo 5.5 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Este artículo garantiza el anonimato de la donación. Además en este precepto se veta la posibilidad de conocer la identidad de los donantes incluso al propio hijo. De esta manera, el hijo sólo tendrá derecho a una información general de los donantes salvo “excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales...”⁹⁰⁵. Todo lo antedicho supone que ni siquiera en la mayoría de edad los hijos podrían acceder a conocer su verdadera filiación.

Ethical problems concerning assisted reproduction part II, Anonymity and selection in the context of sperm donation (Report), 2003, p. 30). No se debe de perder de vista que la legislación sueca que elimina el anonimato, y que fue la primera en Europa de un número creciente de países, se dio posteriormente a un estudio psicológico y sociológico: “Basándose en estudios realizados por sociólogos y psicólogos –en los que se constataba la necesidad que el hijo tiene de veracidad y sinceridad en este terreno–, el Comité sueco que preparó la Ley de Inseminación Artificial de 1984 determinó que ‘no debe ocultarse al así nacido su origen real, y que debe permitírsele, por lo menos a partir de la mayoría de edad, reclamarlo y conocerlo’” (C. Vidal, “El Derecho a Conocer la Filiación Biológica, con especial atención a la filiación materna”, in: *Revista Jurídica de Navarra*, n. 22, 1996, pp. 270-1).

⁹⁰⁵ No deja de ser significativo, cómo en esta legislación tan restrictiva de las posibilidades de relación entre el donante y el hijo, el legislador sigue utilizando la palabra hijo. Decimos que es significativa aunque sólo fuera como lapsus, porque evidencia la consideración de sentido común en este caso.

A este respecto hay que aclarar que la cuestión que plantea el derecho a conocer el origen biológico no es propiamente una negación o cuestionamiento total de este anonimato prescrito legalmente, sino una limitación al mismo. Ciertamente, el hecho de que el hijo pueda acceder al conocimiento de su origen biológico mediante una acción judicial no significa que lo tenga que hacer necesariamente. Tampoco supone, de ninguna manera, que pueda tener acceso al mismo registro otra persona distinta del hijo, y menos que el donante conste como padre, ni tan solo a meros efectos declarativos como en la adopción. En definitiva el derecho del hijo a conocer el origen biológico, solo supondría en algunos casos una limitación del anonimato del donante que debería de ceder en interés del hijo cuando este deseara conocer su propio origen y así lo ejercitara legalmente. Por tanto, se trata de la resolución de un concurso de derechos que deben de cohonestarse, a saber: el derecho a la intimidad por parte del donante, y el interés superior del hijo que se concreta en su derecho a conocer el origen biológico. En este sentido, nos decantamos por las posiciones doctrinales⁹⁰⁶ que entienden que en estos casos el interés del hijo supondría un

⁹⁰⁶ M^a.C. Quesada, "El derecho (¿Constitucional?)...", op. cit., p. 290: "básicamente por dos razones: porque negar al hijo ese derecho va contra la dignidad de la persona, al degradar al hijo a la condición de objeto, de juguete ansiado por otros sujetos; y porque el no reconocimiento de dicho derecho supone obstaculizar el libre desarrollo de la personalidad del hijo"; R. Barber, "Reproducción asistida...", op. cit., p. 34 "la LTRHA ha desatendido sistemáticamente los derechos del hijo nacido a través de estas técnicas. El legislador ha considerado los intereses de quienes desean ser padres, los de las clínicas que prestan estos servicios, los de quienes procuran material genético que los haga posibles, pero no ha contemplado en absoluto al hijo como sujeto, como persona digna y merecedora de protección, sino sólo como objeto de deseo". En este mismo sentido se posiciona Rivero argumentando además, que al no concederse el mencionado derecho al hijo, se le negaría también la posibilidad de reclamar responsabilidad civil al donante de gametos que le transmitiera dolosa o culposamente una tara o enfermedad hereditaria. (Rivero, "La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico", *RJC*, nº 1, 2004, pp. 105 y ss.). Una mención específica a este respecto merece M. Gonçaez Pérez de Castro, que no admite que se pueda derivar el derecho a conocer el propio origen de la constitución. Sin embargo, manifiesta la situación de injusticia que supone que tal derecho no este reconocido ni desarrollado legalmente: "En conclusión, la inconstitucionalidad del anonimato del donante radica en impedir al hijo reclamar la paternidad de su padre biológico, en el caso de la inseminación de mujer sola, o ejercitar una acción mixta a efectos de impugnar la filiación voluntarista y reclamar la del dador. Asimismo, se discrimina a los hijos nacidos mediante estas técnicas, en comparación con lo hijos procreados de forma natural, quienes tienen acceso a todo el sistema de acciones de estado previsto en el Código Civil. Además, el anonimato del dador transgrede el

límite al anonimato del donante, y no la negación del mismo o de su derecho a la intimidad. Lo que sí aportamos a estas posiciones es la fundamentación de la libertad de conciencia.

Por otra parte, la fundamentación en que se basa este derecho a conocer el origen biológico sería distinta a la que refutó la estudiada STC 116/1999 de 19 de Junio⁹⁰⁷. En esta sentencia se refutaba los argumentos que cuestionaban la constitucionalidad del anonimato, pero no sus límites. Además la base de este recurso de constitucionalidad era la libre investigación de la paternidad del artículo 39.2 de la Constitución⁹⁰⁸. Esta base constitucional del recurso supone que lo que se pretendía era la posibilidad de establecimiento de una filiación, aunque no surtiera los efectos propios de la misma, es decir una determinación de la filiación de manera análoga a la adopción. Este no es el caso del derecho a conocer el origen biológico sin que ello suponga la determinación de ninguna filiación respecto del donante. Estamos pues ante una pretensión diferente a la que desestimó la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional, y también

principio de indisponibilidad del estado civil de los hijos, a quienes se les instrumentaliza. Esto último supone una verdadera violación a su dignidad...como persona, por lo cual, no sólo el anonimato del donante, sino las técnicas en general, pierden toda legitimidad. Ese deseo de "tener un hijo" por parte de adultos solteros, estériles, homo o heterosexuales, no puede prevalecer sobre el bienestar del niño." (M. Gonzales Pérez De Castro, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid 2013, p. 257).

⁹⁰⁷ Vid. Cap. IV, ap. 2.2. El derecho a conocer el origen biológico; principios constitucionales conexos.

⁹⁰⁸ STC 116/1999 17 de junio, (BOE núm. 162 de 08 de julio de 1999): "El último de los argumentos que integra este bloque impugnatorio es el referido a la pretendida incompatibilidad del art. 5.5 de la Ley: «La donación será anónima », con lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución,...No es éste el caso de la previsión contenida en el art. 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución".

en base a unos derechos subjetivos distintos a los que se planteó en la STC 116/1999⁹⁰⁹.

Además, si observamos una variación de la legislación en el sentido que hemos señalado. La norma del 5.5 de la ley 2006 ha supuesto una ampliación del derecho a conocer el origen biológico respecto al texto del anterior artículo 5.5 de la ley del 35/88, que fue la que se cuestionó y consideró constitucional en la mencionada sentencia. Efectivamente en el artículo 5.5 de la ley 35/88 solo permitía el conocimiento de los progenitores por parte del hijo “en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales”. Sin embargo el artículo 5.5 de la ley 14/2006 se ha ampliado al supuesto de que este peligro no afecte a la vida pero afecte a la “salud del hijo”.

Por otra parte, no podemos dejar de lado normativa de carácter más genérico pero que tiene una incidencia directa en esta materia y que recoge principios y derechos fundamentales que entroncan directamente con el interés superior del hijo. Nos referimos al precepto del artículo 30.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia que dice: “2. Los niños y los adolescentes tienen derecho a conocer su origen genético, padres y madres biológicos y parientes biológicos”⁹¹⁰.

Se trata, pues, de una evolución por parte de la legislación que va abriéndose cada vez más y reconociendo un derecho que se derivaría directamente de la Constitución como es el de conocer el propio origen. Sin embargo debemos de reconocer, en nuestro ordenamiento jurídico, la falta de una acción de mera investigación de la filiación sin que la misma comporte una

⁹⁰⁹M^a.C. Quesada, “El derecho (¿Constitucional?)...”, op. cit., p. 292: “No me parece, sin embargo, del todo oportuno fundamentar el derecho al conocimiento de la ascendencia biológica, en el supuesto de FAD, en el art. 39-2 CE, porque entiendo que este precepto piensa en una investigación de la paternidad encaminada a hacer posible la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones inherentes a la paternidad derivada de la cohabitación”.

⁹¹⁰Ll. Puig i Ferriol “La filiación”..., op. cit., p. 467: “Esmement inalment que l’art. 30.2 LDOIA estableix que “Els infants i els adolescents tenen dret a conèixer llur origen genètic, pares i mares biològics i parents biològics” (art. 30.2). ara bé, la STC 116/1999, de 17 de juny, va reconèixer que l’anonimat dels donants no era contrari a la Constitució”.

pretensión de determinación de la misma⁹¹¹. Tal norma sería necesaria para desarrollar el del hijo de conocer su propio origen que tiene una base constitucional, tal y como hemos estudiado.

3.- Atribución y determinación de la filiación en los casos de maternidad sustitutiva.

Previamente a estudiar este punto advertimos que al objeto de este estudio comparativo entre ambos ordenamientos nos interesa propiamente el ordenamiento jurídico español y sus principios. En consecuencia, no entraremos a analizar otras figuras que son admitidas por el derecho de otros estados y que la doctrina y jurisprudencia se cuestiona su reconocimiento atendiendo a los principios del Derecho internacional privado español. Nos referimos fundamentalmente a la fecundación mediante gestación sustitutiva realizada en territorio extranjero donde se posibilita e inscriben las relaciones de paternidad, y que posteriormente se pretende su reconocimiento en el ordenamiento jurídico español. Especialmente los casos de doble paternidad porque son los que en la práctica más se están dando y más jurisprudencia están creando. Realmente estamos hablando de reconocimiento de resoluciones judiciales o administrativas extranjeras y no de los criterios de determinación de la filiación del ordenamiento jurídico español. Este trabajo de investigación es de Derecho comparado entre el ordenamiento civil español y catalán, y el canónico en materia de determinación de la filiación; así estos supuestos no entran propiamente dentro de nuestro objeto de investigación. No podemos olvidar que el objeto de esta tesis se centra fundamentalmente en los principios que sostienen los mencionados ordenamientos jurídicos en materia de determinación de la filiación y la coordinación de los mismos en el ámbito estatal. Por tanto no en el Derecho internacional ni en los criterios de admisión

⁹¹¹ M. Gonzales Pérez De Castro, *La verdad...*, op. cit., p. 253: "Es decir, la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida ha instaurado el principio del anonimato del donante. Este principio conlleva la denegación expresa del derecho del hijo a conocer la identidad de su padre biológico, derecho que sí se atribuye al adoptado".

del Derecho privado de otros ordenamientos jurídicos ajenos a los que estudiamos, cuestión que excede el objeto de la investigación. En este apartado nos ceñimos pues al objeto de esta tesis respecto de los supuestos de maternidad subrogada.

También advertimos que nos centramos en los aspectos de la legislación que resultan útiles para realizar esta comparación de los ordenamientos jurídicos así como para la articulación de los mismos en materia de determinación de la filiación. Por tanto, al igual que en los otros capítulos no pretendemos un estudio complejo de toda la regulación en materia de maternidad subrogada. Nos ceñimos, pues, a aquellos aspectos que nos interesan en orden al objeto de este estudio de Derecho comparado respecto del sistema de determinación de la filiación.

3.1.- Diversos conceptos en relación a esta materia

La maternidad subrogada o por sustitución contempla varios supuestos: a) que la madre por sustitución aporte sólo la gestación de un embrión fecundado con material reproductor de la madre contratante y su cónyuge o pareja. b) Que la madre por sustitución aporta el material genético y la gestación del mismo. c) Que la madre por sustitución ceda solo la gestación de un óvulo de donante anónimo fecundado por el padre. Así en los casos de maternidad por sustitución se distingue la maternidad biológica de la gestante, y la maternidad biológica de la mujer que aporta el material genético. Pero lo que hace considerar a todos estos supuestos como maternidad subrogada es que existe un contrato por el que se concierta la gestación con independencia de si el origen biológico sea coincidente o no con la gestación.

Así este concierto de la gestación es pues la diferencia fundamental entre la maternidad subrogada y la transferencia de gametos o preembriones. En este sentido lo explica Acosta: “Una pareja donde la mujer es estéril paga para que otra mujer lleve su producto a buen término. El contrato puede ser minucioso:

se paga alimentación, estudios, servicios médicos etc. de la madre portadora. Pero la madre incubadora solo debe comprometerse a entregar el recién nacido”⁹¹². Sin embargo la misma autora acto seguido manifiesta los problemas de tipo bioético y jurídico que el legislador ha de abordar mediante una legislación específica al respecto.

3.2.- Regulación del Derecho civil español contraria a la maternidad sustitutiva

El artículo 10 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su número 1 manifiesta respecto de los Gestación por sustitución que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Tal precepto se explicaría desde la consideración de la indisponibilidad del cuerpo de la mujer, ni siquiera por ella misma y de su capacidad de gestación⁹¹³. A este respecto hay que señalar que lo que establece este artículo es la nulidad de tal contrato y no establece ninguna prohibición. Tal distinción cobra aún más fuerza y sentido si tenemos en cuenta que ni el

⁹¹² Cfr. A Acosta, “Maternidad Subrogada”, in: Revista de Ciencias Biomédicas, <http://www.revista.spotmediav.com> [9-11-2016], 2011; 2 (1), p. 93.

⁹¹³ M. Gonzales Pérez De Castro, *La verdad biológica...*, op. cit., p. 347: “En primer lugar, porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, al recaer sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, específicamente, sobre su útero. Se trata del alquiler (o préstamo en caso de ser gratuito) de una función de la mujer, tan importante, como es la maternidad, que no puede ser objeto del tráfico jurídico. Es un bien *extra commercium*, fuera del comercio”. En esta misma dirección todavía ha sido más clara y detallada la explicación que ha hecho la STS, 6 de febrero de 2014 al afirmar: “Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población” (STS 835/2013, 6 de febrero [ROJ 247/2014], in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [9-11-2016] ,).

código Penal ni ninguna ley administrativa sancionan la contratación de la gestación por sustitución, ni la ejecución de dichos contratos⁹¹⁴.

No carece de importancia estas precisiones respecto de la regulación de la nulidad de los contratos que dan lugar a la maternidad por sustitución. Esta importancia reside en la interpretación de la normativa de determinación de la filiación consecuencia a la gestación por sustitución. Concretamente en el caso de la maternidad ya que se establece una atribución legal de la maternidad. En este sentido, la contextualización del criterio del artículo 10. 2 de la misma ley en la que se establece el criterio “del parto” no habrá de entenderse como una consecuencia sancionadora de una ilegalidad. De esta manera, resulta evidente que la atribución y determinación legal de la maternidad vendrá iluminada por los principios propios de todo el ordenamiento jurídico español en la materia. Especialmente nos interesa el principio superior del *favor filii*⁹¹⁵ que tan fundamental resulta en todo el sistema de filiación, y que habrá que atender a la hora de aplicar el criterio de atribución jurídica de la filiación del artículo 10.2. Cuestión distinta es cómo debe de influir este principio a la hora de concretar el criterio de la determinación de la maternidad por el parto; esta cuestión debemos abordarla en los puntos posteriores de este apartado, como así haremos.

⁹¹⁴ M^a. C. Quesada, “Algunas reflexiones sobre la maternidad...” op.cit., p. 4877. En el mismo sentido se manifiesta A. Hernández Rodríguez al afirmar: “cabe advertir que en Derecho español no se prohíbe el contrato de gestación por sustitución. Así se desprende de las sanciones previstas por el legislador en tales casos. A efectos civiles, dicho contrato se considera nulo de pleno derecho, y por tanto ineficaz, debiéndose determinar la filiación del nacido mediante esta técnica a través de las reglas generales” (A. Hernández Rodríguez, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, in: *Cuadernos de Derecho internacional*, vol VI, n. 2, 2014, p. 152).

⁹¹⁵ Ibidem. En el mencionado artículo de Quesada se refiere a la aplicación de este principio del “favor filii” fundamentándolo entre otros preceptos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, concertadamente refiere los artículos 3 cuando manifiesta que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño ” y el artículo 21: “los sistemas de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

Por otra parte hay que señalar que, a pesar de que la contratación de la gestación por sustitución no está sancionada administrativa o penalmente en sí misma, sí lo están algunas de las conductas derivadas de la ejecución de los contratos de gestación por sustitución. Así, en los casos en que tal contrato se ejecutara en el territorio de nuestro país se estaría incurriendo en las infracciones del artículo 26.2.c.2ª de la misma ley que considera una infracción muy grave “La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2”. Sin embargo la mayoría de agencias que conciertan estos contratos de maternidad por subrogación lo hacen para que sea practique en el extranjero.

En esta misma línea, Gonzales Pérez de Castro y Pérez Monge⁹¹⁶, si bien reconocen que la maternidad subrogada no conlleva en sí una infracción penal, si afirman como en bastantes casos podría incurrirse en las conductas tipificadas por el artículo 220.2 del Código Penal cuando afirma que: “La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación”; así como por el artículo 221.1 y 2: “1.- Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación...2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”

3.3.- La atribución y determinación de la filiación en caso de gestación por sustitución, en la norma civil española

El artículo 10.2 de la Ley de Reproducción humana Asistida es el que regula específicamente la maternidad en los casos de maternidad subrogada al

⁹¹⁶ M. Gonzales Pérez De Castro, *La verdad biológica...*, op. cit. , p. 349; Pérez Monje “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación *versus* realidad”, in: *RDP*, nº 7-8, 2010, pp. 48-49.

afirmar que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. En el caso de la paternidad existe una remisión a las normas generales para determinar la filiación concretada en los siguientes términos del punto 3 del mismo precepto legal: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. De esta manera, en los siguientes apartados nos centramos en el estudio de la maternidad en el caso de la gestación por sustitución; ya que en el caso de la paternidad se da esta remisión a las normas generales de la atribución y determinación de la paternidad por naturaleza ya estudiadas en el capítulo anterior.

A raíz de este precepto de la Ley de Técnicas de Reproducción asistida del 2006 entendemos que resulta fundamental cuestionarse si el Derecho civil español está admitiendo el principio Paulino de *Mater Semper certa est etiam si vulgo conseperit* como principio rector de la atribución de la maternidad. A este respecto, no podemos olvidar que el precepto del artículo 10.2 de la Ley de Reproducción Humana Asistida regula tan solo la determinación de la filiación en casos de maternidad sustitutiva. Por tanto se trata de una atribución de la filiación por el derecho en un supuesto en que no coincide filiación por naturaleza con la biológica. De esta manera, estos casos, al igual que los tratados en el apartado anterior, consistirían en una atribución jurídica de la filiación con una especificidad clara al resto de filiaciones por naturaleza donde el principio de veracidad biológica rige como concreción del bien del menor. Así el contenido del artículo 10.2 de la Ley de Reproducción Humana Asistida no podría entenderse como un reconocimiento de un principio general de la filiación materna⁹¹⁷ que se utiliza para probar la maternidad biológica-genética.

⁹¹⁷ E. Lamm “Gestación por Sustitución”, in: *InDret*, www.indret.com [9-11-2016], Barcelona 2012, 3, p. 4-5 “Debo reconocer que se trata de una figura compleja, que genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos y que rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del derecho romano “mater semper certa est”, consagrando que la Madre es siempre cierta. Esta máxima que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, se conmovió cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto. En otras palabras, el incólume principio “mater semper certa est” hace crisis, y en el momento presente deja de ser incuestionablemente un hecho cierto”.

Según lo antedicho, coincidimos con Quesada cuando concluye: “Creo que en nuestro ordenamiento jurídico la maternidad, igual que la paternidad tiene como fundamento el vínculo genético que une biológicamente a padres e hijos...”⁹¹⁸ Por tanto, entendemos que el hecho de la posibilidad de disociación de la maternidad genética y el hecho del parto hace que el parto deje de ser en estos casos la prueba directa de la maternidad biológica. En este aspecto se diferencia del principio Paulino de *Mater certa est etiam si vulgo Conceperit* que es una presunción *iuris tantum*, y por tanto un medio de prueba de la maternidad biológica y genética. Tras la posibilidad de disociar parto de maternidad genética, la prueba directa pasaría a ser aquella que demuestra sin margen de dudas la maternidad genética, es decir las pruebas de ADN y biológicas. Así, el artículo 767.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, al hablar de “prueba directa” estaría refiriéndose tanto en el caso de la paternidad como en el de la maternidad a las pruebas biológicas. Esta interpretación concuerda con el *mens legislatoris* que se deriva de la derogación del artículo 135 del Código Civil que hacía referencia a la ausencia de “prueba directa de la generación o el parto”⁹¹⁹.

En este sentido, queda claro que la referencia a la determinación de la maternidad por el parto en el artículo 10.2 de la Ley de Reproducción Asistida hay que entenderla como una atribución legal de la maternidad en virtud del mencionado precepto. Esta atribución legal vendría justificada por la consideración negativa que tiene la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento, y la nulidad de tales contratos según el mencionado artículo 10.1 de la ley de Reproducción Asistida. En consecuencia el criterio del parto establecido se trata de un medio de atribución jurídica de la filiación que deberá

⁹¹⁸ Cfr. M^a. C. Quesada, “Algunas reflexiones sobre la maternidad...”, op. cit., p. 4882. En un sentido similar se manifiesta Pantaleón poniendo de manifiesto que el sentido de la aplicación de la presunción paulina de maternidad por el parto que se aplicaba tradicionalmente en el derecho civil se basa justamente en cómo se presumía que el parto mostraba justamente aquel quien era el hijo por transmisión del material genético (A.F. Pantaleón, “Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida”, in: *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, 1989, p. 651).

⁹¹⁹ M^a. C. Quesada, “Algunas reflexiones sobre la maternidad...” , op. cit., p. 4883.

de ser tenido en cuenta cuando concurre tal criterio en sustitución del biológico-genético.

Atendiendo a lo estudiado en el apartado anterior, entendemos junto a Quesada que el criterio de atribución y determinación de la maternidad “por el parto” establecido por el artículo 10.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida actúa como un garante del *favor filii* y del orden público cuando la aplicación del criterio biológico-genético o del consentimiento cuestionaran estos principios. La misma autora concreta supuestos concretos prototípicos de aplicación de este precepto: “Cuando suscite un conflicto de maternidades, ya sea positivo -si quieren asumir la maternidad tanto la madre gestante como la madre de deseo (que también puede ser madre genética si aporta el óvulo)- o negativo -cuando ni la madre gestante ni la madre de deseo dejen de ser madres, por ejemplo, por nacer el hijo con alguna deficiencia o malformación-”⁹²⁰. No se puede olvidar que la experiencia en otros países que admiten la maternidad por sustitución demuestra un elevado porcentaje de litigiosidad, y entre los motivos también estaría los conflictos respecto de la filiación y maternidad⁹²¹.

De esta manera, en estos casos se estaría introduciendo otro criterio de atribución de la maternidad, como ya hemos estudiado. El motivo sería que en

⁹²⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 4877. Entendemos como complementarios las críticas y consideraciones de insuficiencia del precepto del artículo 10.1 LTRA en el que se establece el criterio del parto hechas por A. Hernández Rodríguez: “Por otro lado, la regulación ofrecida por el legislador español a la gestación por sustitución deja completamente desprotegido al hijo nacido por tal técnica. Entre otras razones, porque atribuyendo la maternidad a la madre gestante, sin tener en cuenta ninguna otra consideración, se desconocen los derechos del hijo, que se verá obligado a depender del cumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la maternidad por parte de una mujer que no tenía intención de ser madre” (A. Hernández Rodríguez, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero...”, *op. cit.*, p. 152); también R. Barber Cárcamo, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 35-37. En sentido opuesto se manifiesta M. Gonzales Pérez de Castro que llega a afirmar: “La autora olvida que, aunque las madres no se opongan a ese precepto, su aplicación no puede dejarse de lado por mera voluntad de las personas, porque se trata de una norma imperativa y de orden público.” (M. Gonzales Pérez De Castro, *La verdad biológica...*, *op. cit.*, p. 351).

⁹²¹ J. López Guzmán y A. Aparisi, “Aproximación de la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, in: *Cuadernos de Bioética*, Vol 23, n. 78, 2012, pp. 258-60.

el caso de la maternidad sustitutiva se trata de un contrato nulo, por lo que en caso de conflicto de maternidad, bien sean positivos o negativos, no podría ser aplicable el criterio de la intencionalidad parental para resolverlos. Ciertamente la intencionalidad requeriría una concreción del deseo o la voluntad de maternidad en un consentimiento jurídicamente válido que en estos casos no se puede dar. La nulidad de los contratos y por tanto también del consentimiento prestado a los mismos vendría motivada por el mismo orden público español que considera necesario evitar el comercio con los procesos de gestación. Esta razón lleva al legislador a establecer otro criterio que por un lado mire por el bien superior del hijo y por otro por el orden público español que no considera válidos estos contratos. Tal criterio de determinación de la maternidad ha sido el del parto. En todo caso lo que resulta evidente es que no podría sancionarse al hijo con una determinación de una filiación contraria a la voluntad de las partes y de su interés por un contrato realizado por sus progenitores. Así se impone un estudio de la intervención del criterio del parto en los distintos supuestos que se pueden dar.

A) CUANDO LA MADRE GESTANTE APORTA EL MATERIAL GENÉTICO

En línea con lo anteriormente expresado, el caso de aplicación del criterio del parto del artículo 10.2 de la Ley de Reproducción humana asistida sería el que la madre gestante fuera la que aportara el material genético. No obstante en este caso parece lógico, atendiendo al interés superior del menor, que si convive con el cónyuge del padre y la mujer que lo trajo al mundo asintiese de acuerdo con el artículo 177.2.2^a, se permita su adopción por este cónyuge⁹²².

B) CUANDO LA MADRE GESTANTE NO APORTA EL MATERIAL GENÉTICO

En el caso de que la mujer de la que procede el material genético y la mujer que sufre el parto fueran diversas, para resolver la cuestión de la

⁹²² M^a. C. Quesada, "Algunas reflexiones sobre la maternidad...", op. cit., p. 4880.

atribución de la maternidad se aplicaría el criterio del parto en caso de que existiera un conflicto de maternidades; ¿Pero qué ocurriría si no fuera así? La duda respecto del criterio para la atribución de la maternidad se suscita en el caso de que no exista conflicto de maternidades. Esto supondría que la mujer que ha parido no quisiera afrontar la maternidad y en cambio la cónyuge del padre biológico sí tuviera una voluntad de asumir la maternidad. Convenimos con Quesada que lo que no podría buscar el ordenamiento jurídico es que el hijo se quedara en la situación de tener una maternidad atribuida que de antemano se sabe que no hay disposición de ejercer, y privado de una filiación materna que sí existe voluntad de asumir. En estos casos parece razonable que se permita a la mujer de la que procede el material genético ejercer una acción de impugnación de la maternidad acumulándose a la acción de reclamación de la propia maternidad de acuerdo con el artículo 134 del Código Civil.

En este sentido queda claro el criterio biológico – genético cuando la mujer del padre biológico aportó el material genético y no exista conflicto de maternidades. Pero ¿Qué ocurriría si el óvulo viniera de una tercera donante anónima? Nos referimos al caso de que no existiera conflicto de maternidades pues queda claro pues que el criterio en caso de conflicto sería el del parto, tal y como hemos estudiado en párrafos anteriores. En estos casos, la cónyuge del marido no se podría acoger al criterio biológico, pues no aporta el material genético. Además, entendemos que en estos casos tampoco podría atenerse al criterio del consentimiento o de la *intentio parental* la razón es la invalidez del contrato de maternidad sustitutiva y por tanto del consentimiento prestado al mismo⁹²³. La invalidez del contrato daría lugar pues a la invalidez del consentimiento y por tanto no se daría los requisitos para que existiera una intención de maternidad o paternidad relevante jurídicamente.

⁹²³ E. Roca, *Libertad y familia*, Valencia 2014, p. 152: “La cuestión de fondo se concreta, pues, en determinar cuáles pueden ser los efectos de la utilización de la técnica de la maternidad subrogada en España, a pesar de la prohibición radical contenida en el art. 10 LTRA. La nulidad sustancial del contrato debería llevar a aplicar las reglas de la filiación y, por tanto, considerar que el hijo tiene como padres a la mujer que ha dado a luz y a su marido, si está casada, de acuerdo con las reglas generales de la filiación, puesto que la prohibición implica la ineficacia del contrato de maternidad subrogada y la aplicación de las reglas que regulan la filiación”.

C) SUPUESTOS DE DOBLE PATERNIDAD

Según lo antedicho, el ordenamiento español no admitiría esta doble paternidad por gestación sustitutiva. El motivo no tendría nada que ver con la posibilidad de una doble paternidad, admitida plenamente en el caso de la filiación adoptiva. Además tampoco tendría sentido no admitirse la doble paternidad por naturaleza habiéndose admitido explícitamente la doble maternidad. La motivación real sería, pues el criterio del artículo 10.1, es decir la invalidez del contrato de gestación por sustitución. Ya hemos señalado que no cabría en este trabajo analizar en profundidad las normas de los ordenamientos extranjeros ni de Derecho internacional privado referentes a la posibilidad de reconocer estas resoluciones de registros extranjeros. Esto no sería de interés de cara a hacer el ejercicio de Derecho comparado con el Derecho canónico. El objeto que nos interesa son los criterios de atribución y determinación del ordenamiento español con el fin de compararlos con el Derecho canónico.

No obstante, la praxis del registro anterior⁹²⁴, y especialmente a propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre de 2010⁹²⁵ y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de

⁹²⁴ Con la Resolución de 18 de febrero de 2009 la DGRN inició la discusión jurídica al ordenar la inscripción de la filiación de los menores como constaba en la certificación registral extranjera aportada. Tal resolución fue revocada en sede judicial por Sentencia tras el recurso del ministerio fiscal ante el JPI de Valencia, de 15 de septiembre 2016. Así mismo la AP de Valencia que, por Sentencia de 23 noviembre 2011, confirmó la sentencia de instancia. Finalmente, la STS 635/2013, 6 de febrero de 2014 (Roj: STS 247/2014), ha zanjado la cuestión confirmando la decisión de los tribunales inferiores.

⁹²⁵ RDGRN de 5 de octubre de 2010, in: BOE (15317), n. 243, Jueves 7 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. : “El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España”.

2014⁹²⁶ se plantea una cuestión que sí sería relevante para este trabajo de investigación. Tal cuestión sería: ¿Acaso las resoluciones extranjeras se podían convertir en un nuevo título de atribución de la filiación? Realmente cabe plantearse una cuestión tan amplia a propósito de otra tan concreta como la que da título a este punto. Esto es debido a que supone un cuestionamiento del orden público como límite al reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia de filiación.

A esta cuestión la misma Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2014 establece el orden público español como límite para el reconocimiento de las resoluciones extranjeras en materia de filiación⁹²⁷. Tal limitación del orden público operaría tanto si el reconocimiento se efectúa mediante la técnica del exequátur, como directamente por el registro cuando se traten de procedimientos de jurisdicción voluntaria. Por tanto resultaría de aplicación como límite a la hora de reconocer filiaciones de españoles provenientes del extranjero. Esto supondría que si bien se reconocería las filiaciones extranjeras en nuestro ordenamiento, deberían de atenerse a los

⁹²⁶ STS 835/2013, 6 de febrero, (ROJ 247/2014), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [9-11-2016]: “5.- Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). ...También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución). Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución). Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión”.

⁹²⁷ STS 835/2013, 6 de febrero, (ROJ 247/2014), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [9-11-2016]

principios constitucionales⁹²⁸. También implicaría una sujeción a las restricciones establecidas por el ordenamiento jurídico para tutelar los derechos fundamentales y principios básicos⁹²⁹.

Entre estas restricciones mencionadas en el párrafo anterior estaría la nulidad del contrato de gestación sustitutiva que establece el artículo 10.1 de la Ley de Reproducción Humana Asistida⁹³⁰. Por ello, como hemos explicado, el consentimiento prestado al mismo sería nulo y no bastaría el deseo que no se sustancia en un acto jurídicamente válido en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia habría que decir que la atribución de la filiación en estos casos si se determinara la filiación en el Registro civil sería una atribución de la misma filiación basada en el reconocimiento del Derecho extranjero. Por tanto sería directamente el reconocimiento extranjero el que actuaría como título jurídico de atribución de la filiación. A este respecto, la Sentencia del 2014 al revocar la normativa de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de de 5 octubre de 2010 se posiciona claramente por el límite del orden público español para reconocer las resoluciones extranjeras en materia de filiación por maternidad subrogada⁹³¹. Esto supondría que no admite el

⁹²⁸ A. Hernández Rodríguez, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución...”, op. cit., p. 158: “El orden público internacional constituye el conjunto de principios jurídicos públicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinada. Muchos de estos principios se encuentran recogidos en la Constitución y en los instrumentos legales internacionales en vigor para España que recogen derechos humanos y derechos fundamentales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950”.

⁹²⁹ Ibidem.: “Puede suceder que cuando se trata de reconocer efectos en España a una decisión extranjera que resuelve o constata la existencia de una situación jurídica que afecta a unos concretos sujetos particulares, ésta pueda causar un daño grave a la cohesión y a la estructura jurídica de la sociedad española. En tal caso, el rechazo del reconocimiento es más que aconsejable. La preservación de la cohesión y la estructura jurídica de la sociedad española reviste un interés público que está por encima del beneficio que dicho reconocimiento pudiera reportar a los particulares”.

⁹³⁰ STS 835/2013, 6 de febrero, (ROJ: 247/2014), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [9-11-2016]: “consecuencia lógica de lo expuesto es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la ley de técnicas de reproducción humana asistida, integran el orden público internacional español”.

⁹³¹ STS 835/2013, 6 de febrero, (ROJ: 247/2014), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [9-11-2016]: “Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público

reconocimiento de la filiación del ordenamiento extranjero como título para la atribución de la filiación en sí mismo. Por este motivo, a diferencia de los supuestos de doble maternidad por naturaleza, rechaza la doble paternidad que requiere necesariamente el recurso a un contrato de maternidad subrogada⁹³². Considera, pues, la nulidad de ese contrato y del consentimiento al mismo como el medio establecido por el ordenamiento de nuestro país para procurar la protección de principios y derechos fundamentales que el legislador español entiende que se contravienen en la maternidad subrogada.

Diferente criterio sería el seguido por algún autor que entiende que el criterio de orden público en estos supuestos debería de ser atenuado a favor de un criterio de seguridad jurídica que exige la continuidad de las relaciones de filiación en los distintos ordenamientos jurídicos⁹³³. En este sentido se aduce incluso jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹³⁴ que pone

internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”.

⁹³² E. Farnós, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California” in: *Indret*, www.indret.com [9-11-2016], Barcelona 2010, 1, 15: “La equiparación con las parejas de dos mujeres para considerar discriminatorio que una pareja de dos hombres que recurre a la maternidad subrogada no pueda ver declarada su doble filiación paterna respeto del niño o niños que puedan nacer es, como mínimo, controvertida, ya que por razones biológicas las parejas de dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer que lleve a cabo la gestación. Al tener la diferencia una base biológica, en principio estaría justificado el trato desigual que comporta la prohibición del art. 10.1 LTRHA para las parejas de dos hombres. Pero es más, afirmar que la nulidad de los acuerdos de maternidad subrogada en España discrimina a las parejas de dos hombres implica asumir que al art. 10 LTRHA es inconstitucional, y no lo es”.

⁹³³ A. Hernández Rodríguez, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución...”, op. cit., p. 164-5; O. Godoy, “Impacto de la Jurisprudencia del TEDH en la legislación de los estados miembros en materia de subrogación uterina”, in: 31 *AEDE* 2016, p. 999-1000: “Tras la lectura de las Sentencias del TEDH no cabe concluir que las legislaciones que prohíben la subrogación uterina sean contrarias al CEDH, pero sí que el CEDH limita la aplicación de la excepción de orden público, por los Estados miembros, al reconocimiento de filiaciones establecidas legalmente por resolución judicial extranjera, incluso cuando éstas derivan de una gestación por encargo. Las reacciones a esta posición del TEDH han empezado a sucederse”.

⁹³⁴ A. Hernández Rodríguez, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución...”, op. cit., pp. 171-2: “Tanto en el Asunto *Mennesson* como en el Asunto *Labassee*, los padres de intención no tenían la posibilidad de obtener en Francia el reconocimiento de la filiación legalmente establecida...Asuntos *Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg* y *Negropontis-Giannisis c. Grèce*, se produce una injerencia por parte de la

el acento en esta continuidad de las relaciones de filiación en los distintos ordenamientos jurídicos como medio para la seguridad jurídica en las relaciones de parentela. Sin embargo no nos parece que esta jurisprudencia sea totalmente trasladable a estos supuestos. En consecuencia tampoco sería suficiente para anular el criterio jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2014 la Circular de la Dirección General del Registro y del Notariado cuando dice: “la conclusión anterior, favorable al mantenimiento de la vigencia y aplicabilidad de la Instrucción de este Centro Directivo de 5 de octubre de 2010, queda además reforzado por los recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la materia [sentencias 65192/11 (Menneson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia)]”

Además, el argumento que da la STS en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 nos parece bastante más sólido y razonable cuando afirma: “Ciertamente, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público "atenuado". Pero la intensidad de tal atenuación es menores cuantos mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que...La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la "huida" de los solicitantes del ordenamiento español”⁹³⁵.

autoridades estatales en el ejercicio del derecho garantizado por el art. 8 CEDH...extranjero en detrimento del interés del menor. En tal sentido, consideraban que se estaba vulnerando el derecho a su vida privada y familiar (art. 8 CEDH)”.

⁹³⁵ STS 835/2013, 6 de febrero, (ROJ: 247/2014), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [9-11-2016], n. 7. El mismo número de la sentencia añade: “que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal)”. Así mismo en el número 11 de la misma sentencia se establece una distancia entre los casos resueltos por el TEDH y el que ocupa puesto que “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner contra Luxemburgo, y de 4 de

Evidentemente nos referimos en todo caso al padre que solo aporta el consentimiento a la maternidad subrogada. El caso del padre que aporta el material biológico es diferente, pues se le aplicaría el criterio de atribución de la filiación por biología.

En definitiva, la problemática que genera el caso de la doble paternidad pone en evidencia la cuestión de si el ordenamiento español considera las resoluciones judiciales extranjeras como un título de atribución de la filiación. Ciertamente, cabría la determinación de la filiación cuando una resolución se considerase ajustada al orden público internacional español. Sin embargo, resulta claro que, de acuerdo con la resolución de la imperatividad del límite del orden público español, resulta imposible una atribución de la paternidad desde criterios no compatibles con el mismo orden público⁹³⁶. Siguiendo este criterio la doble paternidad hubiera sido posible por el criterio del consentimiento si no se hubiera declarado la nulidad de los contratos de gestación subrogada. En este caso los criterios de no mercantilización del proceso gestatorio y de respeto del bien del menor⁹³⁷ se vienen considerando como un límite del orden público español y por tanto prioritario al de la intención parental.

octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia). El presente recurso no tiene por objeto, porque la acción ejercitada no lo tenía y porque no se han alegado y probado los hechos que permitirían decidirlo, adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California”.

⁹³⁶ A. Quiñones, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, in: *InDret*, www.indret.com [9-11-2016], Barcelona 2009, p. 24-5: “ Si bien, el método del reconocimiento busca que las personas (menores afectados) no vean modificado su estado civil (identidad registral), válidamente adquirido, por el hecho de que pasen a residir a otro territorio. Al valorar el impacto del orden público internacional se tiene en cuenta la protección de los derechos e intereses subjetivos de los particulares (orden público de protección), pero sin menoscabo de los intereses públicos o de carácter general (orden público de dirección), que han de conjugarse”.

⁹³⁷ STS 835/2013, 6 de febrero (ROJ: 247/2014), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. [9-11-2016], n. 11: “considera que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo. La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual”.

En cuanto a la determinación de la filiación en el caso de la maternidad subrogada, una vez atribuida por la biología o por el criterio jurídico del parto se aplicarán los criterios ya estudiados del artículo 115 y 120 del Código Civil Español o el del artículo 235-3 del Codi Civil de Catalunya.

4.- Clonación, constitución de preembriones y derecho a la determinación de la filiación.

4.1.- Clonación Reproductiva

La clonación reproductiva está terminantemente prohibida en nuestro país de acuerdo con lo establecido en el artículo 162.2, Código Penal Español: “Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por la clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” esta misma prohibición de la clonación con fines reproductivos la encontramos en el artículo 1.3 de la Ley de Reproducción Humana Asistida. No podemos dejar de tener en cuenta que es la comunidad científica y sanitaria la primera implicada en el cumplimiento de este precepto. Además, debemos de atender que se trata de una norma que se hace eco de una normativa y sensibilidad internacional muy clara y preponderante actualmente. Por todos estos motivos parece bastante improbable que aparezcan casos de infracción de esta norma. De hecho, por más que hayan salido a la luz noticias relacionadas con el tema de la clonación, no existe actualmente noticias de que se haya practicado ningún caso de clonación reproductiva en España.

Respecto de esta figura de la clonación reproductiva solo hay que decir que en el caso del incumplimiento de esta norma penal nuestro ordenamiento no contiene normas específicas para la filiación. En estos casos no sería aplicable los esquemas de paternidad ni maternidad biológicas por lo que

tampoco sería aplicable las normas de determinación aplicables a la atribución biológica. Ya hemos estudiado que los padres del embrión que se clona no podrían considerarse padres biológicos del embrión clonado, pues no existe una cadena directa de transmisión genética entre ellos y el clon⁹³⁸. Tampoco podríamos aplicar las categorías de progenitor y progenie respecto del embrión clonado y el clon ya que se trata de categorías prejurídicas y no jurídicas. Respecto del proceso de clonación sustitutiva solo cabe recordar que, como hemos estudiado a la hora de tratar la determinación de la filiación, en el Derecho civil cabe la posibilidad de que una filiación no venga determinada respecto de ningún progenitor. En consecuencia no se podría hablar de un derecho de la persona de tener una determinación de la filiación en todo caso. Por esto mismo, no podría hablarse de un derecho del la persona que fuera fruto de la aplicación ilegal de la clonación a que se le determine una filiación por naturaleza. En estos casos debería de recurrirse a la adopción para dotar de padre y madre al hijo fruto de la clonación.

4.2 La constitución de preembriones y clonación no reproductiva

Nuestra legislación permite la clonación de preembriones no creados para la investigación. En este sentido la ley de técnicas de Reproducción asistida de 2006 en su artículo 1.2 donde define lo que es un “preembrión” como “el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde...”. Por otra parte el artículo 33 de la ley de Investigación Biomédica de 2007 que si bien en su apartado primero prohíbe “la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación” en su párrafo segundo permite “la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”. Esto quiere decir que

⁹³⁸ Vid. Cap. II, ap. 6.- 6. Clonación humana y filiación en el Derecho canónico.

permite la utilización de ovocitos y preembriones donados para la investigación biomédica, sin excluirse los creados mediante la técnica clonación.

Respecto de la diferente consideración que merece la clonación terapéutica respecto de la clonación reproductiva afirma Baccino: “El principio es el mismo, pero la diferencia fundamental radica en que en la clonación reproductiva el ‘embrión’ conseguido se transfiere a una hembra para esperar su implantación y el nacimiento de un individuo clónico, mientras que en la clonación terapéutica el objetivo es conseguir, a partir de una célula somática, un embrión en estadio de blastocisto, del que se toman las células de la masa celular interna, las que darían origen al embrión, para utilizar lo que se denomina células madre embrionarias para desarrollar líneas celulares diferentes, que luego se podrían utilizar en diversas terapias...”⁹³⁹.

Al margen de la admisibilidad o no de los diferentes supuestos de clonación no reproductiva, respecto de la clonación no reproductiva, no cabría plantearse la consideración de la paternidad y maternidad ya que según nuestro ordenamiento si no hay nacimiento no habría sujeto de derechos. En este sentido, no podríamos acogernos a la retroacción de derechos al momento de la concepción que prevé el artículo 29 del Código Civil dado que esta retroacción de derechos requeriría del nacimiento según las condiciones establecidas por el mismo Código. En este sentido el artículo 30 afirma que “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Esta condición del nacimiento no se daría en el caso de la clonación terapéutica no reproductiva⁹⁴⁰,

⁹³⁹ G. Baccino, *Reproducción Humana Asistida, Aspectos Jurídicos Sociales y psicológicos*, Valencia 2014, p. 220.

⁹⁴⁰ Esta imposibilidad de que los resultados de las técnicas de clonación no reproductiva sean considerados persona quedan sobradamente claros si atenemos a la necesidad del nacimiento para que sean considerados personas. Pero además hay que tener en cuenta la misma regulación de la L.I.B que en su art. 33 afirma: “1. Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación. 2. Se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”.

por lo que desde el punto de vista del ordenamiento civil no podemos aplicar las categorías de filiación, paternidad ni maternidad.

RELACIÓN CONCLUSIVA DE LA SEGUNDA PARTE

PRIMERA

Entre los principios constitucionales referidos a la filiación en el Derecho civil destacan dos contenidos del artículo 39.2 por su relación con la atribución y determinación de la filiación. Estos dos principios que la abordan directamente vienen íntimamente relacionados con todo un elenco de principios y derechos constitucionales. Nos referimos al principio de libre investigación de la paternidad y al de igualdad en razón del origen.

En cuanto a la libre investigación de la filiación, del estudio legal, jurisprudencial y doctrinal concluimos que se trata de un principio constitucional establecido en orden a procurar el interés superior del hijo, o en términos constitucionales “la protección integral de los hijos”. Así, el principio de libre investigación de la filiación queda vinculado a los conceptos de paternidad, maternidad y filiación, por un lado, y al interés superior del hijo por otro. En este sentido, el carácter instrumental de la libertad de investigar la filiación supone que el objetivo superior al que debe de ir dirigida la investigación y determinación de la filiación es el interés superior del hijo entendido desde un sentido amplio. Este interés superior del hijo no solo incluye los derechos identitarios, de libertad de conciencia y a la intimidad más allá de una función asistencial.

SEGUNDA

Según lo explicado anteriormente, no sería posible considerar la verdad biológica sobre la filiación como un principio constitucional explícito. Sin embargo sí forma parte esencial del mismo fin de la investigación de la filiación debido a la vinculación con los conceptos de hijo, padre y madre, así como el propio fin del interés superior del hijo. Efectivamente, el mismo interés superior del hijo presente del mismo párrafo constitucional no se puede entender solo desde un aspecto puramente asistencial en las necesidades materiales, ni tan siquiera en un sentido amplio incluyendo las educacionales. Este principio

viene relacionado también con derechos fundamentales del hijo. Nos referimos al derecho de libre formación de la personalidad del hijo del artículo 10.1 de la Constitución, el derecho a la intimidad del artículo 18.1 también de la Constitución, y el de libertad de conciencia consagrada en el artículo 16.1 del mismo texto constitucional.

Esta amplitud de la consideración del interés del hijo y la imposibilidad de limitarlo a una función asistencial material y educativa de los padres se pone en evidencia en la posibilidad de determinar la filiación del artículo 180.4 del Código Civil Español. No debemos de olvidar que según el mencionado artículo la determinación de la filiación por naturaleza del hijo adoptado no tiene consecuencias en el régimen de la patria potestad y derecho de alimentos como ya hemos estudiado. Por tanto, si nos atuviéramos a una visión del bien del menor puramente material y educativa no puede justificarse la determinación de la filiación por naturaleza respecto de los padres biológicos. Ciertamente, quienes tienen la obligación de satisfacer las necesidades materiales y educativas de este hijo es la familia adoptiva. En esta misma dirección habría que entender el último número del mismo artículo el 108.5 que prevé la obligación de las administraciones públicas para que el hijo pueda investigar o llegar a conocer el origen biológico.

En este sentido la coincidencia de la verdad biológica en la determinación de la filiación se ve como parte esencial del interés del hijo en el momento de la determinación de la filiación jurídica. Esta cuestión de la determinación de la filiación es distinta de la previsión del ejercicio de la potestad y la guardia y custodia del hijo, en este punto entran en juego otros aspectos en referencia al bien del menor. No obstante hay que dejar claro que el interés del hijo sobre el que se sostiene la determinación de la filiación no solo implica la verdad biológica sino que también implica otros principios que limitan la aplicación del de veracidad material o biológica. Nos referimos al principio de seguridad jurídica y otros relacionados con el mismo, como el de la estabilidad en las relaciones familiares, la seguridad en las relaciones familiares del hijo y su propio interés. Esto se ve claro en la atribución de la filiación por adopción y

también por consentimiento a las técnicas de reproducción asistida heteróloga, pero también se evidencia en la limitación para reclamar e impugnar la adopción en aras a la que se determine jurídicamente.

Así, la regulación del Código Civil Español en materia de reclamación (arts. 131 a 134 CC.) e impugnación (arts. 136 a 141 CC.) de la filiación establece unos límites temporales y de legitimación diferenciados para la filiación matrimonial y no matrimonial. Pero además también fija estos límites según el criterio de la posesión de estado. En el caso del Codi Civil de Catalunya en sus artículos 235-15 a 29, influido por su tradición jurídica, concede mucho más importancia al principio de veracidad material y al principio de libre investigación de la filiación. Desde este punto de vista se entiende la falta de restricciones de las acciones en relación a circunstancias como la posesión de estado, el principio de prueba, y también se explica la mayor amplitud de los plazos concedidos en el Codi que es de dos años en vez de uno. En este mismo sentido habría que citar la *exceptio plurium concuventium* como criterio para llamar a terceros a juicio

TERCERA

En la misma línea que la anterior conclusión, se han llegado a considerar inconstitucionales aquellas restricciones a la investigación de la paternidad que no vienen justificadas por la seguridad jurídica o que conculcan el derecho a la libre investigación de la paternidad. Este ha sido el caso de restricciones contenidas en los artículos 133 y 136 del Código Civil. En un sentido similar se ha ido pronunciando reiteradamente el TEDH, que si bien admite la posibilidad de limitar por parte de los Estados la libre investigación de la paternidad en aras a otros intereses legítimos, advierte que no se admitirán estas restricciones si descartan totalmente como criterio el de la verdad biológica. También a nivel de la práctica jurídica se observa una creciente preocupación por el fenómeno de los reconocimientos de complacencia, cada vez más rechazados por la doctrina y la jurisprudencia.

En este contexto la DGRN ha reiterado en diversas ocasiones la importancia fundamental del principio de veracidad biológica en la fundamentación de la filiación. A este respecto las de julio 441/2016, de 30 de junio y SSTS 494/2016 de 15, en pleno, ha matizado el criterio de la DGRN aclarando el principal: "...las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica (Arts. 10.1 y 39.2 CE) pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad (arts. 9.3 , 39.3 y 39.4 CE)... No impone, pues, nuestra Ley Fundamental que en la filiación por naturaleza la verdad biológica prevalezca siempre sobre la realidad jurídica" En este sentido en esta última sentencia no se considera nulo el reconocimiento de complacencia impugnado por la vía del artículo 141 del Código Civil. Sin embargo, se admite la posibilidad de impugnar la filiación para hacerla coincidir con la verdad material o biológica de acuerdo con los artículos 136 a 140 del Código Civil.

CUARTA

El derecho a conocer el origen biológico, en el Derecho civil, se presenta como un derecho distinto al de libre investigación de la paternidad. El fundamento de esta distinción lo encontramos en última instancia en la limitación del principio de veracidad biológica a la hora de investigar la paternidad por los principios relacionados con la seguridad jurídica en aras al mismo interés del hijo. Sin embargo, como hemos estudiado, el interés del hijo y su protección que debe de garantizar la ley no se limitan a una función asistencial física o educativa. Esto supone que, en los mismos casos en que el interés del hijo no ampara la reclamación o impugnación de la filiación, sí fundamenta su derecho a conocer su procedencia genética, es decir su propio origen.

No debemos de olvidar que el derecho a conocer el origen biológico no pretende un cambio del estatus jurídico familiar ni alterar la esfera de derechos y obligaciones propia de las relaciones familiares. En cambio en el caso de la libre investigación de la paternidad si se pretende tutelar unos derechos y

obligaciones derivadas de la relación familiar de filiación, especialmente los del menor. De esta manera el derecho a conocer el propio origen vendría fundamentado directamente en los principios de libre formación de la personalidad del hijo del artículo 10.1 de la Constitución, el derecho a la intimidad del artículo 18.1 también de la Constitución, el de integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución y el de libertad de conciencia consagrado en el artículo 16.1 del mismo texto constitucional. Por tanto no encontrarían su apoyatura en el precepto constitucional del artículo 39.2.

QUINTA

En este nivel de las conclusiones conviene destacar la fundamentación del derecho a conocer el propio origen en el derecho a la libertad de conciencia del artículo 16.1 de la Constitución. A este respecto debemos recordar que se trata de la consideración integral del derecho a la libertad ideológica a un nivel práctico, es decir a llevar a la vida una actitud que se considere coherente con los propios planteamientos ideológicos.

Este derecho fundamental a la libertad de conciencia en materia de filiación supone el derecho del hijo a considerar él mismo la importancia del conocimiento de su propio origen en su propia biografía. Con ello se relativizan los planteamientos basados en estudios psicológicos y estadísticos respecto de la relevancia del conocimiento del origen biológico en la formación de la personalidad en pro de la autonomía de la voluntad del hijo. Lo verdaderamente relevante es el derecho del hijo a que el ordenamiento jurídico le reconozca su criterio sobre el conocimiento de su propio origen en base a la libertad de conciencia del mismo.

Es necesario añadir que el principio de libertad de conciencia en aras al reconocimiento del derecho a conocer el propio origen no se plantea como un fundamento alternativo al de libre formación de la personalidad o el derecho a la intimidad entendida en un sentido positivo. Este principio sería inclusivo del derecho a forjar libremente la propia personalidad y de contar con los datos

necesarios que forman parte de la intimidad de la persona. Pero, además, hay que recordar que este derecho del artículo 16.1 de la Constitución, a diferencia de los otros basados en los preceptos constitucionales de los artículos 10.1 y 18.1 sí contaría con la posibilidad de acceder al recurso de amparo de acuerdo con el artículo 53.2 de la constitución.

SEXTA

Por lo que respecta al principio de igualdad, tras la reforma del Código Civil 1981 no sólo se han equiparado las consecuencias jurídicas de la filiación, sino que ha prescindido de las tradicionales categorías de legitimidad e ilegitimidad. Sin embargo se conserva la denominación de hijos matrimoniales y no matrimoniales y se reconocen diferentes medios para la determinación de la filiación en uno y otro caso. Tales diferencias vienen justificadas por la doctrina desde la necesidad de establecer distintos cauces para la determinación de la filiación. Si bien la doctrina civil ha hecho propuestas en favor de la desaparición de cualquier clasificación de la filiación. La excepción a esta total equiparación del artículo 125 del Código Civil Español respecto a la constancia registral de la paternidad del hijo habido entre hermanos, no es considerada discriminatoria y atendiendo a nuestro contexto cultural no parece que pueda considerarse así.

Por lo que respecta al Codi Civil de Catalunya ha dado un paso más y ha suprimido toda clasificación de la filiación prescindiendo de una clasificación formal entre filiación matrimonial y no matrimonial. No obstante subsiste la referencia al matrimonio en los medios de determinación de la filiación como más adelante veremos, pero esta referencia no es lo mismo que una clasificación formal como se realiza en el artículo 108 del Código Civil.

SÉPTIMA

Si al tratar el Derecho canónico hemos utilizado la categoría de atribución de la filiación como un elemento natural. En el ordenamiento Civil resulta necesaria la categoría jurídica de la determinación de la filiación diferenciada de la atribución de la misma. El Derecho del Estado requiere una aproximación y

aprehensión o constatación del hecho natural de la filiación, tal proceso sería la determinación jurídica. Esta se fundamenta desde los distintos principios y fines del ordenamientos civil que tiene una mayor necesidad de seguridad jurídica, la paz familiar y la estabilidad del hijo. Sin embargo, esto puede suponer una contradicción entre los progenitores biológicos y la paternidad, maternidad o filiación determinada, e incluso puede no existir ninguna paternidad o maternidad determinada. Al mismo tiempo, la distinción entre estas categorías dejan clara una relación entre filiación jurídica y biológica ya que evidencia como el Derecho civil evita la arbitrariedad y pretende salvaguardar, en primer lugar, el interés del hijo.

En función de la atribución de la filiación el Derecho civil la clasifica en filiación por naturaleza y adoptiva (Art. 108 CC. y 235-1 CCC.). En el caso de la filiación adoptiva el medio de atribución de la filiación es jurisdiccional, es decir mediante una resolución judicial. En el supuesto de la filiación por naturaleza la atribución de la filiación puede darse por la misma biología o por el derecho, mediante el consentimiento a reproducción asistida del cónyuge o pareja de hecho. En el caso del Codi Civil de Catalunya el artículo 235-3 establece explícitamente que la filiación por naturaleza también se da por la reproducción asistida de la mujer.

OCTAVA

Por lo que respecta a la determinación de la filiación en el ordenamiento civil, encontramos diferencias muy notables entre la regulación del Código Civil Español y el Codi Civil de Catalunya. El Código Civil Español incluye en la sección segunda y tercera del capítulo segundo que tratan de la determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial respectivamente dos categorías jurídicas. En primer lugar recoge en el artículo 115 y 120 los medios por los cuales se da constancia jurídica para el ordenamiento Civil, los llamados títulos de “legitimación” en la terminología acuñada por De Castro. Por otra los artículos 116 a 119 recogen los medios por los cuales el ordenamiento Civil realiza la aprehensión o considera probada la filiación biológica en orden a la constancia jurídica de la filiación, a la que nos hemos

referido. Estos últimos son los que De Castro consideró “títulos de determinación”. En nuestro estudio hemos seguido la nomenclatura y el orden del Código. El artículo 115 prevé la determinación de la filiación matrimonial “1.º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2.º Por sentencia firme”. En cuanto al artículo 120 prevé la determinación de la filiación fuera del matrimonio por reconocimiento, por resolución de expediente registral, por sentencia firme y solo respecto de la mujer “cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo”. Aunque se prevén medios distintos, vemos como al desarrollar la regulación de la determinación de la filiación la coincidencia de los medios es bastante notable.

Por otra parte, como se deduce de la jurisprudencia más reciente ya mencionada el reconocimiento sería el medio más proclive al principio de formalidad. No obstante siempre cabría hacer prevalecer la veracidad biológica por la vía judicial propia de la impugnación y reclamación de la filiación, pero no de la impugnación del reconocimiento. A este respecto no podemos olvidar como el artículo 118 prevé la posibilidad de que los padres separados, divorciados o cuyo matrimonio se ha declarado nulo de reconocer al hijo como matrimonial. Por lo que respecta. En cuanto a la presunción matrimonial de paternidad establecida por el artículo 116 la consideramos

NOVENA

En el Codi Civil de Catalunya se evidencia una mayor importancia del principio de veracidad material. Esto se comprueba fundamentalmente en la normativa respecto del reconocimiento y también a la hora de estudiar las presunciones de paternidad. Esta preocupación por el principio de veracidad material viene concretada en toda una serie de disposiciones que tienden a posibilitar el esclarecimiento y la relevancia de la realidad biológica en el sistema de determinación de la filiación. Un ejemplo de esto lo encontramos en las normas del reconocimiento; la edad para el mismo, la posibilidad de fijar la filiación paterna y materna sin efectos en caso de falta de consentimiento del hijo al reconocimiento; o la posibilidad de impugnarlo cuando esté hecho con

“fraude de ley” del artículo 235-27.4 del Codi. Otro ejemplo claro sería la consideración de una presunción de la paternidad respecto de la filiación no matrimonial del artículo 235.10 del Codi. Ciertamente, esta presunción no se considere propiamente un medio de determinación de la filiación. No obstante es una prueba que puede facilitar la determinación de la filiación conforme a la biológica, al menos en sede judicial, pero entendemos que también sería aplicable en expediente registral.

También entendemos que es posible concluir a partir de los terminología empleada en los artículos 235-3 y 235-9 del Codi Civil de Catalunya una mayor claridad de la distinción entre los criterios de atribución y determinación de la filiación. En estos artículos deja de referirse a la determinación de la filiación para distinguir entre la filiación que “resulta” y la que se “establece”. Si bien como ya hemos estudiado no se puede hacer una equiparación de la terminología vemos como estos términos resultan equivalentes a los de “atribución” y “determinación” de la filiación. Esta idea no vendría sostenida tan solo por el cambio terminológico sino por el contenido de la regulación de los mismos medios de determinación de la filiación donde la preocupación por el ajuste a la veracidad biológica es mayor. Esta nueva terminología vendría justamente a basarse en este criterio de veracidad biológica y en permitir diferenciar los supuestos en que la filiación ha de seguir criterios distintos al biológico como presupuestos de la misma. Además favorece una praxis más coherente con la protección integral del hijo. Es decir con una manera de entender el interés del hijo más allá de una asistencia material y jurídica y con una mayor consideración de sus derechos relativos a la identidad y a la libertad de conciencia.

DÉCIMA

La adopción es considerada una atribución jurisdiccional de la filiación producida por una resolución judicial que pone fin al proceso adoptivo. Por tanto, es cierto que son requisitos necesarios tanto un procedimiento administrativo previo como el consentimiento de adoptantes y adoptados mayores de 12 años, así como el asentimiento de los progenitores su audiencia a

los previstos en el artículo 177.3 del Código Civil y el 235-43 del Codi Civil de Catalunya. Sin embargo es la resolución del Juez la que da lugar a la filiación adoptiva (art. 176.1 CC. y art. 235-39 CCC.). De esta manera, esta atribución jurisdiccional de la filiación da lugar a una clase de filiación que es la adoptiva. Así, la primera diferencia que encontramos entre la filiación adoptiva y otras formas de atribución jurídica de la paternidad que no dan lugar a una clase de filiación diferente a la filiación por naturaleza es justamente que el título de atribución es una sentencia judicial. Por el contrario en los distintos casos de consentimiento a la reproducción asistida del cónyuge la atribución se produce por la *intentio parentalis* manifestada en un consentimiento de acuerdo a la ley.

Otra diferencia de la adopción como medio de atribución jurídica de la filiación respecto de los distintos consentimientos en los procesos de reproducción asistida heteróloga se refiere al momento en que se produce la atribución de la filiación. Mientras que estos consentimientos son previos al nacimiento del hijo, la resolución judicial que da lugar a la adopción siempre ha de ser posterior al mismo. Esto supone que en el caso de la adopción ya existe una historia biográfica común entre los padres por naturaleza y el hijo, por mínima que sea consiste en el asentimiento, audiencia o al menos una anuencia tácita que supone la inacción. Justamente es esta historia biográfica común la que justifica la posibilidad de una determinación de la filiación por naturaleza (art. 180.4 CC.).

Así mismo esto da lugar a una tercera característica de la filiación adoptiva que no se da en la atribución de la filiación por el consentimiento a la reproducción asistida heteróloga del cónyuge o pareja, nos referimos a la posibilidad de concurrencia de la filiación adoptiva con otra filiación por naturaleza. Estas tres características hacen que la atribución jurisdiccional de la filiación por adopción dé lugar a una clase de filiación distinta a la filiación por naturaleza, esta es la filiación adoptiva.

En cuanto a la fundamentación del derecho a conocer el origen biológico por parte del hijo adoptivo, nos debemos de remitir a la fundamentación

general que ya hemos estudiado respecto de los preceptos constitucionales de los artículos 10.1, 18 y 16.1, y especialmente a la exposición de este último que contiene el derecho a la libertad de conciencia. Este derecho actualmente está reconocido tanto por el Código Civil Español como por el Codi Civil de Catalunya (Art. 180.6 CC. y Art. 235-49 CCC.). Más controvertida ha resultado la disposición del Art. 235-50 del Codi Civil de Catalunya por la que se obliga a los padres a informar al hijo de su adopción antes de los 12 años ya que aparece como una injerencia en la intimidad familiar.

UNDÉCIMA

En los Artículos 8.1 y 2 y 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 se fija como criterio de atribución de la filiación el consentimiento del cónyuge al recurso de la técnica de reproducción asistida heteróloga. En el caso de los hijos habidos mediante técnicas de reproducción asistida homóloga se regulará como filiación por naturaleza en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 de la antedicha ley.

Respecto de la atribución jurídica de la filiación por el consentimiento a la reproducción asistida heteróloga hay que reconocer que da lugar a una filiación por naturaleza. A esta conclusión se llega en el Código Civil Español debido a que la clasificación que hace en el artículo 108 divide toda filiación en dos clases, por naturaleza y adoptiva. Así, no siendo adoptiva entra dentro de la clasificación jurídica como filiación por naturaleza. En cuanto al Codi Civil de Catalunya lo reconoce explícitamente en el artículo 235.3. Además, desde un punto de vista material se sustenta esta consideración como filiación por naturaleza en las mismas diferencias que hemos observado respecto de la atribución de la filiación por adopción. Ciertamente, estamos ante una atribución de la filiación previa al nacimiento, por tanto la historia vital del hijo desde su nacimiento no se vincula a otro progenitor biológico distinto al que se somete a las técnicas y al que consiente.

En el mismo sentido no se puede olvidar que el donante de gametos para las técnicas de reproducción asistida heteróloga, no solo resulta anónimo (Art.

5.5 LTRHA), sino que además el contrato supone la imposibilidad de determinarse la filiación y por tanto de evitar toda responsabilidad relativa a la misma. De esta manera también la estructura de esta atribución de la filiación, por más que sea jurídica y basada en el consentimiento, da lugar a una filiación por naturaleza respecto del que consiente el uso de estas técnicas y por tanto distinta a la adoptiva.

Respecto de la filiación paterna se debe de precisar que la atribución de la misma se da por el consentimiento del marido al uso de las técnicas de reproducción asistida heteróloga por la mujer (Art. 8.1 TRHA). Por lo tanto no sería por la presunción matrimonial de paternidad del artículo 116 del Código Civil ya que esta presunción sirve para demostrar la filiación biológica de cara a la paternidad. Además, se trata de una presunción *iuris tantum* por lo que admitiría prueba en contrario y en este caso el mismo contrato de reproducción asistida demostraría la no correspondencia con la realidad.

En el caso de que quienes acceden a la reproducción asistida heteróloga, no sean un matrimonio sino una pareja de hecho no será aplicable la disposición del artículo 8.1 la Ley de Reproducción Humana Asistida. Así, la determinación de la filiación se debería hacer por reconocimiento. Sin embargo, la atribución también se daría por el consentimiento del varón a estas técnicas por la consideración de tal consentimiento como “escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio” (art. 8.2 LTRHA).

En el caso de la doble maternidad, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida prevé que el consentimiento se debe prestar posteriormente a la concepción y para que “se determine a su favor la filiación” (Art. 7.3 LTRHA). Esto supone una diferencia de criterio con la filiación paterna que no entendemos justificada. Además supone la posibilidad de desconocer al menor después del consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a la cónyuge. En el caso de que se trate de una pareja de hecho de dos mujeres, encontramos una laguna legislativa que la jurisprudencia ha ido

supliendo ateniéndose a la posesión de estado. A este respecto entendemos que sería aplicable la posesión de estado como medio de prueba de tal filiación por el consentimiento.

DUODÉCIMA

Por lo que respecta al Codi Civil de Catalunya en materia de la filiación habida mediante técnicas de reproducción asistida contiene una legislación mucho más igualitaria y clara en las distintas situaciones familiares. Tanto el artículo 235-8.1 como el artículo 235-13.1 establecen el criterio del consentimiento para todos los casos de reproducción asistida consentida por el cónyuge o pareja, sea hombre o mujer este cónyuge o pareja. La cuestión en el caso de la regulación del Codi surge respecto de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida homóloga. En estos casos también resultaría aplicable, según la regulación el criterio del consentimiento. En todo caso, siguiendo a Rivero, entendemos que, aunque en este supuesto coincide el consentimiento y la filiación biológica, podría reclamarse la filiación fundándose en la verdad biológica en caso de que la fecundación se hubiera dado sin consentimiento del cónyuge.

DÉCIMOTERCERA

Respecto de la regulación de la maternidad sustitutiva hay que decir que si bien en España no está prohibida sí se consideran nulos e ineficaces los contratos de maternidad subrogada o sustitutiva (art. 10.1 LTRHA). El principal problema en esta materia lo encontramos respecto del criterio que se establece para determinar la maternidad en los casos en que se efectuara la maternidad sustitutiva a pesar de la nulidad del contrato. El artículo 10.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida fija este criterio en el parto. La razón de esta atribución por el parto es justamente la nulidad de los contratos y por tanto también del consentimiento prestado a los mismos. Entendemos que esta razón lleva al legislador a establecer un criterio jurídico de la determinación de la filiación como es el del parto ya que en estos casos no se dan los presupuestos del criterio paulino. No debemos de olvidar que el principio de Paulo *Mater Semper certa est etiam si vulgo conceperit* es una

presunción que evidenciaba la maternidad biológica y genética, sin que esta fuera dissociada. Por tanto la legislación civil establece el criterio del parto para determinar la maternidad con una doble finalidad, por un lado debe procurar el interés superior del hijo y por otro proteger el orden público español.

En esta tesitura que terminamos de exponer surge la cuestión de cómo se conjuga el criterio del parto en estos supuestos de maternidad sustitutiva con el fin del interés superior del hijo. En todo caso lo que resulta evidente es que no podría sancionarse al hijo con una determinación de una filiación contraria a la voluntad de las partes y de su interés por un contrato realizado por sus progenitores. Por este motivo compartimos el criterio de Quesada que el criterio del parto previsto por la ley tiene virtualidad ante los conflictos de maternidades, bien porque ambas mujeres deseen ser madres o bien porque ninguna de las dos lo desee.

En cuanto a los supuestos de la doble paternidad no sería posible en el ordenamiento civil español por la consideración de la nulidad de estos contratos. Sin embargo, la práctica de hecho a través del intento de anotar la filiación fijada en otros países donde sí es posible esta práctica pone en evidencia la cuestión de si el ordenamiento español considera las resoluciones judiciales extranjeras como un título de atribución de la filiación. Ciertamente, cabría la determinación de la filiación cuando una resolución se considerase ajustada al orden público internacional español. Sin embargo, resulta claro que, de acuerdo con la resolución de la imperatividad del límite del orden público español, resulta imposible una atribución de la paternidad desde criterios no compatibles con el mismo orden público. A este respecto nos parecen más convincentes los argumentos dados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2014 respecto de la opinión de algunos autores que se basan en la praxis registral anterior e interpretan algunas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este caso los criterios de no mercantilización del proceso gestatorio se considera un límite del orden público español y por tanto prioritario al de la intención parental. Ciertamente la doble paternidad hubiera

sido posible si el ordenamiento Español aceptase los contratos de gestación subrogada, pero la nulidad de los contratos no la hacen posible actualmente.

DÉCIMO CUARTA

En relación con la Clonación en este punto nos basta recordar que el artículo 162.2 del Código Penal Español atendiendo a la normativa internacional en la materia prohíbe la clonación con fines reproductivos. Por otra parte, la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 en su artículo 1.2 define lo que es un “preembrión” como “el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde...”. A este respecto, cabe recordar que el artículo 33 de la ley de Investigación Biomédica de 2007 si bien en su apartado primero prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos para experimentación, en su párrafo segundo permite “la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”. Esto supone la utilización de ovocitos y preembriones donados para la investigación biomédica, sin excluirse los creados mediante la técnica clonación.

PARTE TERCERA.- CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS DE AMBOS ORDENAMIENTOS

Capítulo VII.- ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE FILIACIÓN

1.- Verdad biológica.

Como ya hemos estudiado, el principio de veracidad biológica, no es un principio formulado explícitamente por el Código Civil. Se colige de toda la regulación que favorece la libre investigación de la paternidad⁹⁴¹. Así mismo, también ha sido reconocido por la jurisprudencia⁹⁴² que ha ampliado este derecho y que lo sitúa por encima de situaciones filiatorias jurídicamente establecidas que no se corresponden con la veracidad material. En definitiva, el principio de veracidad material se entiende como la concreción más general del principio superior del interés del hijo dentro de la filiación por naturaleza. Cuestión completamente distinta es la filiación por adopción cuya atribución se hace por sentencia judicial y resulta totalmente distinta de la biología.

⁹⁴¹ Vid. Cap. IV, ap. 1.3.- Análisis jurisprudencial.

⁹⁴² Ibidem.: STC 138/2005, 26 de mayo (BOE núm. 148 de 22 de junio de 2005); STC 116/1999, de 17 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 1999), f. 5; STC 156/2005, 9 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 2005); STC 273, 27 de octubre (BOE núm. 285 de 29 de noviembre de 2005); STC 116/1999 de 17 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 1999), p. 77; STS 30 de enero de 1993(Roj: 19177/1993);STS 2 de diciembre 1993 (Roj: 18556/1993); STS 525/1996, 20 de junio (Roj: 3768/1996); STS 708/1993, 10 de febrero (Roj: STS 857/1997); STS 1245/1998, 31 de diciembre (Roj: 8062/1998); STS 792/2000, 21 de septiembre (Roj: STS 6147/2000); STS 1239/2001, 31 de diciembre (Roj: 10446/2001); STS 664/2002, 26 de junio (Roj: 4721/2002); STS 631/2003 26 de junio (Roj: 4471/2003); STS 793/2004, 14 de julio (Roj 5174/2004); STS 73/2012, 20 de febrero (Roj: 1182/2012); STS 209/2012, 12 de abril (Roj: STS 2571/2012); STS 11de abril de 2012 (Roj: 2571/2012) .

En el caso del Derecho canónico existe una total identificación entre el principio de verdad biológica en la atribución de la filiación y el del bien del hijo⁹⁴³.

1.1.- El principio de veracidad biológica y sus límites en la filiación por naturaleza.

No obstante, el principio de veracidad biológica o veracidad material dentro del ordenamiento civil no es el único criterio para la atribución de la filiación por naturaleza. Así, el criterio de verdad material cede en alguna ocasión específica y determinada por el Código ante el criterio del consentimiento jurídico. Este criterio de consentimiento jurídico tendría primacía en estos casos en base al mismo criterio del interés superior del hijo que ha fundamentado el criterio de veracidad material en otros supuestos. Por el contrario en el Derecho canónico existe una identificación entre filiación por naturaleza y verdad biológica, que también se sustenta en el Derecho civil; aunque no sin excepciones como en el caso del Derecho canónico. Así, en este estudio comparativo tenemos que referir cómo la filiación por naturaleza en el Derecho civil puede ser atribuida por la biología o por el Derecho, este último en forma de consentimiento jurídico. Este es el caso de atribución por manifestación de la voluntad sería el del consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida heteróloga al cónyuge o pareja⁹⁴⁴. Tal consentimiento jurídico consistiría en una manifestación intencional de la voluntad en la forma jurídicamente establecida de forma previa a la concepción del hijo.

Según lo antedicho, en los supuestos de consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida heteróloga al cónyuge o pareja, existe una falta identificación entre la veracidad biológica y la filiación natural. Esta

⁹⁴³ Vid. Cap II, ap. 1.1, pto. D) la paternidad, maternidad y filiación como medios de realización personal, social y eclesial .

⁹⁴⁴ Vid. Cap. VI, ap. 2.3 Atribución y determinación de la filiación del cónyuge o pareja de la mujer sometida a técnicas de reproducción asistida Heteróloga.

falta de identificación sería posible debido a que el Derecho civil regula un contrato previo al uso de estas técnicas donde uno de los progenitores biológicos sea un donante anónimo⁹⁴⁵. Además tal donante anónimo renuncia en ese contrato previo a la concepción a su paternidad o maternidad. Así, a la hora de atribuirse y determinarse la filiación, resulta evidente que, atendiendo a tal contrato, el bien del menor se identifica con el criterio del consentimiento por parte del cónyuge y no con la verdad biológica del donante anónimo. A este respecto no podemos olvidar que este contrato se realiza previamente a la concepción o al nacimiento del hijo. Por este motivo, será atribuida esta paternidad y maternidad por consentimiento anteriormente al inicio de la historia vital del hijo. Así mismo, hay que resaltar que esta paternidad y maternidad será única, no concurriendo nunca con la del donante, a diferencia de lo que ocurre en la adopción respecto de los padres biológicos. Además, en este mismo contrato que posibilita la concepción del hijo el donante anónimo ha manifestado su voluntad de no ser padre o madre ni asumir ninguno de los derechos u obligaciones relativos a la misma.

A diferencia del Derecho civil, este contrato para la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida no está admitido en el Derecho canónico. Además el uso de estas técnicas, y por tanto los referidos contratos, es algo reprobado moralmente por la doctrina de la Iglesia. El motivo de esta reprobación es justamente porque se considera un derecho del hijo el nacimiento de un padre y madre biológicos⁹⁴⁶, entre otros motivos.

Además, el ordenamiento canónico, atendiendo a la dimensión natural de la filiación y a los aspectos espirituales y sobrenaturales que considera intrínsecamente unidos a la misma, no contiene un sistema de determinación jurídica de filiación. Por tanto, da un paso más en la preeminencia de la verdad

⁹⁴⁵ Art. 5.5 LTRHA sobre los donantes y contratos de donación; arts.7 y 8 LTRHA sobre la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida

⁹⁴⁶ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Instrucción Dignitas Personae", n. 83, in: AAS 100 (2008) 858-87: "el término y el fruto de un acto conyugal, en el cual los esposos se hacen 'Cooperadores con Dios para donar la vida a una nueva persona'..."

material en cuestión de filiación respecto de otras cuestiones relativas al estado de las personas. Así, el Sistema canónico, en base a los principios de pastoralidad y supremacía de la verdad material respecto de la formal, prescinde de la institución jurídica de “Cosa Juzgada”⁹⁴⁷ para todas las casusas que se refieren al estado de las personas. Pero en el caso de las causas relativas al ejercicio del derecho a la libre investigación de la paternidad, además de esta prerrogativa procesal, se prescinde de un sistema de determinación jurídica de la filiación. Por ello, podemos afirmar que la filiación biológica no solo coincide con la filiación por naturaleza en el Derecho canónico, sino que es la misma.

Estas diferencias sistemáticas entre el Derecho civil y el canónico requieren un estudio específico del encaje de ambos ordenamientos en esta materia tanto desde el punto de vista doctrinal como en la práctica. En este sentido, hay que tener en cuenta que el ámbito de la filiación reconocida por el Derecho canónico es más restringido que el del Derecho civil. La diferencia, básicamente, es el caso de los donantes por el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida del cónyuge o pareja. Así, los aspectos del encaje de estos ordenamientos relativos a la práctica jurídica los vamos a tratar cuando realicemos el estudio comparativo de la determinación y atribución de la filiación. También dejamos lo relativo al orden público para el estudio del principio de seguridad jurídica. Ahora nos centramos en el al encaje doctrinal en relación al principio de veracidad material. A este respecto no podemos obviar que el criterio biológico, que es el único que reconoce el Derecho canónico, es también el criterio fundamental de atribución de la filiación por naturaleza en el Derecho civil.

Por otra parte, hay que reconocer que el criterio civil del consentimiento otorgado en contra previo sobre las técnicas de reproducción asistida cuando interviene donante no es aceptado por el ordenamiento canónico. No obstante, no podemos olvidar que esto no significa una diferencia en materia de orden público. El motivo de esta afirmación es que el ordenamiento canónico cuenta con instituciones que garantizan la seguridad jurídica y adaptación al orden

⁹⁴⁷ S. Bueno, *Tratado General de Derecho Canónico*, Barcelona 2012, p. 195.

civil para asegurar la identidad de consecuencias de patria potestad y demás consecuencias filiatorias. Al mencionar estas instituciones, nos referimos fundamentalmente a la figura de “quienes hacen las veces de padres” que estudiaremos al tratar de la seguridad jurídica. Lo que sí hay que recordar, es que tales supuestos de filiatorios de consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida heteróloga del cónyuge o pareja se dan en el Derecho civil como respuesta jurídica a una situación concreta que es exclusiva del tráfico jurídico civil. La invalidez de tal contrato en el Derecho canónico hace imposible la aplicación de tal criterio de atribución por el consentimiento en el Derecho canónico. En definitiva este contrato se trata de un presupuesto jurídico que no se da, ni se puede dar en el Derecho canónico.

De lo antedicho se concluye que en el Derecho civil y en el canónico existe una identidad de criterio de atribución de la filiación cuando se da una identidad del supuesto filiatorio. Con ello queremos decir que el hecho prejurídico que es el presupuesto de la filiación por naturaleza es la misma filiación biológica tanto en el Derecho civil como en el Derecho canónico. De esta manera, la filiación biológica resulta el título de atribución de la filiación, tanto en el Derecho civil como en el canónico. La única excepción en el ordenamiento civil es la del contrato de reproducción asistida heteróloga, cuyo título de atribución es el consentimiento. Pero, como hemos estudiado, este supuesto jurídico filiatorio es exclusivo del Derecho civil, y no se da en el Derecho canónico por la invalidez de este contrato.

Según hemos visto también, a diferencia de la atribución, que es el hecho prejurídico y presupuesto de la filiación, la determinación en el Derecho civil supone el reconocimiento de tal filiación por el mismo⁹⁴⁸. Esta figura jurídica de la determinación es parte fundamental para que se constituya la relación jurídica filiatoria en el Derecho civil, no así en el canónico. Por este motivo, la determinación es exclusiva del Derecho civil y se relaciona con los principios de seguridad jurídica y el de libre investigación de la paternidad y maternidad.

⁹⁴⁸ Vid. Cap. V, ap. 1.- Distinción entre atribución, determinación y acreditación de la filiación en el Derecho estatal; así mismo nos remitimos a las citas que constan en el mismo.

Así, los límites a nivel registral y procesal para reconocer la filiación por parte del ordenamiento civil pueden producir también un desajuste entre la filiación que se determina en el estado y la verdad biológica de la filiación. Estos límites subsisten en el Derecho civil a pesar de que las reformas en la legislación y la jurisprudencia han ido procurando minimizar los impedimentos para ajustar la filiación jurídica y la biológica⁹⁴⁹.

Sin embargo, los límites de la determinación de la filiación no suponen una variación al título de atribución de la misma. Con ello queremos decir que el presupuesto básico para que la filiación pueda ser determinada seguirá siendo la verdad biológica; excepto en el mencionado caso del consentimiento a las técnicas de reproducción asistida del cónyuge o pareja. Así, los límites establecidos por la ley para la determinación de la filiación se fundamentan desde los principios relacionados con la seguridad jurídica. Estos límites conciernen fundamentalmente al principio de libre investigación de la paternidad, pero no cuestionan la verdad biológica como presupuesto de la filiación. Así pues, trataremos las diferencias que suponen estos límites a la determinación de la filiación civil respecto del Derecho canónico al hacer el estudio comparativo del principio de libre investigación de la paternidad.

1.2.- Relación entre el criterio de verdad biológica y bien del menor

Respecto del principio de veracidad biológica, a la hora de atribuir y determinar la filiación hay que recordar que viene puesto siempre en relación con el principio del interés superior del hijo. Esta relación entre verdad biológica e interés del hijo se da tanto en el ordenamiento civil como en el canónico. Ambos ordenamientos no contemplan la verdad biológica como un valor absoluto en sí mismo; sino como un medio de concretar y procurar el bien del hijo a la hora de atribuir y determinar la paternidad, maternidad y filiación. En el ordenamiento canónico, esto queda claro porque la doctrina de la Iglesia

⁹⁴⁹ Ibidem.

argumenta ante otros criterios de atribución de la filiación el derecho de los hijos de nacer en el seno de una familia compuesta por los padres biológicos⁹⁵⁰.

En el caso del Derecho civil español, no podemos olvidar, como el mismo artículo 39.2 contempla la protección integral del hijo dentro del mismo precepto. En todo caso, a la hora de estudiar esta relación en el derecho Civil, Quesada⁹⁵¹ señala cómo, a diferencia de otros ordenamientos, el juicio respecto del interés del menor no correspondería en el momento de determinación de la paternidad. En este momento tal interés se identifica con los criterios y presupuestos legales para la filiación. La única excepción a la identificación entre verdad biológica e interés del hijo en la determinación de la filiación por naturaleza es el caso de la atribución jurídica de la filiación por el consentimiento a la inseminación artificial heteróloga del cónyuge o pareja, como hemos visto en el punto anterior.

En referencia al Codi Civil de Catalunya, siguiendo la tradición jurídica Catalana, y la propia del derecho Canónico y Romano, el principio de veracidad biológica tiene una menor limitación a la hora de determinar la paternidad que en el caso del Código Civil español. Estos límites de ambos ordenamientos se refieren a la determinación de la afiliación y no a la atribución de la misma, en consecuencia guardan más relación con el principio de libre investigación de la paternidad, por lo que haremos el estudio comparado al tratar este principio. Respecto del límite propio del criterio consensual en la filiación resultante de

⁹⁵⁰ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Instrucción Dignitas Personae", n. 83, in: AAS 100 (2008) 858-87.

⁹⁵¹ Quesada comparando la relación entre *favor filii* y la verdad biológica en el ordenamiento civil español e italiano afirma: "La Corte costituzionale en la mencionada sentencia de 20 de julio de 1990 manifestó que, para que la imposición de la paternidad o de la maternidad se entienda hecha en interés del hijo, no debe perjudicar el equilibrio psicoafectivo...La postura adoptada por la Corte Costituzionale en la sentencia de 20 de julio de 1990, en principio elogiable por sus fines, ha provocado, sin embargo, un fenómeno indeseado, una instrumentalización del menor por parte del demandado, presunto padre, que paradójicamente utiliza su mala conducta egoísta, reprochable, que suele enfatizar, como argumento para que no le sea atribuida la paternidad (¡en interés del hijo!)...Volviendo a nuestro país, en el Código civil español, por el principio del *favor filii* se procura que siempre que sea posible, la filiación social, puesta de manifiesto por la posesión de estado, coincida con la biológica, por considerar que es más beneficioso para el hijo" (M^a. C. Quesada, *la determinación judicial de la filiación*, Barcelona, pp. 101-2).

las técnicas de reproducción asistida, el Codi, a primera vista, extiende este principio de consentimiento jurídico para atribuir la filiación en los casos de las técnicas de reproducción asistida homóloga. No obstante, este criterio de atribución vendría relativizado por la posibilidad del recurso a la determinación judicial en base a la naturaleza en todo caso⁹⁵². Así, la única excepción en el Codi Civil de Catalunya al criterio de veracidad material, que no fuera subsanable, sería la misma que se presenta como única excepción también en el Código Civil español. Nos referimos al consentimiento a la estudiada inseminación artificial del cónyuge o pareja que supondría un título jurídico de la filiación por naturaleza.

Según lo antedicho, podemos decir que en ambos ordenamientos civil y canónico el criterio de veracidad biológica se identifica con el bien del menor a la hora de atribuir la filiación por naturaleza, con la única excepción que acabamos de señalar. Cuestión diversa son las cuestiones relativas a la patria potestad, tutela o la adopción, así como a los distintos efectos de la filiación, incluida la constancia en el registro. En tales casos sí puede existir un posicionamiento directo respecto del interés del hijo como algo distinto a la filiación biológica⁹⁵³.

Por último señalar que las diferencias entre maternidad biológica y maternidad genética surgidas con motivo de la maternidad subrogada las abordaremos al hacer el estudio comparativo de este punto. En definitiva tal diferencia no resulta posible en ningún otro caso de filiación.

⁹⁵² Vid. Cap. VI, ap. 2.4.- Atribución y determinación de la filiación por consentimiento a las técnicas de reproducción asistida en el Codi Civil de Catalunya.

⁹⁵³ A este respecto manifiesta Quesada: "No obstante, hay que discernir que una cosa es la declaración de la filiación cuya determinación judicial debe depender única y exclusivamente del criterio objetivo de la veracidad biológica, y otra la posible repercusión del resultado del pleito (en el que se decide acerca de la filiación) sobre el equilibrio psíquico y emocional del menor o sobre su situación económica, que puede y debe tomarse en consideración en otro ámbito, eso es, al determinar los efectos derivados de la filiación" (M^a. C. Quesada, *la determinación judicial...*, op. cit., P. 102). Entendemos también que este bien del menor resulta fundamental y fundante en el caso del proceso de adopción, o de la falta de la falta de determinación o de constancia de la filiación de hijos incestuosos, que abordaremos cuando hagamos el estudio comparativo de la adopción, el principio de libre investigación de la paternidad y la determinación de la filiación.

2.- Seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica sigue siendo un principio fundamental que se hace presente en el Derecho de filiación y que se ha de cohonestar con el de verdad biológica en todos los ordenamientos jurídicos. Así está presente de forma muy importante en el Derecho civil y en el canónico. Sin embargo el papel que juega este principio en ambos ordenamientos es bastante distinto, y la filiación no es una excepción en la materia. Lo que sí es cierto es que tal principio adquiere unas especificidades muy marcadas en materia de filiación tanto en el ordenamiento civil como en el canónico.

2.1.- Distinta relevancia del principio de seguridad jurídica en los ordenamientos civil y canónico

Lo primero que tenemos que señalar es que la distinta naturaleza y fines de ambos ordenamientos determinan una importancia y papel diferentes de la seguridad jurídica. Mientras el ordenamiento civil tiene origen en el pacto político, el Derecho canónico responde a una base teológica y moral. Por tanto, el Derecho civil persigue un marco jurídico en el cual cada persona pueda desarrollar libremente su personalidad y orientar su vida desde la libertad de conciencia⁹⁵⁴. Por su parte, el ordenamiento canónico, partiendo del ejercicio previo de esta libertad de conciencia, presupone una determinada concepción de la existencia; es decir del hombre, del mundo y de Dios⁹⁵⁵. Desde tal

⁹⁵⁴ S. Bueno, Tratado General..., op. cit., p. 193: "En realidad, todo ordenamiento jurídico carecería de sentido si no se dirigiera a ofrecer los medios dentro de la sociedad para que los individuos, personal y colectivamente, puedan crecer y desarrollarse en esencial igualdad de dignidad y libertad, con el objeto de acercar las metas de realización personal y de promoción humana".

⁹⁵⁵ Así la noción de justicia a la que se refiere el derecho canónico va más allá de la justicia distributiva e incluso a una definición de justicia desde la política o la filosofía. El concepto de justicia a que procura el derecho canónico incluye este concepto filosófico y político como

concepción, el ordenamiento canónico pretende crear unas condiciones comunitarias para que la persona, ejerciendo su libertad de conciencia, pueda desarrollarse y realizarse como creyente y fiel cristiana dentro de la Iglesia⁹⁵⁶.

De lo que hemos enunciado previamente se desprende que al ordenamiento civil le compete garantizar los límites mínimos de la convivencia y el orden público con independencia de la opción religiosa o vital. De diferente manera, el ordenamiento canónico tiende a procurar la llamada *salus animarum*; es decir procurar la realización personal y comunitaria dentro de la concepción cristiana de la existencia⁹⁵⁷. Esto supone que la importancia de la seguridad

sistema confesional parte también de un concepto teológico: “Puesto que en la Iglesia el Reino de Cristo está ya presente misteriosamente, el orden de justicia realizada en ella constituye un verdadero derecho, establecido por la voluntad de Dios, revelado por Cristo y actuado históricamente por la acción del Espíritu Santo. Un derecho que pertenece a la historia, en cuanto que vive y evoluciona en la dimensión histórica, y por tanto sus instituciones tienen que comprenderse dentro de los límites históricos. Pero al mismo tiempo está ordenado al establecimiento de aquel orden de justicia definitiva, de aquel derecho que se tendrá cuando, al final de los tiempos, se revele y se establezca en plenitud el Reino de Dios (cf. LG 5), un derecho que por su propia naturaleza no tiene en sí mismo ni fundamentos, ni principios, ni fin independientes de Dios y que cumple el oficio de ser testigo de Dios entre los hombres, conociendo y defendiendo los derechos del débil y del pobre (cf. Le 4,18-21; Dt 15,7-11; Miq 6; Jer 22,15; Am 5,7; Is 61,1).” (J. M^a. Diaz Moreno – J. San José, “Los fieles cristianos y los laicos”, in: *Derecho Canónico I El Pueblo de Dios*, M. Cortés – J. S. José, Madrid 2006, p. 72).

⁹⁵⁶ A este respecto manifiesta Bueno: “la cuestión sobre la finalidad del ordenamiento canónico, relacionada directamente con la finalidad de la Iglesia, fue suscitada por Fedele a partir de 1941, cuando este autor afirmó que ambas finalidades coinciden plenamente en la *Salus animarum*. En efecto, para aquel original canonista, la finalidad salvífica del Derecho Canónico constituye una peculiaridad esencial del mismo, que opera desde dentro, que es ineludible, y que lo informa totalmente, de forma que tanto la Iglesia como su ordenamiento están dirigidos a la salvación individual y colectiva....La doctrina del Concilio vaticano II bloqueó cualquier intento de separación entre Derecho Canónico y finalidad de la Iglesia, pues insistió en la unidad de medios que debe presidir toda acción eclesial (Cf. Constitución Lumen Gentium nn. 1-5 & 14): En definitiva, se descarta en absoluto que en la Iglesia el fin pueda justificar los medios El punto final de la diatriba se encuentra en el vigente canon 1752 del CIC 83...Con todo, es buena cosa no magnificar excesivamente la función social de ningún ordenamiento jurídico: tampoco es oportuno exagerar la función del propio Derecho canónico en la sociedad eclesial, sino recordar el carácter instrumental del Derecho” (S. Bueno, Tratado General...op. cit, p. 191-4).

⁹⁵⁷ J. M^a. Diaz Moreno, “sub c. 1752”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2011, p. 984: “Al cerrarse el Código con esta triple mención de la justicia, equidad y salvación de las almas, el legislador está indicando que esos tres criterios deberán estar siempre muy presentes en la

jurídica es mucho mayor en el Derecho civil, que pretende el orden público, que en el Derecho canónico cuya finalidad va más allá del mismo y tiene un carácter confesional⁹⁵⁸. Así, mientras que en el caso del Derecho civil la seguridad jurídica es un pilar fundamental para procurar este orden público; en el del derecho canónico la seguridad jurídica se ha de acomodar y supeditar a la finalidad espiritual del mismo.

2.2.- La relevancia del principio de seguridad jurídica en el derecho de filiación de ambos ordenamientos

En el mismo sentido que hemos referido al iniciar este punto, la seguridad jurídica se invoca como un límite al ajuste de la determinación de la filiación jurídica a la verdad biológica. Pero como señala Ferrer Riba⁹⁵⁹ esta resulta insuficiente si no se basa o concreta en otros bienes jurídicos a proteger, como es la paz y estabilidad familiar o el interés del menor. En definitiva, como ya hemos visto al tratar los principios del ordenamiento civil en materia de determinación de la filiación, este principio de seguridad jurídica hay que ponerlo en relación con el del interés del menor.

aplicación de todas y cada una de las disposiciones canónicas". A este respecto Bueno, al explicar el fin de la *salus animarum* citando a Fedele afirma: "La cuestión sobre la finalidad del ordenamiento canónico, relacionada directamente con la finalidad de la Iglesia, fue suscitada por Fedele a partir de 1941, cuando este autor afirmó que ambas finalidades coinciden plenamente en la *salus animarum*. En efecto, para aquel original canonista, la finalidad salvífica del Derecho canónico constituye una peculiaridad esencial del mismo, que opera desde dentro, que es ineludible, y que lo informa totalmente, de forma que tanto la Iglesia como su ordenamiento están dirigidos a la salvación espiritual individual y colectiva" (S. Bueno, *Tratado General...*, op. cit., p. 193).

⁹⁵⁸ S. Bueno, *Tratado General...*, op. cit., p. 195: "*Supremacía de la justicia sobre la seguridad jurídica*, según lo que antes mencionábamos..."

⁹⁵⁹ Vid. Cap. IV, ap. 1.1, pto. C) Principio de libre investigación de la paternidad y sus límites; en la misma se recoge la cita: J. Ferrer Riba, "Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad", in: *RJC*, n.3, 2006, p. 752.

Ciertamente, atendiendo a la misma finalidad del ordenamiento civil, sería muy difícil encontrar un interés en el tráfico jurídico que pudiese anteponerse en detrimento del interés del menor. Esta afirmación la podemos hacer atendiendo también al derecho internacional suscrito por España⁹⁶⁰; este nos evidencia el orden axiológico que hay detrás de nuestro ordenamiento en relación al interés del hijo. No obstante hay que tener en cuenta la relación fundamental entre interés del hijo, la paz familiar y la seguridad en las relaciones familiares. Este trinomio hace que el principio de seguridad jurídica sea de gran importancia en el Derecho de filiación, después del de veracidad biológica, y haya que conjugarlos en mor del interés superior del hijo. De esta manera el principio de seguridad jurídica es un límite al principio de veracidad biológica⁹⁶¹ de forma directa o indirecta. Este principio explica de seguridad jurídica, pues, la necesidad de un sistema jurídico de determinación de la filiación y los límites en el mismo, al igual que en la investigación de tal filiación. Tales límites vienen dados en el orden procesal y sustantivo⁹⁶².

El caso del Derecho canónico, como hemos analizado⁹⁶³, otorga medios de prueba y efectos jurídicos a la filiación, pero no admite una filiación por naturaleza distinta a la biológica. En este sentido hay que aclarar que es justamente en estos medios probatorios y en los procedimientos en los que se concrete la investigación de la paternidad donde se centra el principio de

⁹⁶⁰ Exp. Mot. 1 L.P.M.: "Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también e diversos Tratados internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo...Esta necesidad ha sido compartida por otras instancias internacionales como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta de los Derechos del Niño"; Vid. Cap. IV, ap. 1.4.- Derecho a la libre investigación de la paternidad en el Derecho internacional suscrito por España.

⁹⁶¹ Vid. cap. IV, ap. 1.Derecho a la libre investigación de la paternidad 1.3 desarrollo jurisprudencial, pto. D) conclusiones respecto al estudio de la jurisprudencia.

⁹⁶² Vid cap. IV, ap. 1.Derecho a la libre investigación de la paternidad, 1.2 Desarrollo legislativo y cauces jurídicos para la investigación de la paternidad y maternidad

⁹⁶³ Cap. II, ap. 2.1 Ausencia de definición en la legislación y conceptos utilizados por la doctrina; así mismo nos remitimos a las citas que constan en el mismo.

seguridad jurídica. Así, desde la menor relevancia del principio de seguridad jurídica en el ordenamiento canónico debida a la propia naturaleza y fines se explica una incidencia de este principio menor que en el Derecho civil de filiación. Esto se pone de manifiesto en la no existencia de un sistema de determinación jurídica, como sí existe en el Derecho civil. Otra concreción clara de esta menor incidencia del principio de seguridad jurídica sería el carácter meramente probatorio de la anotación del libro de bautismos en el Derecho canónico. Frente a este carácter meramente probatorio en el Derecho canónico, en el derecho civil español se le concede a la anotación en el Registro Civil un carácter determinativo y de título de "legitimación", -según los términos de De Catro-. Además, no podemos olvidar que en el Derecho canónico la inscripción de bautismo solo tiene un carácter probatorio indirecto y por tanto no hace prueba plena. De esta manera, en el Derecho canónico, el carácter probatorio y demostrativo de la filiación sería mayor en el caso de la misma presunción matrimonial de paternidad que la anotación del registro de bautismos. Además, esta presunción matrimonial de paternidad podría ser aplicada directamente en los procesos o procedimientos administrativos de filiación sin necesidad de que la misma hubiera sido determinada.

Esta diferencia en la seguridad jurídica entre ambos ordenamientos es justamente la que ha permitido al Derecho canónico centrarse más en el principio de verdad material. En este sentido, el principio de seguridad jurídica en materia de filiación ha de entenderse atenuado por la primacía de la verdad material y el fin de la *salus animarum* del Derecho canónico. Pero, además, también se ha de entender la seguridad jurídica adaptada a la consideración de la filiación en orden a la propia naturaleza y fin del mismo ordenamiento canónico. Esto supone que en Derecho canónico se han de procurar cauces jurídicos para que la verdad material llegue a poderse investigar, demostrar y hacer constar en las distintas situaciones que hacen referencia a la filiación. En este sentido cabe concluir que la limitación de que los procesos en materia de filiación en el Derecho canónico no lleguen al efecto de cosa juzgada, no es propiamente un límite al principio de seguridad jurídica. Más bien, supone una

consecuencia que garantiza la atribución de la filiación según su propio concepto de paternidad, maternidad, filiación y familia. En este sentido habría que considerar que este principio de que los procesos de filiación “no lleguen al efecto de cosa juzgada” es una consecuencia del mismo principio de seguridad jurídica en relación con los propios fines y naturaleza del ordenamiento canónico.

Sin embargo, no podemos olvidar que en el ordenamiento canónico, al igual que en Civil, la seguridad en materia de filiación está en relación directa con el bien del menor. Esto supone que las obligaciones de cuidado y educación integral también tienen que estar garantizadas. En este sentido el principio de seguridad jurídica requiere de la interconexión del ordenamiento canónico con el ordenamiento civil. De esta manera la cuestión de la seguridad jurídica plantea la necesidad de un encaje de ambos ordenamientos desde su diferente naturaleza, fines y medios. Sin embargo, el ordenamiento canónico debe de hacer tal encaje, respetando y protegiendo su propia naturaleza, fines y concepción de familia y de filiación que le son propias.

En este sentido aparece una figura jurídica que es transversal en el Derecho canónico en materia de filiación y que realiza la función de dar una relevancia jurídica a la figura materna y paterna civil cuando estas son distintas de la biológica. Se trata de “quien hace las veces de padres”. Tal figura requerirá pues un estudio específico. No obstante previamente a este estudio sí entendemos importante avisar que esta no solo realiza un encaje con el ordenamiento civil; sino que se refiere a toda persona que de hecho o de derecho asume las funciones de padre o madre. De esta manera es una institución canónica que permite al ordenamiento canónico adaptarse a la realidad social en la que se da. Además hay que dejar claro que la regulación en el Código del 83, y también el de las Iglesias Orientales, al establecer el término no sólo se refiere a los efectos civiles de la filiación y de la patria potestad.

Ambos Códigos se refieren a todos los efectos que tienen que ver con la educación integral del hijo y los específicamente canónicos.

2.3.- La figura Canónica de “quienes hacen las veces de padres” en la educación del menor

A) EL CONCEPTO CANÓNICO DE QUIENES HACEN LAS VECES DE PADRES:

La figura de quienes hacen las veces de padres no sería identificable a la del tutor legal y abarcaría a todas las personas que no siendo los padres por naturaleza o por adopción según el CIC 83 y el CCEO⁹⁶⁴, ejercen alguna de sus funciones. Por tanto, el espectro de personas que podemos incluir en esta figura es muy amplio y va más allá del ámbito del matrimonio. Así, esta institución jurídica nos interesa en los supuestos de filiación atribuida y determinada por el Derecho civil que no se corresponden con la filiación biológica reconocida por el Derecho canónico. Pero también nos interesa por la cobertura legal que daría en otras situaciones como son: a) cuando el nuevo cónyuge del progenitor que ejerce la tutela asume algunas funciones de guarda o análogas a la patria potestad; b) cuando estas funciones las ejerce un tercero.

⁹⁶⁴ El CIC 83 al hablar de “quienes hacen las veces de padres” está reconociendo la importancia de estas personas en la educación de los hijos en todos los ámbitos de su persona. Conviene aclarar que con esta expresión el Código no se refiere a los padres adoptivos, que en virtud del canon 110 vendrían reconocidos como padres. También queda claro que no existe ninguna referencia al parentesco por consanguinidad o afinidad entre quienes “hacen las veces de padres” y el menor. Tampoco se hace referencia a otras relaciones jurídicas civiles como el acogimiento, ni tan siquiera canónicas, como los padrinos o el parentesco espiritual que son figuras distintas (cc. 872-874 CIC 83 y c. 811.1 CCEO).

a) Supuestos en los que el nuevo cónyuge del progenitor que ejerce la tutela asume algunas funciones de guarda o análogas a la patria potestad

Dentro de estos supuestos debemos destacar por la relevancia canónica algunos casos de matrimonios declarados nulos o disueltos en favor de la fe. Nos referimos cuando en estos casos a las relaciones de los hijos respecto del nuevo cónyuge del padre o la madre cuando el otro progenitor se desvincula total o parcialmente del ejercicio de la patria potestad o de la tutela. Por tanto tendríamos que incluir las situaciones del cónyuge del padre o la madre cuando ejercen funciones de guarda similares o análogas a la patria potestad. Estas situaciones que se han dado tradicionalmente de hecho y que poco a poco también van teniendo un reconocimiento positivo aunque aún no sea generalizado. Un ejemplo claro es el artículo 236-14 Codi Civil de Catalunya: cuando fija las facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor respecto de la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria, o en caso de riesgo inminente para el menor. Otro ejemplo sería la cobertura legal que podría dar en estos casos la figura del guardador de hecho de los artículos 303 y 304 del Código Civil español y el artículo 225 del Codi Civil de Catalunya que desarrollamos seguidamente.

b) cuando quien asume algunas funciones de guarda o análogas a la patria potestad es un guardador de hecho.

Nos referimos aquí a aquel que ejerce estas figuras de guarda y análogas y no está casado con uno de los progenitores. En estos casos estaríamos en los supuestos en que el derecho civil considera guardadores de hecho. Esta figura del derecho civil también sería extensible a los supuestos de matrimonio con el padre legal, según el derecho civil, pero no sería exclusiva del mismo. En este sentido habría que aclarar que la figura del guardador de hecho vendría a sustituir a la figura del tutor⁹⁶⁵ por la vía fáctica y no a la de la paternidad y

⁹⁶⁵ L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, C. Rogel, A. Cabanillas, J. Caffarena, *Estudio para la Reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977: "Es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación,

maternidad. La consecuencia sería que mientras que “los que hacen las veces de padres” en el Derecho canónico se da para establecer relaciones análogas a la de filiación y patria potestad; no ocurre lo mismo con el “guardador de hecho” que puede ser de un incapaz haya sido declarado o no. Es cierto que en el Código Civil español no encontramos una definición y menos aún delimitación de una figura que se entiende como un reconocimiento jurídico a una situación fáctica⁹⁶⁶. Más explícito resulta el Codi Civil de Catalunya cuando en su artículo 225-1 afirma: “la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen”. Así el artículo 225-2 de el Codi se refiere específicamente al guardador de hecho de una persona mayor de edad en quien “en quien se da una causa de incapacitación” supuesto que nada tendría que ver con aquellos que hacen las veces de padres.

Sí resulta coincidente la figura civil del guardador de hecho con la canónica de “quienes hacen las veces de padres” en no incluir los supuestos del cuidado de “canguros” o de los abuelos mientras los padres los encomiendan por trabajo o una ausencia puntual⁹⁶⁷. Estamos refiriéndonos a supuestos en los

eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores y, en menor medida por aquellos otros que habiendo sido tutores, han sido removidos de su cargo. Hasta hoy, el Derecho ignoraba tal situación, mientras que la doctrina tendía, mayoritariamente a asimilar estos supuestos a los de la gestión de los negocios ajenos. El anteproyecto, por el contrario, hace una referencia expresa a los guardadores de hecho... para reconducir a derecho una realidad cotidiana, sin oprimirla, con todo, en cortas fronteras, lo que explica la exigua regulación”.

⁹⁶⁶ M.A. Parra, “sub art. 303”, in: *Comentarios al Código de Derecho Civil, Vol II*, Valencia 2013, p. 2537: “El Código civil no enumera supuestos de guarda de hecho ni tampoco de la figura del guardador ni la guarda de hecho. A la referencia que se hace a la guarda de hecho en el art. 303 CC hay que añadir otras normas en las que se menciona al guardador de hecho a efectos muy variados. Así, en primer lugar, los arts. 118 CP y 61.3º LORPM imputan al guardador de hecho la responsabilidad civil por los actos realizados por el incapaz o menor bajo su guarda”.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, p. 2537: “En el ámbito de la protección de menores, no deben considerarse como guarda de hecho el cuidado de «canguros», abuelos mientras padres trabajan, incluso en otra localidad o país. No son guardadores de hecho en el sentido del art. 303 CC, sino casos de delegación en el ejercicio de las funciones de la patria potestad, sin que los padres incumplan sus deberes sino que, por el contrario, se ven en la necesidad de delegar en otras personas el

que no haya delegación de las funciones de patria potestad. Pero como hemos visto hablamos de dos figuras que pueden confluír para dar protección a los hijos en situaciones puntuales pero que tienen una naturaleza y límites muy diferentes. En resumen, mientras la figura de “quienes hacen las veces de padres” por parte del derecho canónico tiene vocación de ejercicio de hecho de la patria potestad ocupando socialmente el puesto de padre y madre en todas o parte de sus funciones. De manera distinta el guardador de hecho se trata de una figura que garantiza el reconocimiento jurídico de quien ejerce una protección análoga a la del tutor. Así la figura Canónica se podría dar con independencia de que en un supuesto dado se de este reconocimiento civil; por otra parte la figura civil del guardador de hecho abarca supuestos totalmente ajenos a la patria potestad.

Según todo lo antedicho en los distintos supuestos anteriores, con este concepto de “quienes hacen las veces de padres” el Código 83 hace referencia al hecho social de quien está ocupando las funciones de padres o análogas sin serlo por naturaleza ni por adopción. Esta categoría jurídica tendría su origen en el mismo derecho del menor a la educación, de acuerdo con lo establecido en el canon 793 del Código del 83 cuando afirma que “Los padres y quienes hacen sus veces tienen la obligación y el derecho de educar a la prole”.

B) FINES DE LA INSTITUCIÓN CANÓNICA DE “QUIENES HACEN LAS VECES DE PADRE” Y SU REGULACIÓN

Como ya hemos señalado el fin principal en torno al cual se justifica la figura de “quienes hacen las veces de padres” sería el propio de la formación

ejercicio de sus funciones materiales. Lo mismo puede decirse para los casos en los que los menores permanezcan internos por razón de estudios durante el curso escolar. En ninguno de estos casos el «guardador» actúa por propia iniciativa ante una situación de un menor que se encuentra en situación de abandono, ni de desamparo, sino que por el contrario, actúan asumiendo un encargo de los padres”.

integral del hijo⁹⁶⁸. Dentro de la educación del hijo de la que trata el canon 793 en relación con el canon 795 habría que incluir, por supuesto, la educación en la fe y la iniciación en la vida sacramental. Es por ello por lo que vemos como también la figura de “quienes hacen las veces de padres” la encontramos en los sacramentos que regulan la iniciación cristiana.

Según lo dicho en el párrafo anterior, se reconoce en cánones 874 y 868 del Código del 83. a “quienes hacen las veces de padres” con el fin de preparar y posibilitar el acceso a la economía sacramental por parte del menor. El supuesto del canon 868.1 es muy paradigmático porque se refiere a algo tan comprometido como el dar el consentimiento para el bautismo. Este canon afirma taxativamente que para bautizar lícitamente a un niño se requiere que den su consentimiento los padres, o quienes legítimamente hacen sus veces. También el canon 914 considera a quienes hacen las veces de padres obligados a procurar que los niños que han llegado al uso de razón se preparen convenientemente y reciban la eucaristía cuanto antes.

Pero si grave es la responsabilidad encomendada a aquellos que no siendo los padres biológicos hacen las veces de padres, no es menor la exigencia de la misma. De tal manera que también entrarían como sujetos del tipo penal de entregar a un menor para que sea bautizado o educado en una secta acatólica de acuerdo con el canon 1366 del Código del 83. Con esto se pone de manifiesto que la exigencia y responsabilidad de a aquellos que no siendo padres hacen las veces de los mismos, es máxima por parte del Derecho canónico. Como hemos aclarado esta figura se podría aplicar más allá de que existiese matrimonio o no entre el padre o la madre y quienes hacen las veces.

⁹⁶⁸ M. Cruz Musoles, “sub Hijos”, in: *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol IV, dir: J Otaduy - A Viana – J Sedano, Zizur Menor (Navarra) 2012, p. 313: “Los hijos tienen derecho desde la infancia a ser educados por sus padres, o por quienes hagan sus veces, ya que son los primeros responsables de su educación y de quienes primordialmente dependen. Deben cuidarles y velar por ellos, sobre todo cuando son pequeños y débiles”.

A pesar de lo antedicho entendemos que la Legislación canónica, a la hora de proteger los derechos del menor, se encontraría con un problema de garantía probatoria en los casos extramatrimoniales. Ciertamente resulta difícil de comprender, que a nivel de inscripción del bautismo (c. 877 CIC 83) no se haga constar a quien hace las veces de padre⁹⁶⁹. Sobre todo atendiendo a que se requeriría su consentimiento para la licitud del mismo y su responsabilidad en la preparación del sacramento sería de primer orden. Pero también atendiendo a que posteriormente se responsabilizará de la educación cristiana, que es una de las garantías para la oportunidad del sacramento del bautismo a los menores de acuerdo con el canon 868. 1.2⁹⁷⁰ del Código del 83.

A raíz de estas cuestiones consideramos que cabría plantearse la siguiente cuestión: ¿No sería muy conveniente incluir también a quien “legítimamente hace las veces de padre” en la inscripción del bautismo?. Ciertamente, no parece que estas cuestiones estén resueltas por la disciplina canónica. Entendemos que, en estos casos en los que se desconoce a los padres, sería concorde con los principios de la *salus animarum* y veracidad del ordenamiento canónico hacer constar a quienes hacen las veces de padres. Tengamos en cuenta que estos principios no pueden hacerse efectivos sin un mínimo de seguridad jurídica.

Sin embargo, en estos casos, no creo que debiera emplearse la expresión padre o madre; parece más concorde con el principio de veracidad usar la

⁹⁶⁹ El C. 877.1 CIC 83 recoge un elenco de personas y datos que deben constar en la inscripción de bautismo pero significativamente en este elenco no se incluye a “quienes hacen las veces de padres”: “... mentione facta de ministro, parentibus, patrinis necnon, si adsint, testibus...”.

⁹⁷⁰ A este respecto Bueno reconoce que es el párroco o su encargado el que debe de comprobar que existe esta esperanza fundada por parte de los padres. Así mismo la necesidad de un desarrollo mayor de la legislación particular en la materia a nivel diocesano, con el fin de que “ofrezcan criterios unificadores de obligado cumplimiento, a fin de evitar discriminaciones comparativas que suelen darse en las diócesis urbanas” (S. Bueno, “Preparación para los sacramentos: derecho común y derecho particular español”, in: *La Misión Docente de la Iglesia, XI Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Salamanca 1992, p. 160).

expresión “quien hace las veces de padre” o un término similar. Se trata de ajustarse al principio de veracidad material y evitar también todo adjetivo que fuera ofensivo o denigrante para hijos o progenitores. Ante esta cuestión se podría alegar que el objeto directo y principal de la partida de bautismo es el sacramento del bautismo y no la determinación de los padres o quienes hacen las veces⁹⁷¹. Sin embargo, no podemos dejar de atender que en los casos en que no hay matrimonio sería la prueba más fiable y fácil de acreditar, aun no siendo plena. A este respecto, resulta evidente que una prueba relativamente sencilla de acreditar, como la inscripción de bautismo, resulta fundamental para alcanzar la seguridad jurídica necesaria en aras a la protección de los derechos del hijo. De tal manera que esta posibilidad de inscripción favorecería en mucho la tutela del resto de derechos reconocidos en el código a aquellos que legítimamente hacen las veces de padres.

C) “QUIENES HACEN LAS VECES DE PADRE” EN LA RELACIÓN ENTRE LOS ORDENAMIENTOS CANÓNICO Y CIVIL

Por su parte, el legislador civil encuentra en esta figura del ordenamiento canónico el elemento de encaje en nuestro ordenamiento secular. Con ello se garantiza que en la vía de los hechos, y más allá del orden público, no existe un cuestionamiento a la seguridad jurídica del ordenamiento civil en el ámbito eclesial. Esto supone que se hace posible el encaje del ordenamiento canónico dentro del Orden civil en materia de filiación y su aplicación desde el principio de libertad de conciencia.

Según el análisis hecho hasta este momento, entendemos que el ordenamiento canónico, en la institución de “quienes hacen las veces de padres” también cuenta con un elementos jurídico para dar respuesta a la

⁹⁷¹ López Alarcón M., “La filiación en el derecho canónico. Su correspondencia en el derecho civil”, in: *Pretor*, 1977, p. 344.

situación que señala Nanclares al afirmar: “la evolución social y la proliferación de familias recompuestas (cónyuges que aportan al núcleo familiar hijos de una relación matrimonial anterior o hijos extramatrimoniales) permiten pensar en una futura evolución legal en la que se establezca una vinculación jurídica entre uno de los cónyuges o unidos y los hijos de su esposo o conviviente. La necesidad de abordar jurídicamente una situación fáctica”⁹⁷². Entendemos que esta respuesta del ordenamiento canónico sería plenamente válida cuando la patria potestad sólo la ejerce civilmente uno de los progenitores. En caso de divorcio o separación de los padres habrá que decidir el uso de esta figura en cada caso o cuestión en concreto teniendo muy presentes las disposiciones civiles respecto de la tutela y el régimen de visitas. Esta institución de “quien hace las veces de padre” resulta especialmente importante en referencia a los efectos respecto de la educación y la patria potestad que son comunes a ambos ordenamientos. Además, habrá que tener en cuenta, también que el contenido del canon 226.2 CIC 83 “por haber transmitido la vida a sus hijos, los padres tienen el gravísimo deber y el derecho de educarlos; por tanto, corresponde a los padres cristianos en primer lugar procurar la educación cristiana de sus hijos” es de derecho natural. No obstante el desarrollo de estas cuestiones nos llevaría más allá del tema de esta tesis que se limita a la determinación de la filiación.

3.- Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la intimidad entendido de una manera positiva

Se trata de dos principios fundamentales en ambos ordenamientos a la hora de fundamentar los principios de libre investigación de la paternidad y el derecho a conocer el origen biológico. Además están íntimamente relacionados, pues el derecho al libre desarrollo de la personalidad solo puede garantizarse si

⁹⁷² J. Nanclares, “sub Filiación”, in: *Diccionario General de Derecho Canónico Vol III*, dir: J Otaduy - A Viana – J Sedano, Zizur Menor (Navarra) 2012, pp. 993-4

la persona tiene acceso a aquellos datos respecto a su intimidad que tiene derecho a conocer porque forman parte de su propia identidad. Tales derechos están reconocidos por ambos ordenamientos y en ambos suponen una base constitutiva del derecho a conocer el origen biológico. En el caso del ordenamiento civil tales derechos están garantizados en los artículos 10.1 y 8.1 de la Constitución respectivamente. En el caso del ordenamiento canónico estaría garantizado por el canon 220 CIC 83 que protege el derecho a la intimidad, y el canon 219 CIC 83 que establece el derecho a la “inmunidad de coacción en la elección del estado de vida”. Estos cánones tienen sus equivalentes en los cánones 22 y 23 CCEO respectivamente

En este sentido, como ya hemos estudiado, habría que entender de manera amplia este precepto del canon 219 CIC 83. De esta forma, no podría entenderse estado de vida solo por la elección de un estado canónico o los sacramentos que imprimen carácter. Por otra parte, también de cara al matrimonio, hemos destacado que se justificaría este derecho en virtud de descartar la concurrencia de un impedimento de parentesco. También, al igual que en el Derecho civil, hay que tener en cuenta que abordamos el del derecho a la intimidad desde un concepto amplio del mismo. En este sentido, la inmunidad de coacción no podría consistir en una omisión. También consistiría en una imposibilidad de privar del conocimiento de un dato que resulta fundamental para las decisiones trascendentales que van conformando el estado de vida de la persona tanto para el Estado como para la Iglesia. Este dato al que nos referimos es el propio origen, claro está.

Según este análisis, podemos concluir que existe una confluencia evidente en los derechos de libre formación de la personalidad y derecho a la intimidad en materia de filiación en los ordenamientos canónico y civil. Subrayamos que nos referimos exclusivamente a la materia de filiación, pues la base jurídica de la que parten sí tiene formulaciones y contornos de límites legales distintos. En el caso del Derecho civil nos debemos remitir a la

Constitución. Además, no debemos de olvidar que, si bien se trata de derechos fundamentales, no forman parte de aquellos que tienen acceso a su protección directa mediante recurso de amparo de acuerdo con el artículo 53 de la misma Constitución.

Por lo que respecta al Derecho canónico la protección de ambos derechos vendría dada por la combinación de dos derechos referidos anteriormente y que constan en el estatuto de los derechos fundamentales de los fieles, -el derecho a la educación y a la libertad para la elección del estado de vida-. En este sentido, constatamos que la formulación de ambos derechos es diferente a la del Derecho civil, y en el caso del derecho a la libertad de estado de vida tendría un contenido diverso al de libre formación de la personalidad. Entendido de una forma estricta, este derecho al estado de vida hace referencia a un objeto más restringido que la personalidad en general. Este derecho se refiere al estado de vida dentro del tráfico jurídico y la vida de la Iglesia, lo cual sería un ámbito más restringido a la personalidad⁹⁷³. No obstante, la misma doctrina ha ido incluyendo las causas de filiación dentro de aquellas en las que se refieren al estado de vida y de las personas⁹⁷⁴.

También en el caso del Derecho canónico, entendemos que resulta importante señalar que estos derechos sí tendrían acceso a una protección directa mediante el recurso de apelación. El hecho de ser constitutivos del estatuto general de todos los fieles los convertirían en derechos básicos que no solo serían inspiradores de legislación y aplicables a la misma; también serían preceptos directamente aplicables en las causas del estado de las personas. Ciertamente estos principios vienen concretados por la legislación más

⁹⁷³ J.J García failde, *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Salamanca 2005, p. 441: "Causas de estado de las personas son aquellas que versan sobre los derechos que más íntimamente afectan a la persona; pueden reducirse a tres clases: los de estado de ciudadanía (por ejemplo el derecho de libertad); los del estado de familia (vínculo matrimonial etc.); los del estado religioso (bautismo, orden, profesión religiosa)..."

⁹⁷⁴ F. Ramos, *I Tribunali Ecclesiastici, costituzione, Organizzazione, norme processuali, cause matrimoniali*, Romae 2000, p. 591; J.L. López Zubillaga, "sub c. 1643", in: *Código de Derecho Canónico*, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid 2011, 925-6.

específica en la materia. Hay que precisar también que, a diferencia del recurso administrativo reservado a la Signatura Apostólica, la aplicación de estos derechos fundamentales en apelación se podría hacer en todos los grados en que se puede interponer este recurso. En este sentido, a diferencia del ordenamiento canónico, en el Derecho civil solo tendrían acceso a la protección de amparo en tanto en cuanto los casos de conocimiento del propio origen fueran reconocidos dentro del derecho a la libertad de conciencia. Sin embargo, en el Derecho canónico tendrían protección procesal directa estos casos filiatorios debido al posible recurso de apelación fundados en los derechos a la intimidad y la libertad de elección de estado de vida. Veremos, pues, que la relación de estos derechos con la libertad de conciencia en la materia de filiación ambos ordenamientos, civil y canónico, tiene diferencias justificadas que conviene señalar. Esto lo vamos a estudiar en el punto siguiente. Además debemos constatar que ambos ordenamientos desde estos principios, y a pesar de las diferencias desarrollan un sistema de libre investigación de la personalidad.

4.- Libertad de Conciencia.

4.1.- La libertad de conciencia como fundamento del derecho a conocer el origen biológico y clave de encaje de ambos ordenamientos.

Como ya hemos estudiado, la libertad de conciencia empieza a tratarse en el Derecho civil español a partir del artículo 16.1 de la Constitución, abarcando los elementos de la libertad, ideológica, religiosa y de culto y aunándolos, si bien manteniendo una autonomía sobre los mismos⁹⁷⁵. También

⁹⁷⁵ Vid. Cap. IV, ap. 2.5.- El principio de libertad de conciencia y el derecho a conocer el propio origen.

en la doctrina de la Iglesia⁹⁷⁶ se habla del derecho de libertad de conciencia, aunque su tratamiento tiene bastantes especialidades respecto del Derecho civil, como trataremos en el punto siguiente. En este sentido, al referirnos al derecho a la libertad de conciencia se hablaba de un derecho a actuar y tomar las decisiones en la vida de forma coherente con el libre pensamiento en cuestiones ideológicas, religiosas y de culto. Las cuestiones relativas al derecho a investigar la paternidad y a conocer el propio origen entrarían dentro del marco de protección de esta libertad. Esto supondría que la misma persona decide lo que para ella es su intimidad y los elementos que son relevantes en su identidad y en la formación de su propia personalidad⁹⁷⁷.

De esta manera el fundamento en esta libertad de conciencia no viene a anular los otros fundamentos en la libre formación de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución, o el del derecho a la intimidad en sentido positivo del artículo 8.1. Más bien se complementan y evita discusiones de tipo psicológico y antropológico respecto de la identidad ya que es el mismo sujeto quien en última instancia tiene derecho a decidir sobre qué posición adopta él en conciencia. Además esta fundamentación supone un acceso del derecho a conocer el origen biológico a la protección directa mediante recurso de amparo de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución.

Pero el mismo artículo 16 que protege la libertad de conciencia, también dentro del ámbito religioso, supondrá al mismo tiempo un elemento integrador

⁹⁷⁶ Concilio Vaticano II, Declaración *Dignitatis Humanae* n.2, in: *AAS* 58 (1966) 932: "El hombre percibe y reconoce por medio de su conciencia los dictámenes de la ley divina; conciencia que tiene obligación de seguir fielmente, en toda su actividad, para llegar a Dios, que es su fin. Por tanto, no se le puede forzar a obrar contra su conciencia. Ni tampoco se le puede impedir que obre según su conciencia, principalmente en materia religiosa".

⁹⁷⁷ "Quan l'Estat impedeix l'accés a informació identificativa o no identificativa sobre el donant està privant al concebut amb els seus gàmetes d'un aspecte important de la seva autonomia individual: la llibertat d'escollir quin significat assigna als components genètics de la seva identitat..." (E. Farnós, "Anonimat del donant o dret a conèixer els orígens?", in: *Butlletí del Comitè de Bioètica de Catalunya*, Febrer de 2015, n. 15). Este estudio toma esta idea de: Ravitsky V. Autonomous choice and the right to know one's genetic origins. *Hastings Center Report*. 2014 Marc- April: 36-7.

que permite la articulación del ordenamiento canónico con el ordenamiento civil en materia de filiación⁹⁷⁸. El motivo es claro, los efectos de la filiación que reconoce el Derecho canónico son de tipo confesional y de praxis religiosa y pertenencia a la Iglesia. Así, este mismo artículo es el que permite la cooperación para que los ciudadanos puedan practicar y vivir su fe y confesión con el límite del orden público⁹⁷⁹. En este ámbito se destaca una nueva función de la libertad religiosa como es la de articular ambos ordenamientos en materia de filiación. El motivo resulta claro, el marco de la libertad religiosa no sólo abarca los efectos canónicos de la filiación⁹⁸⁰. También entrarían dentro de este

⁹⁷⁸ Esta idea se deduce del estudio de Rodríguez Blanco respecto de la jurisprudencia constitucional cuando afirma: “Desde los primeros años de la jurisprudencia constitucional, el Tribunal ha dejado claro que el derecho fundamental de libertad religiosa comporta el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo, de tal forma que los ciudadanos tienen derecho a aturar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales. En consecuencia, el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso (STC 24/1982, FJ 1)” En este mismo sentido hay que entender que la cooperación entre el estado y las entidades confesionales supone la separación de los ámbitos de actuación en cada una de ellas. Esto se hace especialmente importante en los ámbitos de confluencia como es el derecho de familia en general y la filiación en particular: “La laicidad supone, por tanto, una separación entre la esfera religiosa y la esfera estatal. Los fines religiosos no son fines estatales, sin perjuicio de que puedan ser *finis con relevancia pública*, pues lo público no se identifica necesariamente con lo estatal. Al mismo tiempo, los órganos religiosos no tienen la condición de órganos públicos. Esto último se pone de manifiesto en el ATC 119/1984 de 22 de febrero....’...lo dispuesto en el artículo 16 CE, que al consagrar el mantenimiento de relaciones de cooperación con dicha Iglesia, presupone el reconocimiento del carácter separado de ambas potestades” (M. Rodríguez Blanco, “El principio de laicidad en la jurisprudencia constitucional española”, in: *Iuris et Iuria, Escritos de Derecho Eclesiástico y Derecho Canónico en Honor del Profesor Juan Fornés*, Granada 2010, p. 971).

⁹⁷⁹ *Ibidem*, p. 974: “La principal consecuencia de la dimensión positiva del principio de laicidad es que el derecho de libertad religiosa no se agota en la esfera interna de libertad reconocida a la persona o a las confesiones religiosas, sino que cuenta también con una esfera externa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva desde una perspectiva asistencial o prestaciones. De tal forma que la dimensión positiva de la laicidad se conecta directamente con la obligación de los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española y mantener relaciones de cooperación con los grupos religiosos (STC 46/2001)”.

⁹⁸⁰ *Ibidem*, p. 974: “Para comprender el significado último del principio de cooperación hay que tener presente cuál es su fundamento constitucional. Este principio debe ponerse en relación con la definición del Estado como un Estado social y democrático de derecho. En concreto, la cooperación con las confesiones religiosas ha de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 9.9 CE, que impone las siguientes obligaciones a los poderes públicos: a) promover las

ámbito de la libertad de conciencia y religiosa el criterio del Derecho canónico por el cual se siguen esos efectos filiatorios, es decir el criterio biológico. Evidentemente en esta misión, los juristas encargados de realizar este encaje no deben de perder de vista el orden público en las distintas materias relacionadas con el derecho de filiación.

4.2 Confluencias y divergencias en materia de libertad de conciencia como fundamento del derecho a investigar la paternidad y conocer el propio origen

Si nos fijamos en la fundamentación que hemos realizado en el Derecho canónico respecto del derecho a la libre investigación de la paternidad, nos hemos referido, entre otros, al derecho a la inmunidad de coacción en el estado de vida. Sin embargo no hemos hecho una referencia directa al derecho a la libertad de conciencia; es decir, el mismo derecho al que nos hemos referido al tratar la libre formación de la personalidad. Para entender esto debemos analizar el derecho a la libertad de conciencia en el Derecho canónico previamente a hacer este estudio comparativo.

La libertad de conciencia, es un presupuesto esencial a la vinculación al Derecho canónico⁹⁸¹. El motivo de esto es que es necesario el ejercicio de la libertad de conciencia para poder asumir activamente la pertenencia a la Iglesia⁹⁸². De no darse esta asunción activa la eficacia del Derecho canónico no

condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; b) remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad y la igualdad; c) facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social...".

⁹⁸¹ Concilio Vaticano II, Declaración Dignitatis Humanae n.2, in: AAS 58 (1966) 932

⁹⁸² Ibidem. 932: 929-946: "Por su parte, los fieles, en la formación de su conciencia, deben prestar diligente atención a la doctrina sagrada y cierta de la Iglesia. Pues por voluntad de Cristo la Iglesia católica es la maestra de la verdad, y su misión consiste en anunciar y enseñar

pasaría de un plano teórico y carecería elementos para poderse llevar a cabo. Así, las consecuencias jurídico-canónicas de la condición de padre, madre o hijo tendrían una eficacia puramente nominal. A este respecto entiendo que es importante tener en cuenta que cuando estamos hablando de la libertad de conciencia como presupuesto del Derecho canónico no nos referimos a un acto único previo al bautismo o a la confirmación. En realidad nos estamos refiriendo a un presupuesto del acto continuado de la voluntad operativa de pertenencia a la Iglesia ⁹⁸³.

De esta manera, la operatividad del derecho a la libertad de conciencia en el ordenamiento canónico, como ordenamiento confesional, resulta necesariamente diversa a la del ordenamiento civil. En este último la libertad de conciencia es considerada un derecho constituyente que resulta transversal en el ordenamiento y que se relaciona con otros derechos fundamentales, como son el de libre formación de la personalidad o a la intimidad. Desde todos estos derechos constituyentes se comprende el derecho a conocer el origen biológico como un derecho fundamental. En cambio, los Derechos confesionales, y por lo tanto también el canónico, parten del ejercicio previo de este derecho a la libertad religiosa y de conciencia que se realiza cuando el sujeto escoge una confesión. Este ejercicio, que supone la elección de una confesión religiosa, es el punto de partida del derecho confesional, en este caso el Derecho canónico. Así, la esfera confesional compromete al sujeto que haya hecho tal elección a la aceptación de un derecho y la asunción de los aspectos fundamentales de su doctrina. Tal compromiso, evidentemente, se daría mientras el sujeto mantuviera libremente su opción confesional; y abarcaría, entre otros ámbitos, a lo que se refiere al estado de las personas en el ámbito del derecho confesional.

auténticamente la verdad, que es Cristo, y al mismo tiempo declarar y confirmar con su autoridad los principios de orden moral que fluyen de la misma naturaleza humana”.

⁹⁸³ Concilio Vaticano II, Declaración *Dignitatis Humanae* n.10, in: AAS 58 (1966) 940: “Está por consiguiente en total acuerdo con la índole de la fe que quede excluido cualquier género de imposición por parte de los hombres en materia religiosa. Por consiguiente, un régimen de libertad religiosa contribuye no poco a favorecer aquel estado de cosas en que los hombres puedan ser invitados fácilmente a la fe cristiana, a abrazarla por su propia determinación y a profesarla activamente en toda la ordenación de la vida”.

Por otra parte, la trascendencia civil de las normas canónicas se daría únicamente cuando el derecho del estado se remitiera a las mismas o considerara el ordenamiento canónico como derecho estatutario. Esto no afectaría a las consecuencias de las relaciones de filiación, paternidad y maternidad ya que el mismo ordenamiento Civil tiene sus propias disposiciones que vinculan a todos los ciudadanos.

Todo lo que hemos comentado en el párrafo anterior supone que los principios de la doctrina de la Iglesia y la vinculación a su ordenamiento vienen aceptados por la persona que hace opción confesional, mientras persevera en esta opción. Esta es la consecuencia principal del ejercicio de la referida libertad de conciencia. Por este motivo entendemos que la libertad de conciencia en la Iglesia debe de positivizarse como libertades más concretas en cada ámbito de la vida del fiel cristiano. Por tanto esta libertad de conciencia no sólo tendría como consecuencia la dimensión cultural y ritual del canon 214 CIC 83 y el canon 17 CCEO. También encontramos la consecuencia más genérica que es la libertad para la elección del estado de vida del canon 219 CIC 83 y el canon 22 CCEO. Ya sabemos que tal libertad abarca las cuestiones relativas a la filiación, y viene a unirse a una comprensión de forma positiva del derecho a la intimidad protegido por el canon 220 CIC 83 y 23 CCEO. Así, de la misma manera que hemos tratado cómo en el Derecho civil la libertad de conciencia conecta con el derecho a la intimidad y el de libre formación de personalidad; tratamos de forma paralela en el Derecho canónico la conexión entre la libertad para escoger el estado de vida con el derecho a la intimidad del canon 220 CIC 83.

En todo caso, esta libertad de elección del estado de vida en relación con el derecho a conocer los datos que componen la intimidad e identidad de la persona vienen unidos intrínsecamente al bien del menor. Esto se deduce, en primer lugar, por la protección del derecho a la educación del hijo entendido de

una manera amplia, como lo entiende el Derecho canónico⁹⁸⁴. Pero también porque la misma concepción antropológica personalista subyacente en el ordenamiento canónico supone que la paternidad, maternidad y filiación vienen ordenadas por sí mismas al bien del menor⁹⁸⁵.

En definitiva, vemos que es cierto que la situación del derecho a la libertad de conciencia en el Derecho canónico es distinta que en el Derecho civil. No obstante, en ambos ordenamientos resulta fundamental a la hora de sostener el derecho a conocer el origen biológico y a investigar la paternidad. En el ordenamiento civil resultaría de aplicación directa unida al resto de principios que sustentan los mencionados derechos. En el Derecho canónico esta libertad se concretaría en el derecho a la inmunidad de coacción en la elección del estado de vida. Así la posición de ambos ordenamientos resulta coherente y perfectamente articulable en esta materia. Este derecho a la libertad de conciencia que fundamenta el de conocer el propio origen en el Derecho civil, tendría como equivalente, cuando el sujeto realiza la opción confesional católica, el de libertad para escoger el estado de vida en el Derecho canónico.

5.- Estudio comparado del principio de Libre investigación de la Paternidad y Maternidad

El reconocimiento del derecho a la libre investigación de la paternidad es explícito en el Derecho civil e implícito en el canónico. En este último se deriva

⁹⁸⁴ Vid. Cap. III, ap. 2.- Principios canónicos en los que se sustenta el derecho a la libre investigación de la paternidad y maternidad; 2.1. Derecho a la educación. En el mismo se mencionan entre otros: c. 217, c.1055.1 CIC 83 y c. 776 CCEO, c. 793 CIC 83 y 627 CCEO, c. 794 CIC 83.

⁹⁸⁵ Vid Cap.II, ap 1.- Principios doctrinales que fundamentan el Derecho canónico de filiación , 1.1.- fundamentos doctrinales generales, pto. C) Relación entre la concepción confesional de las relaciones humanas y los aspectos éticos y jurídicos de la filiación; D) La paternidad, maternidad y filiación como medios de realización personal, social y eclesial”.

del principio de libertad de prueba y de que las causas del estado de las personas nunca pasan a cosa juzgada. Así, en el Derecho canónico, ha sido la doctrina la que ha ido reconociendo explícitamente a lo largo de toda la historia el derecho a la libre investigación de la paternidad⁹⁸⁶. Especialmente importante resulta el que diversos autores lo han puesto como ejemplo de cómo las causas en referencia a la filiación no pasan nunca a cosa juzgada⁹⁸⁷. En el caso del Derecho civil el principio de libre investigación de paternidad está reconocido por el artículo 39.2 de la Constitución. Este principio, como sabemos, entra en relación con otros como el de libre formación de la personalidad del art. 10, el derecho a la intimidad entendido de una forma positiva del art. 18 y el de libertad de conciencia del art. 16 de la Constitución. A este respecto, es necesario aclarar que en ningún caso suponen ningún reconocimiento competencial al ordenamiento de la Iglesia.

A pesar de este reconocimiento, el sistema de determinación de la filiación por parte del estado supone unos límites de esta libre investigación de la paternidad derivados de los principios relacionados con la seguridad jurídica. Tales limitaciones no se darán en el caso del Derecho canónico precisamente por la identidad entre progenitores y padres⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Vid. Cap. I, Introducción histórica.

⁹⁸⁷ F. Ramos, *I Tribunali Ecclesiastici, costituzione, Organizzazione, norme processuali, cause matrimoniali*, Romae 2000, p. 591: "...anche le sentenze sulla filiazione legittima o naturale...". - J.L. López Zubillaga, "sub c. 1643", in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2011, 925-6.

⁹⁸⁸ Tal identidad se debe a la ya estudiada inexistencia de un sistema de determinación de la filiación. Esto es debido a la asimilación en el Ordenamiento canónico de los principios de verdad biológica e interés del hijo en la atribución de la filiación que viene justificada desde la doctrina de la Iglesia; Vid Cap.II, ap. 1 Sobre la doctrina de la Iglesia en materia de atribución de la filiación: A) El derecho de filiación parte de los conceptos confesionales de hombre, familia y sociedad; B) Relación implicativa de la generación humana con la concepción confesional de mundo y universo; C) Relación entre la concepción confesional de las relaciones humanas y los aspectos éticos y jurídicos de la filiación; D) La paternidad, maternidad y filiación como medios de realización personal, social y eclesial; E) Principio de inocencia ética y jurídica del menor; F.- La relación procreación, filiación y matrimonio en la doctrina de la Iglesia.

5.1 Relación entre el principio de libre investigación de la paternidad y maternidad y el interés del menor en ambos ordenamientos

El mismo artículo 39.2 de la Constitución une en el mismo párrafo la libre investigación de la paternidad y el interés del menor. Ciertamente el principio de libre investigación de la paternidad en Derecho civil se deriva directamente de la protección del interés superior del hijo. Sin embargo, este interés se ha de entender de una manera amplia y no solamente asistencial, ni circunscrita al ejercicio de la patria potestad⁹⁸⁹. En este sentido, no podemos negar una relación entre el principio de libre investigación de la paternidad y aquellos que fundamentan el derecho a conocer el origen biológico. Así este principio, al igual que el derecho a conocer el origen biológico, se vincula al de libertad de conciencia del artículo 16.1 de la Constitución, al de libre desarrollo de la personalidad artículo 10.1 de la Constitución y el derecho a la intimidad entendido de manera positiva del artículo 18.1 del mismo texto constitucional. Sin embargo, el derecho a la libre investigación de la paternidad, a diferencia del derecho a conocer el origen biológico, se dirige a la determinación de la paternidad. Este fin específico también viene justificado desde el interés superior del hijo.

En el Derecho canónico la identificación entre verdad biológica e interés superior del hijo supone de manera lógica que del mismo bien del hijo se deriva la posibilidad de investigar la auténtica filiación. Es cierto que en el caso del Derecho canónico esta relación entre derecho a investigar la filiación e interés del hijo no tiene como fin la determinación de la filiación, ya que el instituto de la determinación de la filiación no existe. Por ello se identifica este derecho a la libre investigación de la paternidad y maternidad con el derecho a conocer el origen biológico. Sin embargo la investigación de la paternidad sí tendrá

⁹⁸⁹ Vid Cap. IV, ap. 1 Derecho a la libre investigación de la paternidad.1.3 Análisis jurisprudencial, pto. D) Conclusiones respecto al estudio de la Jurisprudencia.

siempre como fin la consecución de los fines y consecuencias jurídicas que el ordenamiento canónico prevé directamente para la filiación biológica.

En conclusión, ambos ordenamientos coinciden en una visión amplia del concepto de interés del hijo vinculado a la investigación de la paternidad, maternidad y filiación. Sin embargo, la identificación en el Derecho canónico entre interés del hijo y verdad biológica sin excepciones supone que el derecho de investigación de la filiación carece de las restricciones propias del Derecho civil y que se justifican desde la seguridad jurídica.

A este respecto, cabe añadir que los límites para la anotación del bautismo del hijo de madre soltera en algunos casos y de la adopción que vienen dados desde el mismo canon 877.2 y 3 CIC 83 y el canon 689.2 y 3 CCEO no supondrían propiamente una restricción al derecho a la libre investigación de la paternidad. Tampoco resultaría un límite cuando en los casos de que uno de los progenitores se hubiera acogido previamente a la Ley de Cambio de Género⁹⁹⁰ la anotación recogiera generalmente progenitores sin especificar quien es padre o madre. Esto podría hacerse para guardar la máxima de que la anotación evite contradecir la realidad pero también todo lo que pudiera perjudicar el bien superior del hijo. Ciertamente, no podemos olvidar que estos cánones sobre la inscripción del bautismo no son un sistema de determinación de la paternidad. Se trata de un documento que acredita y prueba directa y principalmente el bautismo, si bien también resultan prueba indirecta de la tal filiación paternidad y maternidad. Además, se trata de un ámbito en el que se puede dar esta investigación de la paternidad dentro del Derecho canónico, pero no es el único.

⁹⁹⁰ Art. 7 LCG 13/2007 de 15 de Marzo: "Artículo 5. Efectos...1. La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil...2. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición".

En este sentido, como estudiaremos⁹⁹¹, la investigación de la filiación en el Derecho canónico es posible ante cualquier acto jurídico que requiera la constancia de la filiación. Por tanto, estos límites para la anotación del bautismo son los propios de la anotación de un sacramento tomando en consideración fundamentalmente el interés del hijo. De esta manera, no suponen realmente una restricción del derecho a la investigación de la paternidad, maternidad y filiación que permanecen intactos en todo caso. En este sentido, la relación del principio de libre investigación de paternidad respecto del interés del hijo en el Derecho Canónico, no cuenta con los límites de otros principios relacionados con la seguridad jurídica propios del Derecho civil.

5.2.- Límites civiles a la investigación y determinación de la paternidad y la articulación de ambos ordenamientos

A) LIMITES DE NATURALEZA PROCESAL

En el Derecho civil nos encontramos con toda una serie de límites a la libre investigación de la paternidad y filiación que tienen carácter procesal. Nos referimos a aquellos que se establecen por la legitimación activa para reclamarla, y también a los límites temporales del ejercicio de las acciones de reclamación e impugnación de la filiación. Hay que tener en cuenta que los límites del ámbito registral y administrativo siempre serán recurribles en el fuero judicial. En esta materia hay que puntualizar también que mientras la regulación del Código Civil español se hace depender fundamentalmente de la circunstancia de la posesión de estado⁹⁹², en el Codi Civil de Catalunya no⁹⁹³.

⁹⁹¹ Vid. cap. Límites civiles a la investigación y determinación de la paternidad y la articulación de ambos ordenamientos.

⁹⁹² Vid. Capítulo IV, punto 1.2, ap. A) "La reclamación e impugnación de la filiación en el derecho civil español". En el mismo se señala como en los casos en que exista posesión de estado está legitimado para reclamar la filiación "cualquier persona con interés legítimo". (art. 131 CC.); en los casos de filiación matrimonial, cuando no existe posesión de estado, la acción de reclamación "es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo" (art. 132 CC.); También con falta de posesión de estado en el supuesto de la filiación no

Esto sin duda, hace que el principio de libre investigación de la paternidad y la posibilidad de coincidencia entre filiación jurídica y biológica sea mayor en el Codi Civil de Catalunya respecto del Código Civil español. Evidentemente tales límites procesales vienen justificados por el principio de seguridad jurídica y otros que, están en relación con el mismo. Estas limitaciones no existen en el Derecho canónico⁹⁹⁴. Otra diferencia muy notable entre ambos ordenamientos

matrimonial, “corresponde al hijo durante toda su vida” (art. 133 CC.) esta legitimidad habrá que extenderla al padre y a la madre (STC. 273/2005); En cuanto a la impugnación de la filiación matrimonial, se establece un plazo de un año de plazo, contando como *dies a quo* el conocimiento de que el hijo no es propio (art. 136 C.C en relación con SSTC 138/2005 y 156/2005); existiendo posesión de estado, “La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación...” (art. 137 CC.); la acción de impugnación del reconocimiento por aquel quien lo hubiera otorgado (art. 138 CC.) podrá ser impugnado por haber sido “realizado mediante error, violencia o intimidación” (art. 141 CC.); en el caso de la impugnación de la maternidad por suposición de parto no se fija plazo perentorio (art. 139 CC); en cuanto a “la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique” en caso de falta de posesión de estado, si existe posesión de estado podrá ser impugnada por “quien aparece como hijo progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos” el límite temporal son 4 años desde que se anotó la filiación y el hijo adquiera posesión de estado (art. 140 CC).

⁹⁹³ Vid. Capítulo IV, punto 1.2, pto. B) La reclamación e impugnación de la paternidad maternidad y filiación en el derecho civil catalán: Tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial pueden ser reclamadas por el hijo o por los padres, sin límite temporal (arts. 235-20 y 235-21 CCC.); la filiación matrimonial puede ser impugnada tanto por el padre como por la madre desde el día del nacimiento o “del descubrimiento de las pruebas en que se fundamenta la impugnación” (arts. 253-23 y 253.4 CCC.); En el caso del hijo, su legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial tiene un plazo de prescripción de dos años que comienza a computar desde: la mayoría de edad, la recuperación de la plena capacidad, o el descubrimiento de las pruebas en que se fundamenta tal impugnación; así se ha establecido en el art. 235-35 CCC.); por lo que respecta a la paternidad no matrimonial, tienen legitimación activa : el padre, la madre y el hijo (art. 235-25 CCC.) en los tres casos el plazo fijado en el mencionado precepto es de dos años, pero varía el *dies a quo*, en el caso de que los que impugnen sean el padre o la madre se establece un triple criterio: el día del establecimiento de la paternidad, el día del conocimiento de que esta se estableció o, en su caso, desde la aparición de nuevas pruebas contrarias a la paternidad, y si quien impugna es el hijo el criterio es doble: la mayoría de edad, la recuperación de la plena capacidad o la aparición de nuevas pruebas contrarias a la paternidad; también se establece la posibilidad de la impugnación del reconocimiento: por error, violencia e intimidación y por fraude de ley, con los plazos previstos en el artículo 235-27 del Codi; la impugnación de la maternidad puede hacerse por la madre o por el hijo, a la madre se le concede un plazo de dos años a partir del conocimiento de las pruebas en que se funda la impugnación. La acción del hijo es imprescriptible “si prueban la suposición de parto o que no es cierta la identidad del hijo” (art. 235-29 CCC.).

⁹⁹⁴ Vid. Cap IV, ap. 1 Derecho a la libre investigación de la paternidad.1.1.- Principio constitucional. Pto. C) Principio de libre investigación de la paternidad y sus límites.

es que en el Derecho civil, tanto en el Código Civil español⁹⁹⁵ como en el Codi Civil de Catalunya⁹⁹⁶, prevé el efecto de cosa juzgada y la imposibilidad de establecer una filiación contraria a la determinada por sentencia firme.

Todas estas diferencias a la hora de comprender los límites de los ordenamientos civil y canónico resultan de gran importancia a la hora de considerar el valor específico de un documento civil o canónico como medio para investigar o probar la filiación. Así en el ordenamiento civil los documentos canónicos no pasarían de tener el valor de un documento privado en los que constaría una situación filiatoria según los criterios de la Iglesia. En el caso del ordenamiento canónico, los documentos civiles sí serían considerados públicos de acuerdo con los cánones 1540.2 CIC 83 y 1222 CCEO. Sin embargo, tales documentos Civiles admiten prueba en contrario, como todo documento público en el ámbito canónico. A este respecto hay que tener en cuenta que los límites civiles para la determinación de la filiación podrían dar lugar a situaciones de parentesco que no se correspondieran con los criterios de filiación natural o biológica tal y como la entiende el Derecho canónico. En tales casos, resulta evidente que los mismos criterios jurídicos civiles serían suficiente prueba en contrario para evitar el efecto probatorio de prueba plena que prevén los cánones 1541 CIC 83 y 1223 CCEO.

B) JURISPRUDENCIA CIVIL Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Hemos analizado cómo en el ámbito del Derecho civil existe una corriente jurisprudencial que ha ido disminuyendo los límites a la libre investigación de la paternidad⁹⁹⁷. Se trata de una línea jurisprudencial y doctrinal creciente que desde los principios constitucionales ha ido reconociendo el principio de verdad biológica y creando cauces jurídicos para el

⁹⁹⁵ Artículo 131.1 CC.

⁹⁹⁶ Art. 235-19 CCC.

⁹⁹⁷ Vid. Cap. IV, ap. 1 Derecho a la libre investigación de la paternidad. 1.3 Análisis jurisprudencial, así mismo nos remitimos a las citas contenidas en el mismo.

conocimiento de la misma. Precisamente, el ordenamiento canónico atribuye efectos y cauces para la investigación de la filiación biológica de forma directa. El mejor exponente de este avance de la jurisprudencia civil es la declaración de inconstitucionalidad de algunos párrafos de los artículos 133 y 136 del Código Civil⁹⁹⁸. El contenido de estos párrafos suponía una limitación temporal excesiva para la legitimación activa del hijo para reclamar la filiación cuando no había posesión de estado, o del marido para impugnarla.

En un sentido similar se ha ido pronunciando reiteradamente el TEDH⁹⁹⁹ que, si bien admite la posibilidad de limitar por parte de los Estados la libre investigación de la paternidad en aras a otros intereses legítimos, advierte que no se admitirán estas restricciones si descartan totalmente como criterio el de la verdad biológica. También a nivel de la práctica jurídica se observa una creciente preocupación por el fenómeno de los reconocimientos de complacencia, cada vez más rechazados por la doctrina y la jurisprudencia¹⁰⁰⁰.

Así vemos que esta línea de ampliación de la libre investigación de la paternidad, que ya comenzó en el cambio legislativo en materia de filiación del 81, va acercando a la legislación civil al criterio del Derecho canónico. Como hemos señalado en el capítulo de introducción este criterio entronca con el propio del derecho Romano, y está más cercano a la tradición del derecho histórico hispano hasta la influencia del Código de Derecho Napoleónico¹⁰⁰¹. Esta mayor sensibilidad jurisprudencial al principio de libre investigación de la paternidad supone la posibilidad de aumentar la cooperación de ambos

⁹⁹⁸ Vid. *Ibidem*.

⁹⁹⁹ Vid. Cap. IV, ap. 1.4 Derecho a la libre investigación de la paternidad en el derecho internacional suscrito por España; F. Rivero, "De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)", in: AC, nº 24 (9-15 jun.2003), p. 593; L. Zarraluqui, *Derecho de Familia ...*, op. cit., p. 69; STEDH de 13 de Junio de 2006 (nº 58757/00); Van Kück v. Alemania (. No 35968/97, § 69, TEDH 2003-VII); *Pretty v. El Reino Unido* (. No 2346/02, § 61, TEDH 2002-III); *Mikulíæ v. Croacia* (. no 53176/99, § 54, TEDH 2002-I); *Bensaid v. el Reino Unido* (no. 44599/98, § 47, TEDH 2001-I); S. TEDH de 6 de julio de 2010 (Dda. Nº 36498/2005).

¹⁰⁰⁰ Vid. Cap. IV, ap. 1 Derecho a la libre investigación de la paternidad.1.3 Análisis jurisprudencial, pto. C) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

¹⁰⁰¹ Vid. Cap I, Aproximación histórica a la atribución y determinación jurídica de la filiación.

ordenamientos. Especialmente importante resulta para el Derecho canónico ya que los documentos públicos civiles hacen fe pública de lo que en ellos se contiene de forma directa y principal, salvo prueba en contrario de acuerdo con el canon 1540.2 CIC 83.

C) LÍMITES A LA LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA

Como hemos estudiado, el principal límite que se ha ido añadiendo en el Derecho civil para la determinación de la filiación se da en los casos de reproducción asistida. Este límite viene dado por el mismo contrato de reproducción asistida en el cual el cónyuge presta su consentimiento, y si no están casados también puede hacerlo la pareja. A este consentimiento que recoge el artículo 8, 1 y 2 de la ley de Técnicas de Reproducción humana asistida se le une la renuncia a cualquier consecuencia relativa a la paternidad del donante y su propio anonimato (arts. 6.4 y 5 LTRHA). Este anonimato es el límite para el ejercicio del derecho a la libre determinación de la paternidad que de facto opera tanto en el Derecho civil como en el Derecho canónico, tal y como desarrollaremos al hacer el estudio comparado de las técnicas de reproducción asistida. Pero la naturaleza y operatividad de este límite es bien distinta en un ordenamiento que en otro y esta diferencia sí tiene consecuencias directas respecto del ejercicio del derecho a la libre investigación de la paternidad y maternidad.

En el ordenamiento civil, más allá de este anonimato, existe una imposibilidad de determinación de la filiación a favor del donante. En este sentido el artículo 8.3 de la Ley de técnicas de Reproducción Humana Asistida afirma: “La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”. Sin embargo para el Derecho canónico se trata solamente de un límite probatorio motivado por el anonimato del

donante. En este sentido, en el caso de que llegara a constar el donante sería considerado padre o madre, al margen de que no realizara las funciones paternas o maternas. Esta consideración se daría precisamente porque sería el padre o madre biológicos, que son la única paternidad y maternidad que acepta la Iglesia, a parte de la adoptiva, y más allá del reconocimiento a aquellos “que hacen las veces de padres”. Esta constancia para el Derecho canónico de la paternidad o maternidad del donante de hecho será muy difícil que se llegue a dar. Pero podría suceder si llegara a conocerse la identidad del donante, o incluso si de hecho llegara a establecerse algún tipo de relación entre el hijo y el donante.

¿Cómo podría llegar a conocerse la identidad el donante? por la vía del mismo artículo 8.1,3º que afirma la posibilidad de “excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro para conseguir el fin legal propuesto”. Pero podría llegar a conocerse por cualquier otros medios lícitos, porque a efectos de la filiación biológica el medio por el que se llegara a conocer no resultaría relevante. Debemos de recalcar que estamos hablando de supuestos de hecho ciertamente muy improbables. No obstante, nos hemos referido al presupuesto de hecho para poder ejercer el derecho a la libre investigación de la paternidad, maternidad y filiación en el Derecho canónico. El ejercicio efectivo de este derecho y los posibles límites derivados del encaje de ambos ordenamientos lo abordaremos en el tema siguiente al tratar la investigación y determinación de la paternidad por reproducción asistida.

5.3.- Estudio comparado de los sistemas de investigación de la paternidad y maternidad

Lo que sí entendemos importante tratar respecto a los medios para investigar la paternidad y maternidad, es la distinción en los sistemas para el ejercicio de este derecho en función de los principios de cada ordenamiento en la materia. De esta manera, mientras el Derecho civil la investigación de la filiación se produce para la determinación jurídica de la misma, en el Derecho canónico, como sabemos, no existe tal sistema de determinación. Así, en el sistema jurídico de la Iglesia la filiación biológica es investigada y alegada directamente para alguno de los efectos que el Código de Derecho canónico prevé para la relación paterno-filial. Esto motiva que el ejercicio del derecho a la libre investigación de la paternidad pueda ser en Derecho canónico directo o indirecto. Entendemos por medios directos algunos de los medios acreditativos y presuntivos que establece como pruebas. Nos referimos fundamentalmente a: la presunción matrimonial de paternidad, la presunción de maternidad, la inscripción de bautismo, el reconocimiento ante el párroco y los testigos, la constancia documental mediante documento público civil o canónico¹⁰⁰². Estos medios serían directos cuando se acreditara la filiación directamente mediante los mismos en un acto jurídico canónico fuera de un proceso judicial o administrativo. Los medios indirectos se sustancian a través de un procedimiento administrativo o Judicial que requiere que conste la realidad de la filiación¹⁰⁰³.

Según lo dicho, en el Derecho canónico la vía administrativa y judicial para probar la filiación hay que considerarla indirecta. El motivo de esto es que se tratan de procesos o procedimientos para negocios jurídicos y sacramentos que requieren de la identificación y participación de aquellos que se consideran padres o hijos. En cambio el ejercicio de este derecho en el caso del Derecho del

¹⁰⁰² Vid. Cap III, ap. 4. Medios directos para el ejercicio del derecho a la libre investigación de la paternidad. Así mismo nos referimos a las citas contenidas en este apartado.

¹⁰⁰³ Vid. Cap III, ap. 3.- Causas procesales y procedimentales para conocer la filiación.

estado se hace por cauces administrativos y judiciales directos, es decir que tienen por finalidad determinar la filiación jurídica. En el caso del Derecho Civil, los medios para ejercitar este derecho serían a través de la vía administrativa y judicial precisamente por este sistema de determinación.

Debemos hacer mención también en este apartado de otras confluencias y diferencias concretas en materia de libre investigación de la paternidad en ambos ordenamientos. Así, partimos de una confluencia que se da actualmente en materia de libertad de medios para investigar la paternidad y maternidad. Nos referimos a la libertad de prueba del canon 1527 que el Derecho canónico hace en esta materia. Por lo que se refiere al principio de libertad de prueba el ordenamiento civil lo reconoce, actualmente en el artículo 767.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esta manera, la legislación actual difiere mucho de la primera redacción del Código Civil español, que apartándose la tradición del Derecho hispano en el artículo 108 solo admitía como prueba en contra de la presunción de paternidad matrimonial “imposibilidad física del marido para tener acceso a la mujer” .

Según lo manifestado en el párrafo anterior, ambos ordenamientos parten del principio de libertad de medios de prueba de las relaciones de paternidad, maternidad y filiación. Este principio para el Derecho civil se trata de una libertad para utilizar los medios de prueba en los cauces para determinar jurídicamente la paternidad. En cambio, para el Derecho canónico tiene un alcance más amplio, según lo que hemos analizado. Para el ordenamiento canónico este principio se identifica con la libertad de medios para investigar la paternidad, maternidad y filiación que produce directamente los distintos efectos jurídicos correspondientes.

En esta amplitud de posibilidades del ordenamiento canónico se entiende la importancia que puede llegar a tener los documentos civiles como

medios de prueba en el mismo. Pero, como ya sabemos, estos documentos civiles tendrían valor en el Derecho canónico en tanto en cuanto acrediten la filiación biológica. Esto se debe a que estos documentos civiles, no son un medio de determinación canónica de la filiación, por lo que no pueden ser acogidos acríticamente, ya que en ningún sitio se afirma su canonización como sí se hace en el caso de la adopción (c. 110 CIC 83). Además, no podemos olvidarnos de toda una serie de diferencias entre medios de determinación civil de la filiación y sus paralelos en el ordenamiento canónico, considerados por éste como medios de investigación y prueba de la filiación. Éstas diferencias suponen causas por las que documentos públicos civiles válidos para el Estado no serían prueba de la filiación en el ordenamiento canónico. Nos referimos a los siguientes:

A) DIFERENCIAS RESPECTO DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

La primera de las diferencias son los plazos iniciales respecto a la presunción de paternidad. Mientras en el canon 1138 del Código del 83, se excluyen del plazo de presunción los 180 primeros días tras el matrimonio; en el artículo 117 del Código Civil español se incluye estos primeros 180 días de matrimonio en la presunción de filiación, si bien de forma atemperada. También habría que considerar cómo la presunción de matrimonialidad del artículo 118 por la mera voluntad de los contrayentes tras la separación, divorcio o nulidad; esta posibilidad no se reconoce en el Derecho canónico.

Por otra parte en el ámbito de la presunción matrimonial de la paternidad influiría decisivamente la distinta concepción de matrimonio del matrimonio Civil y Canónico. El motivo es evidente, debido a la obligatoriedad de la forma Canónica de los cánones 1108 CIC 83 y 834 CCEO, el matrimonio civil entre bautizados es considerado por la Iglesia como inexistente¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁴ Michiels distinguiendo un matrimonio inexistente de uno nulo afirma: “Los primeros lo son porque les falta un elemento o presupuesto requerido por el derecho divino natural para la

Efectivamente, no se trata de un defecto de forma sino una ausencia total de la misma. Esto supondría que no se podría considerar como matrimonio putativo¹⁰⁰⁵ y que no operaría en estos casos la presunción canónica de paternidad. No obstante, en estos casos existiría una operatividad indirecta de la misma presunción civil de paternidad a través de la consideración de los documentos civiles como documentos públicos en el ámbito canónico.

La segunda sería la posibilidad del reconocimiento ante dos testigos y el párroco que hace el canon 877.2 del CIC 83. Supone la posibilidad de un reconocimiento canónico que en principio no tiene eficacia civil determinativa, incluso su eficacia probatoria resultaría muy restringida.

La tercera es el principio de cosa juzgada que no se da en el Derecho canónico¹⁰⁰⁶. Lo que sí conviene recordar es que este principio de ausencia de efecto de cosa juzgada, que sería característico del Derecho canónico, solo se entiende desde la propia naturaleza y fines de este ordenamiento. Tal principio supone una vinculación más estrecha entre el principio de libre investigación de la paternidad y el de veracidad material en el Derecho canónico respecto del Derecho civil. Así en el Derecho civil se vislumbra una mayor importancia a la vertiente asistencial y garantista del derecho a la libre investigación de la paternidad, mientras que en el Derecho canónico predomina la búsqueda de la verdad material. Si bien en ambos ordenamientos este derecho viene vinculado

validez del mismo acto, mientras que los segundos no tienen efectos jurídicos por disposición del legislador. En el primer caso, los actos son radicalmente inexistentes e insanables; en segundo caso es necesaria una declaración de la autoridad competente. En los actos radicalmente inexistentes la nulidad del acto es automática" (G. Michiels, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Tournai 1955, pp. 596-601).

¹⁰⁰⁵ L. Migúelez, "el matrimonio putativo", in: Comentarios al Código de Derecho Canónico, Madrid 1963, 448: "...no tiene color o apariencia de matrimonio. Y si no tienen esa apariencia tampoco pueden considerarse matrimonios putativos, ni aun el caso de que alguna de las partes proceda de buena fe. ...".

¹⁰⁰⁶ Vid. Cap. II, ap. 3.- Cauces procesales y procedimentales para conocer la filiación; así como las citas contenidas en el mismo.

al fin de interés superior del hijo que resulta fundamental y que se entiende de una manera amplia incluso más allá del ejercicio de la patria potestad¹⁰⁰⁷.

B) DIFERENCIAS RESPECTO DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

La segunda y tercera diferencias entre el derecho Canónico y el Civil se dan tanto respecto del Código Civil español como del Codi Civil de Catalunya. Sin embargo las diferencias respecto de la presunción de paternidad son más amplias debido a la distinta regulación del derecho Civil Catalán, en el que tiene mayor importancia el principio de veracidad material o biológica y la tradición de libertad de investigar la paternidad.

La diferencia más significativa se da respecto del ámbito de presunción de paternidad. En el Derecho canónico es una presunción matrimonial mientras que en el Codi Civil de Catalunya tal presunción se extiende a “a) El hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción. b) El hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el período de la concepción” de acuerdo con el artículo 235-10.1 del Codi Civil de Catalunya. En realidad supone implícitamente el reconocimiento de la normalidad de modelos familiares no basados en el matrimonio canónico. Esto sería una diferencia respecto del Derecho canónico que sigue considerando la familia basada en el matrimonio como el marco más adecuado para la filiación. Sin embargo, el mismo Derecho canónico regula la filiación, paternidad y maternidad, así como la educación de los hijos de manera independiente al matrimonio¹⁰⁰⁸. En este sentido, aunque en el Derecho canónico se puede hablar de un derecho de

¹⁰⁰⁷ Como hemos tratado en puntos anteriores el principio de cosa juzgada se derivaría en Derecho civil de una necesidad de seguridad jurídica en todos los aspectos que resulta fundamental. La propia naturaleza y fines del Derecho canónico permiten esta atenuación del principio de cosa juzgada a favor de la verdad material en las causas sobre el estado de las personas (Vid. Ap. 2.2.- La relevancia del principio de seguridad jurídica en el derecho de filiación de ambos ordenamientos).

¹⁰⁰⁸ cc. 98.2, 101.1, 111.1, 226, 529.1, 774.2, 776, 793, 796.2 a 799, 835.4, 851.2, 855, 857.2, 867.1, 868, 869.3, 874.1, 877, 890, 895, 914 y 1366 CIC 83 y cc. 618, 627, 629, 633, 639, 681, 1439 CCEO.

familia y de filiación más allá del Derecho matrimonial, la presunción legal de paternidad la circunscribe al matrimonio.

Otra diferencia respecto del Codi Civil de Catalunya se encuentra en los artículos 335-5.2 y 335-6.2 del mismo que recogen explícitamente una excepción a la consideración de la paternidad matrimonial tras los 300 días posteriores a la separación y contraexcepción a la posibilidad de excluir la paternidad matrimonial en los 180 primeros días de convivencia. Tal excepción y contraexcepción se basan en la posibilidad de demostrar que el hijo ha nacido a consecuencia de las relaciones sexuales entre los cónyuges. En realidad, como hemos advertido al principio de este párrafo se trataría de una diferencia aparente ya que en el Derecho canónico está vigente el principio de libertad de medios de prueba. Por tanto la única diferencia a este respecto es la explicitación de estos supuestos probatorios en el Codi Civil de Catalunya.

No entramos a comentar a este respecto el establecimiento de la paternidad o maternidad por consentimiento del cónyuge o pareja ya que lo reservamos para el momento en que hagamos el estudio comparado de las técnicas de reproducción asistida heteróloga.

C) IMPORTANCIA DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS CIVILES EN EL ORDENAMIENTO CANÓNICO

No obstante a estos límites de la eficacia probatoria de los documentos públicos civiles debemos reconocer la importancia de estos medios de prueba en materia de filiación. Un argumento importante que refuerza esta eficacia es cómo la misma materia de filiación implica tanto a la comunidad religiosa como a la comunidad política a un nivel eminentemente práctico. Sirva como ejemplo de esto el art. 9 del Decreto de la Conferencia Episcopal Española sobre las Normas Complementarias al Nuevo Código de Derecho Canónico. El mismo, cómo ya hemos visto, establece que: “...en dicha inscripción consten además los

otros datos que recoja la inscripción de adopción practicada en el Registro Civil, a cuyo efecto el párroco exigirá, antes de proceder a la inscripción en el Libro de Bautizados, el oportuno documento de Registro Civil que certifique legítimamente la inscripción practicada”.

En todo caso no debemos de olvidar que el valor que tienen tales documentos en el Derecho canónico es probatorio y admite prueba en contrario. Por otra parte estas diferencias que hemos señalado se deben de tener en cuenta a la hora de valorar los documentos civiles. Así, en el supuesto de que estuviéramos en una de las diferencias de criterio a la hora de investigar la paternidad en ningún caso podría tener valor de prueba plena.

6.- Estudio comparado del derecho a conocer el propio origen

En el caso del Derecho canónico no hay diferencia entre el derecho a conocer el propio origen y la libre investigación de la paternidad. Esto se debe fundamentalmente a la coincidencia en el ordenamiento canónico entre paternidad y maternidad con progenitores, que ya hemos tratado y motivado tanto al estudiar el Derecho canónico como en el estudio comparado hecho hasta ahora. Como ya hemos visto también, en el caso del Derecho civil estos dos derechos, el de libre investigación de la paternidad y el de conocer el propio origen, vienen bien diferenciados y definidos. De esta manera el derecho a conocer el propio origen no viene fundamentado directamente en el artículo 39.2 de la Constitución ya que este va dirigido a que tal filiación pueda ser determinada¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁹ F. Abellán-García, “Sobre los derechos del niño nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida”, in: *Reproducción Humana Asistida, Aspectos Jurídicos Sociales y psicológicos* ed. G. Baccino, Valencia 2014, p. 104 “Es claro que no se justifica el conocimiento de la identidad del donante como base del derecho a la determinación de la filiación, en cuanto que la ley de reproducción asistida no hace variar la que está previamente establecida por el hecho de que

Según lo antedicho, el derecho a conocer el propio origen vendría fundamentado en diferentes derechos que vendrían compendiados en el de libertad de conciencia del artículo 16.1 de la Constitución. Estos otros derechos que confluyen en el de libertad de conciencia abarcan tanto el de libre formación de la personalidad del art. 10.1 de la Constitución como el derecho a la intimidad entendido de manera positiva del artículo 18.1 de la Constitución. Tales derechos fundamentarían constitucionalmente el derecho a conocer el propio origen al margen de la determinación de la misma filiación. Este derecho a conocer el origen biológico, como hemos estudiado, está sometido a unos límites que en algunos casos se han ido superando, como es el caso de la adopción, y en otros se mantienen. Este último caso es el del anonimato del donante en las técnicas de reproducción asistida heterólogas. No obstante, este límite ha ido moderándose, aunque ligeramente, en la última reforma de la ley de técnicas de reproducción asistida heteróloga¹⁰¹⁰. Esta disminución del límite al conocimiento se ha dado, justamente, por la importancia del derecho a conocer el origen biológico que la praxis ha ido evidenciando.

De nuevo, vemos cómo la praxis va disminuyendo las diferencias entre el Derecho civil y el Derecho canónico. El motivo de esta afirmación es que el derecho a conocer el origen biológico, como el de libre investigación de la paternidad se identifica plenamente con el interés del hijo. Además habría que decir que los fundamentos del derecho a conocer serían asumidos de forma equivalente por el Derecho canónico para el derecho a la libre investigación de la paternidad. La razón sería por la consideración de que la relación de paternidad y maternidad biológicas está ordenada naturalmente al bien integral

se descubra a los progenitores biológicos. Es decir, en ningún caso la revelación de la identidad de los donantes de gametos puede conducir a un cambio de padres para el hijo. Por esta misma razón, tampoco resultaría adecuado esgrimir una desigualdad de trato respecto de los hijos nacidos de reproducción natural que pueden ejercer una acción de reclamación de filiación”.

¹⁰¹⁰ Vid. Cap. VI, ap. 2.2 C) La no atribución y determinación de la paternidad o maternidad del donante de gametos o preembriones.

del hijo, así se desprende del estudio de la doctrina de la Iglesia¹⁰¹¹. En este sentido, hay que dejar claro que por bien integral del menor no solo nos referimos al bien material, ni siquiera a aquel que se deriva de las relaciones de patria potestad, sino también a los propios de la identidad y del ejercicio de la libertad de conciencia del menor.

7.- Diferencias en materia de clasificación de la filiación; el principio de no discriminación por el nacimiento

7.1 Distinción en virtud del matrimonio de los progenitores

Previamente a tratar la clasificación de la filiación de manera comparativa entre ambos ordenamientos entendemos interesante señalar que nos referimos a la distinción según la determinación de la filiación, atendiendo a la terminología del Código Civil. En el caso del Derecho canónico se trata abiertamente de una clasificación de la filiación conexas con la unión de los progenitores. Por tanto, aunque en virtud de la carencias de efectos de esta distinción se salva el principio de inocencia e igualdad del menor, no deja de calificar a los hijos de acuerdo con la consideración de la unión de los padres.

La clasificación de la filiación en hijos legítimos e ilegítimos que sigue manteniendo los cánones 1137 y 1139 del CIC 83 fue ya discutida en el momento de la codificación, y en aquel momento fue mantenida y defendida por la comisión codificadora¹⁰¹². No obstante desde entonces las críticas doctrinales han seguido considerando su falta de utilidad y su carácter

¹⁰¹¹ Vid. Cap. II, ap. 1.- Principios doctrinales que fundamentan el derecho canónico de filiación; así como las notas a pie de página que constan en el mismo.

¹⁰¹² A. Mostaza, "Matrimonio", in: *Nuevo Derecho Parroquial*, Madrid 1994, p. 495.

discriminatorio por más que carezca de eficacia práctica¹⁰¹³. Esta clasificación ha sido abandonada por el Derecho civil que tras la reforma del 81 pasó a clasificar a los hijos en matrimoniales y extramatrimoniales de acuerdo con el artículo 108 del Código Civil. Tal denominación excluye en principio todo juicio moral negativo a ninguna de las situaciones de filiación. Así, la base de tal clasificación son los títulos por los cuales el derecho civil hace constar al hijo. Estos títulos vienen a ser distintos de acuerdo con los artículos 115 del Código Civil para la filiación matrimonial, y el 120 del mismo código para la filiación no matrimonial. En el Codi Civil de Catalunya no se contiene explícitamente esta distinción. Lo cual no quiere decir que el Codi Civil de Catalunya no contenga diferentes formas de concretar el derecho a la libre investigación de la paternidad, con distintos límites también en base al origen matrimonial (art. 235-3 CCC.) y extramatrimonial (art. 235-9 CCC).

Como hemos dicho, nos parece fundamental este cambio de denominación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. No obstante, entendemos que lo más concorde con la dignidad y el bien del menor sería la eliminación de toda clasificación. A la postre, para instituir los distintos medios para atribuirse o determinarse una filiación no requieren de una clasificación de la misma. Por otra parte, aunque a la hora de establecerse la filiación sigan existiendo las diferencias según este venga del matrimonio o no, tales diferencias vienen cada vez más limitadas en la praxis¹⁰¹⁴. En este sentido, entendemos un acierto el hecho del que el Código Oriental ha prescindido de la clasificación de la filiación. No obstante, entendemos que se debería haber mantenido la presunción matrimonial de paternidad ya que nos parece un medio útil para demostrar la filiación. Además, entendemos que esta presunción matrimonial de paternidad no tiene que venir acompañada de la clasificación de la filiación. La falta de referencia explícita de esta presunción en

¹⁰¹³ Vid. Cap. II, ap. 7.3.- Filiación legítima y filiación ilegítima, apto. A) Una clasificación controvertida.

¹⁰¹⁴ Vid Cap. IV, ap. 3.1.- Medios de determinación de la filiación en el Código Civil C) Conclusiones respecto de la determinación de la filiación.

el Código Oriental consideramos que es una carencia del derecho de filiación en aquel código.

Así, la solución del Codi Civil de Catalunya parece bastante acertada al eliminar toda referencia a la clasificación de la filiación, pero mantiene la presunción paternidad matrimonial en los períodos de tiempo máximos y mínimos según la medicina desde la época hipocrática. A este respecto el hecho de ampliar esta presunción a las parejas que no han contraído el matrimonio elimina toda base para la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales de acuerdo con el artículo 235-10 de Codi Civil de Catalunya.

7.2 Distinción entre filiación por naturaleza y filiación adoptiva

No vamos a profundizar aún en esta distinción entre filiación por naturaleza y filiación adoptiva ya que responde al modo de atribución de la filiación. Por tanto nos reservamos para el momento de estudiar las formas de atribución de la filiación en los distintos ordenamientos para desarrollar este tema. En este momento sólo vamos a avanzar una consecuencia de lo que supone la canonización de la adopción para el Derecho canónico (C. 110 CIC 83). A este respecto no debemos de olvidar que no se da tal canonización en la filiación por naturaleza, tampoco en los casos de reproducción asistida heteróloga. Esto supone que para el Derecho canónico las dos clases de filiación corresponden a los dos medios de atribución de la misma. Así, filiación por naturaleza es la filiación de atribución biológica mientras que filiación por adopción es una clase de filiación atribuida por resolución jurisdiccional.

El Derecho civil resulta coincidente en cuanto al medio de atribución de la filiación por adopción, pero no así en el caso de la atribución de la filiación

por naturaleza. La misma puede darse por la biología o por el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida heteróloga, previo al nacimiento. En ninguno de los dos casos se requiere una resolución judicial. En el segundo caso, aunque se trate de un medio de atribución jurídica el hijo nace ya con un padre o madre atribuidos por el consentimiento expresado en un acto jurídico. Por tanto, a diferencia de la adopción, su historia vital desde el momento del nacimiento viene ligada a unos padres que son padres o madres. A estos padres o madres les viene atribuida tal paternidad o maternidad desde el nacimiento del hijo, sea de manera biológica o legal, sin concurrencia de la de otra filiación por naturaleza (nos referimos a la del donante)

No obstante, también conviene recordar que la categoría de filiación por naturaleza es una categoría jurídica para el Derecho civil. Tal categoría jurídica no se da explícitamente en el Derecho canónico, pues se supone intrínseca a la misma filiación biológica su ordenación al bien del hijo y también a los aspectos no biológicos de la paternidad y maternidad. Entiéndase que no sólo nos referimos aquellos aspectos que configuran el bien del hijo; sino también a los que tal ordenación al bien del hijo comporta de realización de los mismos padres. Además como ya hemos referido el contrato para el consentimiento de las técnicas de reproducción asistida heteróloga no viene aceptado por el Derecho canónico¹⁰¹⁵. Siguiendo este razonamiento se infiere claramente que este contrato no surtiría efecto.

¹⁰¹⁵ Vid. Ap. 1.1 El principio de veracidad biológica y sus límites en la filiación por naturaleza.

Capítulo VIII.- ESTUDIO COMPARADO DE LA INVESTIGACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

1.- Diferencias y similitudes de ambos ordenamientos respecto a la atribución y determinación de la filiación

Al hablar de atribución de la filiación, propiamente dicha, hemos de tener en cuenta que no se trata de un concepto jurídicamente tasado, sino de un concepto previo a la filiación jurídica y que se refiere normalmente a la filiación natural. Las únicas excepciones son: la adopción que sí sería un supuesto de atribución jurídica de la paternidad, en el caso de la adopción plena; y la filiación por consentimiento a la inseminación artificial heteróloga, en el caso del derecho secular. Así, la atribución de la filiación, sea por naturaleza o por adopción, es la que produce en el ordenamiento canónico directamente todas las consecuencias jurídicas propias de la paternidad. También sobre la misma se establecen directamente diferentes medios de prueba con distinta eficacia. Esto es congruente con la concepción de filiación y los principios propios del citado sistema jurídico canónico en materia filiatoria. Además, es consecuencia de la indistinción entre una filiación biológica y jurídica como dos realidades que no pueden ir en paralelo en el Derecho canónico.

Por otra parte, la determinación de la filiación es un instituto propio del Derecho civil que no tiene equivalente en el Ordenamiento canónico. El motivo es la existencia de una filiación jurídica que no tiene que coincidir necesariamente con la biológica en el ordenamiento civil. Así, esta misma distinción entre filiación jurídica y biológica, entre padre o madre y progenitores más allá de la adopción, es la causa principal de la necesidad de distinguir la determinación de la filiación respecto de la atribución. Esto supone que resulta importante el estudio y diferenciación de estos conceptos de cara a establecer los puntos de conexión y las diferencias entre ambos ordenamientos en materia de filiación.

1.1.- Razones para la distinción entre atribución y determinación de la filiación en el estudio comparado

Pasamos, pues, a exponer las distintas razones que hemos encontrado para este distinto planteamiento de ambos Derechos en materia de filiación. Se trata de buscar razones de por qué se plantea en el Derecho civil la determinación de una filiación jurídica por naturaleza distinta a la biológica mientras que en el Derecho canónico no sucede así. Evidentemente para ello debemos de hacer un estudio comparativo de ambos ordenamientos en distintos aspectos:

- Una de las razones más importantes viene dada por las diferencias en materia de adquisición de la subjetividad jurídica en ambos ordenamientos. Esta materia, no siendo propiamente de derecho de filiación influye mucho en el mismo. El motivo fundamental es que condiciona los aspectos relacionados con la seguridad jurídica propios del nacimiento, de los padres y de la propia identidad¹⁰¹⁶ que en el caso de la sociedad civil afectan a derechos y deberes básicos. En cambio, en el caso del ordenamiento canónico las cuestiones de personalidad afectan también directamente a la comunión y misión eclesial, para las que resultan esenciales el ámbito de integración personal, así como la búsqueda de la verdad. De esta forma, en el Derecho civil el nacimiento es el hecho clave que da lugar a la personalidad de acuerdo con el artículo 29 del Código Civil; lo que determina, a su vez, que el nacido sea titular de todos los derechos y obligaciones jurídico-civiles como persona.

De otra manera, el ordenamiento canónico reconoce a toda persona un conjunto de derechos inalienables en el ámbito eclesiástico, es decir en su ámbito de jurisdicción, en base a su dignidad humana¹⁰¹⁷. Sin embargo es el hecho de pasar a ser cristiano y miembro de la Iglesia por el bautismo lo que atribuye la subjetividad jurídico-canónica y sujeto de la totalidad los derechos y deberes en el ordenamiento jurídico de la Iglesia (CC. 96 y 204 del CIC 83 y c.

¹⁰¹⁶ B. Gómez Bergoechea, *Derecho a la Identidad y filiación*, Madrid 2007, p. 64-74.

¹⁰¹⁷ En este sentido el ejemplo más claro es la posibilidad de toda persona, -bautizada o no-, de demandar en juicio en el fuero eclesiástico a tenor del c. 1476 CIC 83.

7.1 CCEO)¹⁰¹⁸. En este sentido afirma Bueno: "...a diferencia de los ordenamientos civiles, el Derecho canónico no otorga subjetividad al ser humano por el hecho del nacimiento, sino por la recepción del bautismo, sacramento que, como acto jurídico, provoca la incorporación a la sociedad eclesial"¹⁰¹⁹.

- Otra diferencia fundamental en la Regulación civil y canónica de la filiación, que ya tratamos en su momento¹⁰²⁰, es la eficacia de las inscripciones registrales. Como sabemos, de acuerdo con el canon 1540.1 CIC 83 las inscripciones tienen valor probatorio de documento público y dan fe de lo que en las mismas se contienen de forma directa y principal; aunque admiten prueba en contrario de acuerdo con el canon 1541 CIC 83.

- A estas diferencias habría que añadir la diferencia, ya tratada, respecto de la no admisión del efecto de cosa juzgada en el Derecho canónico de acuerdo con el canon 1643 CIC 83¹⁰²¹. Así el Derecho canónico se aparta, aún más, del

¹⁰¹⁸ Vid. Cap. II, ap. 3. La atribución de la filiación en el ordenamiento canónico.

¹⁰¹⁹ S. Bueno, *Tratado General de Derecho Canónico*, Barcelona 2012, p. 327. En el mismo sentido afirma Fuenmayor: "Se trata de la incorporación mediante el sacramento del bautismo, que ha de ser administrado válidamente (c. 849). Este efecto constitutivo del bautismo consiste en que la persona bautizada queda investida de modo inmediato de la cualidad de persona en la Iglesia 'con los deberes y derechos que son propios de los cristianos', dice el c. 96. El bautizado, por adquirir la condición de miembro de la comunidad a la que se incorpora, obtiene una personalidad que ofrece dos facetas; es titular de unos derechos inherentes a la condición de fiel; y queda sometido a los deberes jurídicos y a la responsabilidad que corresponde a esa condición" (A. Fuenmayor, "sub. c. 110", in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 2002, pp. 720).

¹⁰²⁰ Vid. T. II, apartado 3. La atribución de la filiación en el ordenamiento canónico; así mismo nos remitimos a las citas que constan en el mismo

¹⁰²¹ Mons. J.M. Pinto, "sub c. 1643", in: *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano, 2001. En este mismo sentido afirma Zubillaga: "...el proceso canónico busca no sólo la realización de la justicia concreta, sino sobre todo la verdad, ya que en el ámbito canónico no cabe justicia sin verdad. No se puede sacrificar la justicia auténtica al rigor de las normas procesales. Por ello, el Derecho procesal canónico articula una serie de figuras peculiares que no están presentes en otros ordenamientos procesales y cuya exclusiva misión es servir a ese supremo valor de la verdad...la perpetua revisión de las causas del estado personal no son sino manifestaciones procesales de la equidad procesal que quiere convertirse en calidad pastoral con los justiciables, ofreciendo siempre la verdad como solución definitiva a toda controversia pastoral. No puede ser considerada justa aquella sentencia que no sea sustancialmente veraz, ya que, si así fuese, se estaría conculcando el principio de la caridad, fin supremo de toda norma eclesial y también de las leyes procesales" (J.L. López Zubillaga,

sistema de determinación de la filiación civil. No debemos de olvidar que el efecto de cosa juzgada supone la posibilidad de cerrar el sistema por el que se determina la filiación jurídica en el ordenamiento del Estado. Nos referimos a que una vez se da tal efecto de cosa juzgada la filiación biológica pasaría a resultar irrelevante en el ámbito civil. Esta institución supondría una diferencia definitiva e irreformable entre filiación atribuible y filiación determinada que se daría en el ordenamiento civil y que no resulta posible en el canónico.

- Al margen de las diferencias entre los sistemas ya estudiadas, una última razón de la diferencia entre ambos Derechos en esta materia es la consideración de las categorías jurídicas de atribución, determinación de la filiación como elementos posibilitadores de una mutua comprensión de ambos ordenamientos en esta materia. A este respecto entendemos que hay que asimilar los términos usados por el Codi Civil de Catalunya “resulta” y “se constituye” que los entendemos como análogos al de atribución y determinación de la filiación. Por otra parte, sí conviene precisar que, de cara al estudio comparado de los ordenamientos Civil y Canónico, no consideramos decisiva la distinción basada en la doctrina de De Castro¹⁰²² sobre el estado civil entre títulos de determinación y títulos de legitimación. El motivo fundamental de esta consideración se da en aras a la comprensión y articulación de ambos ordenamientos. Tal motivo consiste en que nos interesa distinguir claramente los presupuestos biológicos o jurídicos de la filiación jurídica. Tales presupuestos biológicos o jurídicos dan lugar a la filiación jurídica por naturaleza en derecho Civil, frente a esto en el Derecho canónico se da una identificación entre filiación biológica y por naturaleza. Así el hecho biológico o jurisdiccional de la filiación es considerado por el Derecho canónico directamente como la filiación por naturaleza y por adopción respectivamente. A este hecho biológico o jurisdiccional filiatorio, el mismo ordenamiento canónico, sólo le atribuye consecuencias jurídicas y establece medios de prueba.

“Derecho Procesal Canónico”, in: *Derecho Canónico II, El Derecho en la Misión de la Iglesia*, Madrid 2006, pp. 262-3).

¹⁰²² Vid. Cap. V, ap. 1. Distinción entre atribución, determinación y acreditación de la filiación en el Derecho estatal.

Por estos motivos que hemos expuesto no resulta de tanto interés para esta investigación la distinción entre los medios por los que el ordenamiento reconoce y determina la filiación, -títulos de determinación-, respecto de los que da constancia jurídica, -títulos de atribución-, según la distinción de De Castro. Ambos forman parte del mecanismo por el que el ordenamiento civil establece una filiación basada en un presupuesto fáctico de atribución de la filiación. Sin embargo, todo este mecanismo de establecimiento de la filiación no existe y resulta ajeno al derecho Canónico. Por este motivo, buscando la mejor adaptación terminológica, nos resulta más útil la terminología que emplea el mismo Código Civil español. El Código en sus artículos 115 y 120 denomina a los llamados por la doctrina de De Castro “títulos de legitimación” como “determinación de la filiación”. Así en esta tesis resulta fundamental la distinción entre la atribución de la filiación, que cuando es biológica es un hecho pre jurídico y la determinación de la filiación como instituto jurídico Civil.

1.2.- Efectos de la distinción entre atribución y determinación de la filiación en la relación de ambos ordenamientos

Mediante la distinción de estas dos categorías de atribución y determinación de la paternidad se evitan interferencias e inexactitudes y se posibilita la concurrencia ordenada de ambos ordenamientos, Civil y Canónico. También, como vemos, estas categorías referentes al nacimiento de la relación paterno-filial son fundamentales para explicar dos sistemas jurídicos distintos a pesar de las influencias mutuas, así lo hemos constatado al estudiar el derecho histórico¹⁰²³. En la actualidad estas categorías son claves para explicar y conjugar los distintos principios fundamentales en materia de derecho de filiación, especialmente el de igualdad por razón de nacimiento y el de libre investigación de la paternidad. De esta manera, en muchos casos estas dos categorías de la atribución y la determinación de la filiación han supuesto una aproximación del ordenamiento civil a los postulados del Derecho canónico en

¹⁰²³ Vid. Cap. I.- Aproximación histórica a la atribución y determinación jurídica de la filiación.

la materia de filiación y libre investigación de la paternidad. Sin embargo, también ha supuesto un distanciamiento en otros supuestos más concretos donde filiación jurídica y biológica pueden no resultar coincidentes. Esto último también conviene tenerlo en cuenta a la hora de articular la concurrencia de ambos ordenamientos.

No obstante a lo anteriormente estudiado, la ausencia de un sistema de determinación de la filiación por parte del Derecho canónico es otro aspecto que en muchos casos favorece la integración de ambos ordenamientos. Efectivamente, esto implica que el Derecho canónico no plantea un sistema alternativo de determinación de la filiación al propio del ordenamiento civil. De otra manera, es decir, si se diera este sistema canónico alternativo, evidentemente cabría apelar a la independencia del fuero canónico. Pero en este caso hipotético también se establecerían por parte del Derecho civil la necesidad de vigilar el cumplimiento del orden público en materia de filiación. Esta invocación del orden público en la materia también supondría la invalidez para el Estado de aquellas normas que no coincidieran con los criterios de su propio ordenamiento¹⁰²⁴. Este problema no se plantea atendiendo al sistema actual del Derecho canónico, ya que lo que hace tal ordenamiento es simplemente reconocer unos efectos netamente confesionales a la filiación biológica. El reconocimiento de efectos quedaría, por tanto, amparado por el principio de libertad religiosa debido, justamente, al carácter confesional de los mismos.

Respecto de lo que hemos tratado en el párrafo anterior cabría plantearse ¿Qué ocurriría con aquellos efectos que son comunes al Derecho civil y canónico de acuerdo con la situación jurídica actual? Especialmente significativo resulta el de educación de los hijos¹⁰²⁵. Ciertamente, el Derecho canónico no puede renunciar a la atribución de tales efectos, ni al criterio de

¹⁰²⁴ Vid. Cap. VI, ap. 3.3 La atribución y determinación de la filiación en caso de gestación por sustitución, en la norma civil española, pto. C) Supuestos de doble paternidad.

¹⁰²⁵ En el ordenamiento Español este deber de la educación viene comprendido y protegido por el texto constitucional cuando en el artículo 39.2. En el Derecho Canónico lo vemos recogido y protegido al tratar distintos ámbitos del derecho: cc. 226.2, 835.4, 793, 798, 1055.1, 1136 del CIC 83 y cc. 627 y 629 del CCEO.

primacía de veracidad material, que en este caso se concreta en la verdad biológica, o a sus propios criterios de familia. Sin embargo, tampoco puede obviar que, al igual que en otras materias como puede ser la matrimonial, hay efectos sobre los que el Derecho canónico no tiene medios por sí mismos para tutelar su cumplimiento de manera suficiente. Nos referimos, no sólo a los efectos de la filiación como pueda ser la patria potestad; sino al hecho de muchas situaciones filiatorias que el Derecho canónico no tiene posibilidad de controlar por sí mismo. Pensemos en los casos de anonimato del donante en las técnicas de reproducción asistida heterólogas, o la realidad social de los nuevos modelos de familia que son regulados específicamente por el derecho civil. En tales casos la figura ya tratada de “quienes hacen las veces de padres”¹⁰²⁶ permitiría la articulación de ambos ordenamientos.

1.3 La institución de quienes hacen las veces de padre como medio de articulación de la filiación determinada civilmente y en el Sistema canónico

Esta institución de aquellos que “hacen las veces de padre”, permite al derecho Canónico responsabilizar a aquel que no siendo padre o madre biológicos, adquiere la responsabilidad hacia el hijo de la formación. Esta responsabilidad se dará cuando así se haya asumido ante el ordenamiento civil, al margen de la figura de la adopción y tutela. Así, no sólo incluiría la filiación determinada civilmente que no tiene un equivalente en el Derecho canónico, también podría incluir a las figuras del acogimiento y otras análogas. Respecto del Derecho civil, la institución canónica de “Quienes hacen las veces de padres” supone la garantía de que el ordenamiento canónico no deja sin los efectos de derecho y obligaciones comunes en ambos ordenamientos a aquellos que son reconocidos como padres por el derecho del Estado¹⁰²⁷. Con ello se está garantizando el principio de seguridad jurídica para el Derecho civil y, también,

¹⁰²⁶ Vid. Cap. VII, ap. 2.3, pto. A) el concepto canónico de quienes hacen las veces de padres (cc. 793,795, 868, 874, 914, 1366 CIC 83).

¹⁰²⁷ Vid. Cap. VII, ap. 2.3.- La figura Canónica de “quienes hacen las veces de padres” en la educación del menor.

el Orden público en la articulación del ordenamiento canónico dentro del ordenamiento del Estado.

Para el Derecho canónico, esta figura de “quien hace las veces de padre” supone una adaptación a la realidad jurídica civil y social que supone el reconocer sus competencias educativas y en materia de iniciación cristiana y sacramental, como ya hemos estudiado. Pero también supone una garantía de que esta adaptación no resulta incoherente con sus propios principios respecto a su concepción de familia y de filiación. El motivo es que esta consideración de “quien hace las veces de padre” no es un título que dé lugar a una relación familiar, ni un reconocimiento de una paternidad o maternidad jurídica o social. De distinta manera, se trata de una figura que garantiza los derechos del hijo a la educación sin existencia de reconocimiento de parentesco. De esta manera el ordenamiento canónico se garantiza la flexibilidad de la adaptación, conservando y protegiendo sus propios principios en materia de Derecho de familia y filiación.

2.- La adopción en ambos ordenamientos

2.1.- Estudio comparado de la atribución de la filiación por adopción

Debido a que el Código de Derecho Canónico prevé una canonización de la adopción en el canon 110 del Código del 83, el mismo estudio del ordenamiento canónico ya supone un estudio comparativo y de cómo se articulan ambos ordenamientos jurídicos. En el capítulo correspondiente¹⁰²⁸ ya se ha estudiado los límites de la canonización de las adopciones contrarias a la doctrina de la Iglesia sobre el matrimonio y la extinción de la adopción en ambos ordenamientos, entre otros temas. A este respecto, simplemente

¹⁰²⁸ Vid. Cap. II, ap. 4.1.- Canonización de la norma civil en materia de adopción en el Código del 83; y 4.2 Problemática de las adopciones contrarias a la doctrina de la Iglesia.

señalamos cómo la adopción es considerada la única forma jurisdiccional de atribución de la filiación en ambos ordenamientos, tanto en el civil como en el canónico. De hecho, el ordenamiento civil distingue cómo las dos clases de filiación la que se origina por naturaleza y por adopción. La adoptiva se trata de una atribución por sentencia judicial que deja sin efectos la filiación biológica, excepto aquellos que se derivan de los impedimentos de consanguinidad. Sin embargo, no anula la paternidad y maternidad por naturaleza que puede determinarse a meros efectos declarativos, incluso después de la adopción¹⁰²⁹. La concurrencia entre filiación por naturaleza y adoptiva será posible también en el Derecho canónico.

Por tanto una característica de la filiación adoptiva en ambos ordenamientos es que coexiste con la filiación por naturaleza. En el Derecho canónico esto se daría en todo caso, ya que no existe sistema de determinación de la filiación. En el Derecho civil esta concurrencia de ambas filiaciones se daría en el caso de que la filiación por naturaleza estuviese ya determinada, o se determinarse posteriormente a la adopción. Esta coexistencia de ambas filiaciones se explica desde la misma historia vital del hijo en la que intervienen unos padres por naturaleza. En esta historia vital, como mínimo, se ha dado una filiación por naturaleza y se ha producido un proceso de adopción en el cual los padres biológicos han intervenido siempre que fuera posible. Tal

¹⁰²⁹ Art. 176 CC. Respecto a esta característica fundamental de la adopción que consiste en que el título de esta forma de atribución de la filiación es una resolución judicial afirma H. Díez García: “La adopción se constituye por resolución judicial. Esta tajante declaración claramente indica la opción legislativa de instaurar un sistema de autoridad en la constitución de la adopción abandonando la antigua concepción de negocio jurídico de Derecho de familia de la que abjuró la Ley 21/1987, tal y como evidenciaba su Preámbulo. Esa resolución constitutiva de la adopción supone la culminación de un procedimiento que permite asegurar que ésta resultará beneficiosa para el menor (art. 1826.I LEC/1981). A tal fin, y al margen de las alegaciones y pruebas que aporten los interesados en el procedimiento que podrán actuar bajo la dirección de abogado o de las que puede también aportar el Ministerio Fiscal (art. 1825 LEC/1981), el juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas —exceptuando el principio dispositivo y el de aportación de parte— para garantizar que la adopción resulta adecuada y garantiza el interés del adoptando. Esta resolución constitutiva reviste la forma de auto, susceptible de apelación (art.1826.III LEC/1981) en ambos efectos (art. 1831 LEC/1981) y deberá ser inscrita de oficio (vid. art. 25 LRC y art. 34 LRC/2011) en el Registro Civil al margen de la inscripción de nacimiento del ya adoptado (art. 46 LRC y vid. arts. 4.2 y 44.4.II LRC/2011)” (H. Díez García, “sub art. 176”, in: *Comentarios al Código de Derecho Civil*, Vol II, Valencia 2013, p. 1890)

intervención consistiría en que han prestado el asentimiento, o al menos escuchado si se les hubiera podido localizar¹⁰³⁰. Tras un proceso judicial de adopción, y siempre atendiendo al bien del hijo¹⁰³¹, se produce la atribución de la filiación adoptiva por resolución judicial. Mediante esta resolución judicial la patria potestad y los distintos efectos de la filiación se dan respecto de los padres adoptivos.

Esta forma jurisdiccional de atribución de la filiación en el Derecho civil que es la adopción es la que canoniza el Derecho canónico. Como hemos visto, se diferencia de otras formas de atribución jurídica de la filiación, en primer lugar por darse mediante resolución judicial, en segundo lugar por concurrir con la filiación biológica, y en tercer lugar por la existencia de esta mínima historia vital común entre hijo y padres biológicos¹⁰³². No obstante, hay que decir que el Derecho canónico no canoniza los efectos de la adopción. Por tanto, los atribuye él mismo, concretando la afirmación general del canon 110 CIC 83 que dice que “se consideran hijos de aquel o aquellos que los adoptaron”. Así, los efectos de la filiación en la comunidad eclesial los prevé el mismo derecho Canónico. También la extinción de la adopción¹⁰³³ debe de ser reconocida por el derecho Canónico, y dentro de estas extinciones destaca por su actualidad la de la falta de asentimiento de los padres.

Entre estos casos de falta de asentimiento habría que nombrar los casos de sustracción de menores o los casos de cambio de niños, nos referimos a los casos popularmente conocidos como “casos de los niños robados”. Pero también estarían aquellos en que el asentimiento de los padres biológicos se dio antes del nacimiento y de manera desvinculada a lo que es el procedimiento de adopción y el expediente previo. Evidentemente esta causa de extinción de la

¹⁰³⁰ Vid., Cap. VI, ap. 1.3, pto. D) “determinación de la filiación por naturaleza de los hijos adoptivos”; así mismo nos remitimos a las citas que constan en el mismo.

¹⁰³¹ Art. 176.1 CC.: “1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando...”.

¹⁰³² Vid Cap. VI, ap. 1.2, pto. A) La resolución judicial como título de atribución de la filiación por adopción; así mismo nos remitimos a las citas que constan en el mismo.

¹⁰³³ Vid., Cap. II, ap. 4.1, pto. B) Extinción y cesación de los efectos de la adopción; así mismo nos remitimos a las citas que constan en el mismo.

adopción será compartida tanto por el Derecho civil como por el ordenamiento canónico¹⁰³⁴. Además, en estos supuestos, lo único que habría que hacer es utilizar la resolución civil para reformar la partida de bautismo o el hecho jurídico -canónico donde fuera relevante la relación de filiación.

Así, según lo antedicho, la normativa establecida por el CIC 83, que es la canonización de la norma civil en materia de adopción (c.110 CIC 83), no debe confundirse con un reconocimiento competencial a los ordenamientos seculares. Con ello estamos diciendo que se trata de una auténtica asunción de la normativa civil en materia de adopción como parte del ordenamiento canónico, y como tal sometida a sus principios y ordenada a sus propios fines. Pero también se afirma la posibilidad de la Iglesia de juzgar y resolver en estas cuestiones. En este sentido hay que reconocer también que no toda la normativa civil actualmente sería compatible con las concepciones de matrimonio y familia de la doctrina de la Iglesia que fundamentan el ordenamiento canónico. Por lo tanto, nos encontramos con la necesidad de reconocer limitaciones a la canonización de adopciones¹⁰³⁵.

Por otra parte, la evolución del derecho Civil en materia de adopción ha ido desvinculando la adopción conjunta de la idea de matrimonio. Así, el final de la preeminencia del matrimonio canónico en el sistema matrimonial español y la posibilidad de adopción por las parejas de hecho, han supuesto una desvinculación de la institución de la adopción civil respecto de la influencia del matrimonio canónico. Más importante todavía ha resultado las nuevas normas que permiten la adopción por matrimonios de personas del mismo sexo. Con ello el modelo familiar seguido de la adopción deja de ser coincidente con el que establece la doctrina de la Iglesia y en su propio ordenamiento jurídico. De esta manera, el ordenamiento civil da carta de naturaleza jurídica a

¹⁰³⁴ Art. 177.2 CC, c. 110 CIC 83; Vid: Cap. II, ap. 4.1. B) “Extinción y cesación de los efectos de la adopción; así mismo nos remitimos a las citas que constan en el mismo”; Cap. VI, ap. 1.2, pto. C) Expediente de atribución de la filiación adoptiva y requisitos de consentimiento, asentimiento o audiencia.

¹⁰³⁵ Cap. II, ap. 4.2.- Problemática de las adopciones contrarias a la doctrina de la Iglesia; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

otros modelos familiares no coincidentes con el basado en el matrimonio tal y como lo entiende la Iglesia.

Ciertamente, la canonización de la adopción del canon 110 del CIC 83 tendría como límites la concepción de matrimonio y la doctrina de la Iglesia respecto del derecho del hijo a nacer y ser educado en una familia fundada en el matrimonio tal y como lo entiende la Iglesia. Así no habría ningún problema respecto de las adopciones por una sola persona. El límite vendría en las adopciones conjuntas que en principio sólo vendrían canonizadas si se hacen por un matrimonio de acuerdo con las normas de la Iglesia¹⁰³⁶. En este sentido, la clave para el encaje de ambos ordenamientos entendemos que volvería a ser la institución canónica de aquellos “que hacen las veces de padres” que hemos estudiado en el capítulo anterior. Sin embargo, tampoco podemos olvidar que esta institución jurídica no tiene que inscribirse en la partida de bautismo de acuerdo con el tenor literal del canon 877 CIC 83 y el 689 CCEO.

En estos supuestos volvería a suscitarse la cuestión de la conveniencia o no en algunos casos de la anotación de quienes hacen las veces de padre en la partida de bautismo. No olvidemos que las normas específicas de la Conferencia Episcopal Española respecto de la anotación del bautismo de los adoptados afirma que “los párrocos deben cuidar que en las inscripciones de un hijo adoptivo en el Libro de Bautizados se haga constar el nombre o nombres de sus adoptantes, y que en dicha inscripción consten además los otros datos que recoja la inscripción de adopción efectuada en el Registro Civil”¹⁰³⁷. Además ya hemos comentado las graves responsabilidades que en el ámbito canónico recaen en aquel “que hace las veces de padre”.

Además de lo que hemos estudiado de la atribución de la filiación por adopción, convendría hacer una referencia especial a un tema específico como es el del derecho a conocer el origen biológico de los hijos adoptados.

¹⁰³⁶ J.M. Serrano, *L'adozione come alternativa alla Fiviet*; in: *La dignità umana, aspetti antropologici ed etici*, Pontificia Academia Pro Vita, Città del Vaticano 2005, p. 257.

¹⁰³⁷ Art. 9 Decreto General de la CEE. de 1-12-1984.

2.2.- El derecho a conocer el origen biológico del hijo adoptado en ambos ordenamientos y la atribución y determinación de la filiación por naturaleza

A) RELACIÓN ENTRE DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN Y LA ATRIBUCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA

Como ya hemos señalado, en el Derecho canónico, el conocimiento del origen biológico y libre investigación de la paternidad se entiende como un mismo derecho. La razón es evidente, al no existir un sistema de determinación de la filiación por naturaleza no cabe la distinción entre el conocimiento de los progenitores y la investigación de la filiación, ya que progenitores y padres por naturaleza coinciden¹⁰³⁸. Además no cabe un proceso específico de investigación para la determinación la paternidad y maternidad¹⁰³⁹. Esta coincidencia entre filiación biológica y por naturaleza se daría, pues, tanto en el caso de que sólo existiera una filiación por naturaleza como si se diera la concurrencia con una filiación adoptiva. Sin embargo, sólo en el caso de que no exista filiación adoptiva, cuando dé resultados la investigación de la filiación biológica, el mismo Derecho canónico le asignará directamente todos los efectos propios de la paternidad, maternidad y filiación¹⁰⁴⁰.

En el caso de que exista la concurrencia con la filiación adoptiva, la paternidad, maternidad y filiación resultantes tendrán sólo efectos probatorios y los referentes al impedimento de consanguinidad del canon 1091 CIC 83 y canon 808 CCEO. Así, también se puede dar la investigación de la paternidad y utilizar cualquier prueba a raíz de un proceso matrimonial como incidente, pensemos en un impedimento de consanguinidad. Además, se puede producir

¹⁰³⁸A. Mostaza, "Matrimonio", in: *Nuevo Derecho Parroquial*, Madrid 1994, p. 492. "La filiación natural es un hecho puramente biológico que da lugar a una relación jurídica entre padres e hijos".

¹⁰³⁹F. Aznar, "sub c. 1138", in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1999, pp. 598-9

¹⁰⁴⁰ Vid. Cap. II, ap. 2.1.- Ausencia de definición en la legislación y conceptos utilizados por la doctrina; así mismo nos remitimos a las citas que constan en el mismo.

la investigación de paternidad dentro de un procedimiento administrativo relativo a la anotación de bautismo. A este respecto no podemos obviar las posibles cuestiones que puede plantear el canon 877. 3 CIC 83 sobre la anotación del bautismo del hijo adoptado y su homólogo 689.3 CCEO¹⁰⁴¹.

No sucede lo mismo en el Derecho civil. En este ordenamiento el conocimiento del origen biológico tiene unos presupuestos distintos a los de la libertad de investigar la paternidad, y también una fundamentación constitucional distinta, como hemos visto¹⁰⁴². Esta diferente fundamentación se debería a la consideración de que el artículo 39.2 de la Constitución va dirigido básicamente a que la filiación sea determinada atendiendo al interés del hijo. Así, el derecho a conocer el origen biológico en el Derecho civil resulta independiente del derecho a la libre investigación de la paternidad y a la determinación de la paternidad. Esta idea queda clara incluso en los casos del hijo adoptado. El motivo es evidente, en el caso de los hijos adoptados la determinación civil de la filiación no tendrá ningún efecto más allá de los determinativos y los propios del impedimento de consanguinidad. Así, respecto de los hijos adoptivos, los efectos que produce la filiación por naturaleza¹⁰⁴³ determinada civilmente serían los mismos que los de la filiación biológica en el caso del Derecho canónico. No obstante resulta distinta esta determinación de la filiación, a la cual va dirigida la libre investigación de la paternidad, respecto del derecho a conocer el origen biológico, que no comporta determinación de la filiación.

¹⁰⁴¹ Vid. Cap. III, ap. 4.2, pto D) La adopción e inscripción del bautismo; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

¹⁰⁴² Vid. Cap. IV, ap. 2 El Derecho a conocer el origen biológico; principios constitucionales conexos; así mismo nos remitimos a las citas que constan en el mismo. De especial importancia resulta la idea de que la fundamentación del origen biológico no se basa en el artículo 39.2 de la Constitución; sino en los principios de libertad de conciencia, libre formación de la personalidad e intimidad consagrados en los artículos 16.1, 10.1 y 18.1 respectivamente.

¹⁰⁴³ Esta precisión respecto de la filiación por naturaleza civil y la canónica en los casos de adopción tiene relevancia debido a que la filiación por naturaleza civil podría provenir de una atribución basada en el consentimiento de la reproducción asistida.

Más allá de la fundamentación constitucional¹⁰⁴⁴ del derecho a conocer el propio origen, en el caso de la adopción, este derecho está reconocido en el artículo 180.5 del Código Civil español. En el mencionado artículo se recoge de forma explícita el derecho a conocer el propio origen cuando el hijo alcance la mayoría de edad o durante la minoría representadas por sus padres. Este derecho resulta independiente de la posibilidad de la determinación de la filiación por naturaleza que se reconoce en el artículo 180.4 del mismo código. Como hemos visto, análogos preceptos encontramos en el artículo 235-49. 1 y 2 del Codi Civil de Catalunya. Por lo que respecta al Derecho canónico, como hemos dicho, este principio viene unido al de libre investigación de la paternidad y maternidad. Así, tal derecho viene garantizado en el ordenamiento canónico por: la libertad de medios de prueba, el hecho de que las causas respecto del estado de las personas no pasan nunca a cosas juzgada y demás medios que hemos estudiado¹⁰⁴⁵.

B) LA ATRIBUCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL HIJO ADOPTADO

Según lo que hemos visto en el apartado anterior, la simultaneidad de la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva que se da en el ordenamiento civil como una posibilidad y en el canónico en todos los casos de adopción es una característica de la filiación adoptiva. Esta característica resulta fundamental en la atribución de la filiación por adopción. Esto se debe a que esta concurrencia de filiaciones, junto con el hecho de que el título de esta atribución de la filiación por adopción sea una resolución judicial, la diferencian respecto de otra forma de atribución jurídica; la del consentimiento de la reproducción asistida heteróloga del cónyuge.

Entendemos que es de gran importancia reconocer que el principio que inspira la posibilidad de esta simultaneidad de la filiación por naturaleza y la

¹⁰⁴⁴ Arts. 10.1, 16.1 y 18 CE.; Vid. Cap. IV, ap. 2 El Derecho a conocer el origen biológico; principios constitucionales conexos.

¹⁰⁴⁵ Vid. Cap. II, ap. 3.- Cauces procesales y procedimentales para conocer la filiación; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

adoptiva es el mismo interés del hijo. Así, el mismo interés del hijo en que se fundamenta la institución de la adopción sustenta esta concurrencia de filiaciones. En este sentido se infiere claramente que el concepto de interés del hijo supera una concepción meramente asistencial en ambos ordenamientos, e incluso que se extiende más allá de los elementos que configuran el ejercicio de la patria potestad. De esta manera, tanto en el derecho Civil como en el Canónico se están incluyendo en el interés del hijo los elementos identitarios y los que se refieren a la intimidad y a la libertad de conciencia del hijo.

Tales elementos tendrán una especial consideración por la propia naturaleza del Derecho canónico y su ordenación a la “*Salus Animarum*”. También, se entenderán intrínsecamente unidos a la verdad natural o biológica de la filiación en este ordenamiento. Así mismo, en el Derecho civil resultan fundamentales tales aspectos identitarios en el bien del hijo¹⁰⁴⁶. Esta importancia de lo referente a la identidad en el Derecho civil produce la relevancia de la verdad biológica en este ordenamiento hasta el punto de posibilitar la coexistencia de la misma junto con la filiación adoptiva. Es más, es el mismo interés del hijo, entendido de esta manera amplia, el que justifica el simple derecho a conocer el origen biológico. Además este mismo interés del hijo justifica la posibilidad del mismo de investigar y determinar la filiación, más allá del simple conocimiento.

De todo lo expuesto concluimos que el mismo fin de la institución de la adopción, el interés del hijo, es el que produce que la atribución adoptiva de lugar a una clase de filiación distinta a la filiación por naturaleza en ambos ordenamientos. Una filiación que concurre con la filiación por naturaleza debido a la historia vital que da lugar a tal filiación; y que se justifica desde el bien del menor que hace preferible que otros padres ejerzan la patria potestad. Como hemos dicho, en el caso del Derecho canónico esta concurrencia se dará

¹⁰⁴⁶ Vid. Cap. IV, ap. 2.1.- Derecho a conocer el origen biológico al margen de la determinación de la filiación y sus efectos. Especialmente importante resulta el puto C) Contraste de las posturas y consideración del derecho a conocer el propio origen; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

en todo caso debido a la identificación de filiación biológica y natural. En el del derecho Civil se dará cuando la filiación por naturaleza haya sido determinada.

C) CONCURRENCIA DE AMBOS ORDENAMIENTOS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN

Ya hemos comentado cómo la perspectiva de este derecho es distinta en el ordenamiento civil y en el canónico, ya que en el primero el derecho a conocer el origen biológico es distinto al de libre investigación de la paternidad y en el segundo no. No obstante, en el caso de la adopción es un derecho que es reconocido en ambos ordenamientos. La cuestión que se plantea a la hora de hacer efectivo tal derecho es también que en la praxis vienen implicadas las distintas administraciones con los diferentes derechos de reserva. En este sentido el mismo artículo 180.5 del Código Civil español afirma: “Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”.

Más específica resulta la legislación en el caso del artículo 235-49.3 del Codi Civil de Catalunya, en el mismo se hace referencia a un proceso de mediación, el cual se venía planteando ya desde hace tiempo por la administración de la Generalitat: “Las administraciones públicas deben facilitar al adoptado, si los pide, los datos que tengan sobre su filiación biológica. A tal fin, debe iniciarse un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto el adoptado como su padre y su madre biológicos deben ser informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte con relación al posible encuentro”. Otra concreción de este derecho hecha por el Codi Civil de Catalunya sería la obligación de los padres de los padres adoptivos de que “tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor”, tal y como se reconoce en el artículo 235-50 del mismo Codi. A este

respecto ya hemos referido las críticas de la doctrina al estudiar específicamente el sistema catalán.

La cuestión que se plantea en el ordenamiento canónico es ¿Qué actitud deben adoptar los operadores del Derecho canónico ante la búsqueda del propio origen por parte del hijo? Entendemos que debe de ser una actitud de colaboración inspirada fundamentalmente en el derecho a la elección del propio estado de vida del canon 219 CIC 83 y el derecho a la intimidad entendida en un sentido positivo fundamentada en el canon 220 CIC 83. En virtud de estos preceptos habrá que admitir esta colaboración como uno de los fines congruentes con la misión de la Iglesia prevista por el canon 114 CIC 83¹⁰⁴⁷ su homólogo el canon 920 CCEO y por el canon 298.1 CIC 83¹⁰⁴⁸. Así este fin de colaborar en la búsqueda del propio origen no se puede considerar contrario a aquella misión de caridad que anima atender a las madres en situación de riesgo y al cuidado de los menores en situación de desamparo. Muy por el contrario, será un fin complementario los mismos. Esta complementariedad se da justamente en orden a la protección de los hijos cuyo interés es preferente y que completa los fines caritativos que animan estas asociaciones o personas jurídicas eclesíásticas dedicadas a ayuda de la madres embarazadas.

¹⁰⁴⁷ Además habrá que tener en cuenta que no sería admisible que para conseguir un fin canónico alabable, como es el de la protección de las embarazadas y madres en situación de desvalimiento y evitar abortos, se derivara una situación posterior de lesión de un derecho fundamental del hijo, como es la posibilidad de conocer su propio origen. En este sentido hay que recordar que no estaríamos ante un conflicto de bienes e intereses pues este derecho del hijo se ejercitaría posteriormente a su nacimiento y a su adopción. A este respecto entendemos de mucho interés la afirmación de Locastro comentando el c. 114 CIC 83: “La valoración a la que es llamada la autoridad eclesíástica por el & 3, por lo que se refiere a la “utilidad” del fin, no se refiere al fin en sí mismo considerado (no hay duda de que, considerado en abstracto, un fin de piedad, de caridad, o de apostolado es congruente con los fines de la Iglesia), sino a su persecución en las concretas circunstancias en las que debería actuar el ente...” (G. Locastro, “sub. c. 114”, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 1995, pp. 785).

¹⁰⁴⁸ En este sentido afirma Navarro: “Mientras que algunos fines son estrictamente eclesiales..., y, por tanto, son necesariamente objeto del derecho de asociación del fiel, otros, como llevar a cabo obras de caridad o actividades más relacionadas con el orden temporal, pueden ser pretendidos tanto por asociaciones canónicas –surgidas del ejercicio del derecho del fiel-, como por asociaciones civiles –nacidas en virtud del derecho humano de asociación-, sean o no promovida y dirigidas por católicos...” (L.F. Navarro, “sub. c. 298”, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 1995, pp. 424)

La virtualidad y eficacia de estos principios y ordenaciones que establece el mismo CIC 83 vendría dada por el canon 42 CIC 83 para los casos en que la autoridad eclesiástica requiera a la institución para facilitar información respecto del origen biológico. El mismo canon afirma que “El ejecutor de un acto administrativo debe proceder conforme al mandato; y la ejecución es nula si no cumple las condiciones esenciales señaladas en el documento, o no observa forma sustancial de proceder”.

En este trabajo no entramos en ninguno de los supuestos concretos que parece que se han ido planteando en la actualidad de acuerdo con las noticias de prensa. No obstante, entendemos que es el momento de señalar algunos tipos delictivos que podrían guardar relación conductas de omisión del deber de auxilio a los hijos en el derecho de conocer su propio origen. Evidentemente nos referimos a conductas extremas que se vinculan a actividades ilegales para el ordenamiento canónico pero que pueden lesionar el derecho del hijo a conocer su propio origen. En este sentido mencionamos El canon 1391, 1º y 3º tipifican como delito eclesiástico: la falsificación de un documento público eclesiástico, o alteración, destrucción u ocultamiento de uno verdadero, o utiliza uno falso o alterado; el afirmar algo falso en un documento público eclesiástico. El canon 1368 CIC 83 tipifica como delito el dar o prometer cosas “para que quien ejerce una función en la Iglesia haga u omita algo ilegítimamente debe ser castigado con una pena justa, así como quien acepta esos regalos o promesas”. En un momento dado también podría ser castigada la negociación de los clérigos si esta se hubiera dado en torno al conocimiento del origen biológico. En este sentido el canon 1392 CIC 83 afirma: “Los clérigos o religiosos que ejercen el comercio o la negociación contra las prescripciones de los cánones deben ser castigados de acuerdo con la gravedad del delito”. Los mismos preceptos los encontramos en los cánones 1463, 1455 y 1466 CCEO respectivamente.

De mucha mayor gravedad serían otras conductas delictivas que indirectamente pueden incidir en el derecho del hijo a conocer el origen

biológico. Así, la figura del delito canónico del rapto se podría aplicar a la sustracción de un recién nacido mediante fraude tanto fuera para la adopción como para una suposición de parto. En este sentido el canon 1397 CIC 83 habla de la acción de raptar con violencia o fraude a un ser humano. El delito de rapto se encuentra tipificado también en el canon 1451 CCEO. También podría incidir en el derecho a conocer el origen biológico el tipo delictivo del canon 1366 CIC 83 “Los padres, o quienes hacen sus veces, que entregan a sus hijos para que sean bautizados o educados en una religión acatólica”. Este mismo delito se recoge también en el canon 1439 CCEO. Es cierto que los bienes protegidos en estos casos son distintos, pero no podemos negar que en algunos supuestos estos tipos delictivos también afectarían al derecho a conocer el origen biológico del menor.

3.- Supuestos filiatorios generados por las técnicas de reproducción humana asistida

3.1.- Respecto de las técnicas de reproducción humana asistida homóloga

A) TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA INTER VIVOS

A pesar de que la doctrina de la Iglesia considera moralmente reprobables las técnicas de reproducción asistida homólogas, la determinación de la filiación por naturaleza no queda alterada por las mismas. En este sentido el Derecho canónico aplica el principio de no transferencia de las consecuencias de las acciones de los padres a los hijos. Así mismo, también se seguiría el criterio biológico. Por tanto, en la filiación resultante de estas técnicas de reproducción asistida homóloga existe una coincidencia en el criterio de atribución de la filiación tanto por el Derecho civil como por el Derecho canónico. Cuestión distinta es que tal filiación sea determinable en el Derecho civil, para ello tenemos que remitirnos a la normativa general de la determinación de la

filiación¹⁰⁴⁹. Esta normativa, como sabemos, en principio se fundamenta en la filiación biológica, con los límites necesarios para garantizar los principios derivados de la seguridad jurídica.

En cuanto al sistema de atribución del Codi Civil de Catalunya, según su artículo 235-8.1 los hijos habidos en la reproducción asistida serán hijos del cónyuge que consiente. Según este precepto, el criterio consensual de la atribución de la paternidad y maternidad se daría en todos los casos de reproducción asistida. Así este criterio también se daría en los casos de reproducción asistida homóloga. En este aspecto, teóricamente supondría una divergencia mayor con el criterio biológico y por tanto también del criterio del derecho canónico. Sin embargo, no podemos dejar de constatar que esta divergencia sería más teórica que práctica. En primer lugar porque en el caso de que el cónyuge no consintiera no se podría dar tal inseminación. Pero, además, porque por vía judicial cabría la reclamación de la filiación tanto al padre como al hijo. En este sentido ya hemos comentado como Rivero¹⁰⁵⁰ propone la aplicación analógica de la presunción de la paternidad. Por tanto en la práctica podemos decir que también el Codi Civil de Catalunya no presentaría ningún obstáculo significativo en la coincidencia entre filiación biológica y filiación por naturaleza en los casos de reproducción asistida homóloga.

B) FECUNDACIÓN ASISTIDA POST MORTEM

En el caso de la fecundación postmortem, seguirá el mismo criterio general establecido para cada uno de los ordenamientos que referimos en el primer párrafo. Sin embargo, debemos de hacer una mención específica a la misma dado que en nuestro ordenamiento civil, tanto en el artículo 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida como en el artículo 235-8 del Codi Civil de Catalunya, uno de los requisitos que establece para la

¹⁰⁴⁹Vid. Cap V, ap. 3.- La Determinación de la filiación; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

¹⁰⁵⁰ F. Rivero, "La filiación en el Derecho Civil de Cataluña", in: *Tratado de Derecho de la Familia vol. VII , La Familia en los distintos derechos forales*, Dirs. M. Izquierdo – Matilde Cuenca, Zizur Menor (Navarra) 2011, p. 402.

determinación de la filiación es el consentimiento del difunto. Este consentimiento será fundamental para la determinación directa de la filiación en el caso de la filiación matrimonial o para iniciar el expediente registral para la determinación de la misma en caso de que los progenitores sean pareja de hecho. Sin embargo, debemos de recordar que sólo se trata de un requisito más para la determinación de la filiación que viene atribuida por el criterio biológico. Efectivamente sin que exista el vínculo biológico de pro genie el consentimiento paterno no atribuiría la filiación en el caso del uso de las técnicas de reproducción asistida homóloga postmortem. Es más, Pérez Monge¹⁰⁵¹ cuestiona la imposibilidad de determinar la paternidad en caso de falta de consentimiento. Especialmente claro aparece este cuestionamiento para la determinación judicial de la paternidad. Por esto este autor le parecía más razonable la prohibición de aplicar esta táctica sin el consentimiento del marido o pareja.

Según lo antedicho, si bien se establece unos criterios de determinación de la filiación civil más restrictivos que en otros casos de inseminación artificial homóloga comparte con el derecho canónico el criterio de atribución de la filiación. En este caso, podría existir una paternidad canónica que no vendría determinada civilmente. En estos casos hay que decir que a diferencia de la inseminación artificial heteróloga, sí sería relativamente fácil el conocimiento y la constancia canónica de la paternidad. Esto ocurriría en el caso en que la madre acredite que la inseminación artificial se ha hecho con espermatozoides del

¹⁰⁵¹ En este sentido Pérez Monje plantea la cuestión en los siguientes términos: “Así pues, la consecuencia teórica de no cumplir los requisitos, aplicando la literalidad del precepto, es que no podría determinarse la filiación, según establece el artículo 9.1. Sin embargo, si se produce el nacimiento, a mi juicio, debe protegerse el interés del menor y reconocerse la paternidad respecto de varón, con todas sus consecuencias, incluidos los derechos sucesorios. Me parece que el artículo 9.1 simplemente debería establecer una prohibición, o incluso sería deseable de *lege ferenda* su supresión, de tal modo que se admitiese la fecundación post mortem, cumpliendo determinados requisitos, y en el caso de que no se cumpliesen se permitiese su determinación según las reglas generales del Código Civil. Reconozco las objeciones señaladas pero me parece que, si se ofrece una solución contraria, ésta será, en principio en perjuicio del nacido, ya que no se podrá determinar su paternidad respecto a otro varón, ni tampoco con parientes paternos (a salvo de un posible reconocimiento de complacencia)” (M. Pérez Monge, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Madrid 2002, p. 312)

marido premuerto. En estos casos entendemos que sería inscribible en el libro de bautismos de acuerdo con la norma prevista por el canon 877.2. Así, si existiera otra paternidad civil determinada debido a un reconocimiento por complacencia éste, debería de tenerse por aquel “que hace las veces de padre” para el derecho canónico. En todo caso, hay que decir que este supuesto, al igual que el derecho a conocer el origen biológico, resulta muy difícil que se den por la razón de que sólo en caso de consentimiento del padre y de cumplimiento de las demás condiciones el Derecho civil permitiría acceder a la madre a la inseminación con gametos del padre.

3.2.- Respecto de las técnicas de reproducción asistida heterólogas

A.- LA FILIACIÓN RESPECTO DE QUIEN SE SOMETE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y APORTA SUS GAMETOS

Previamente a desarrollar este aspecto debemos de aclarar respecto de quienes afectan estas técnicas a la hora de atribuirse y determinarse la filiación. Habría que decir que no afecta a la filiación de quien se somete a las técnicas de reproducción asistida aportando algún material genético, esto tanto en el ordenamiento civil como en el canónico. La razón es clara, al aportar su propio material genético hablaremos de una atribución biológica de la filiación, por tanto en este caso hablaríamos de una filiación biológica propiamente dicha. A continuación vamos a tratar los casos en que la atribución y determinación de la filiación sí vendrían afectadas por el uso de las técnicas de reproducción asistida heteróloga:

B- ATRIBUCIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN RESPECTO DEL QUE CONSIENTE LA APLICACIÓN DE ESTAS TÉCNICAS A SU CÓNYUGE O PAREJA; ESTUDIO COMPARADO

Como hemos tratado, el Derecho canónico no considera títulos de atribución de la filiación los contratos por los cuales el cónyuge o la pareja de la

mujer que se somete a las técnicas de reproducción asistida las consiente¹⁰⁵². Así no existiría tal excepción a la coincidencia entre filiación biológica y filiación por naturaleza. Cuestión distinta es que ante una situación fáctica que le viene dada por el ordenamiento civil, el Derecho canónico aplica el principio del interés superior del hijo y también el de seguridad jurídica utilizando la fórmula de “quien hace las veces de padre”. De esta manera no sólo se le reconocen los efectos civiles, sino que se le atribuyen también los efectos canónicos a aquel que en el tráfico jurídico civil es considerado el padre o madre del menor¹⁰⁵³.

En el ámbito civil hay que entender que la filiación otorgada por consentimiento del cónyuge o de la pareja del que se somete a la reproducción asistida heteróloga (art. 8.1 y 2 LTRHA) es considerada como una filiación por naturaleza. A esta conclusión se llega porque el Código Civil no distingue ninguna clase de filiación legal que no sea la adopción de acuerdo con el artículo 108.1 del Código Civil. Más claro aún resulta el Codi Civil de Catalunya donde en su artículo 235.3 explícitamente se considera la filiación del cónyuge o pareja que consintió la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a la otra parte como filiación por naturaleza. No obstante hay doctrina civilista¹⁰⁵⁴ que considera que se trataría de una filiación jurídica. La razón que dan fundamentalmente es que la atribución en este caso se da por un consentimiento prestado jurídicamente y no por la biología. Sin embargo, a este respecto hay que decir que, a diferencia del Derecho canónico, en el ordenamiento civil la filiación por naturaleza es una categoría jurídica de la filiación. Se trata de una clase de filiación basada en una atribución que puede

¹⁰⁵² Vid. Cap. VII, ap. 5 “Estudio comparado del principio de libre investigación de la Paternidad y Maternidad”; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

¹⁰⁵³ Vid. Cap. VII, ap. 2.3.- La figura Canónica de “quienes hacen las veces de padres” en la educación del menor.

¹⁰⁵⁴ J.J. Iniesta, “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”..., op. cit., p.802; P. Benavente, “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, in: *ADC*, T. LXIV, 2011, pp. 92-4: “No obstante, es evidente que, tanto en la atribución de paternidad al marido de la usuaria, como al varón que comparte la vida con la misma, antes y ahora, se crea una ficción legal, en la medida en que ni uno ni otro son efectivamente los progenitores del hijo nacido con la fecundación asistida “con donante” y por tanto, en puridad, ya no podríamos hablar de un filiación por naturaleza “*strictu sensu*” respecto de ambos “progenitores”.

ser biológica o jurídica¹⁰⁵⁵. Esta atribución jurídica se diferencia de la adopción por ser previa al nacimiento del hijo, de tipo consensual y sin concurrencia de la paternidad o maternidad del progenitor biológico distinto del cónyuge o pareja.

En definitiva, vemos que la filiación por consentimiento a las técnicas de reproducción asistida heteróloga del cónyuge o pareja pone en evidencia un distinto concepto de la filiación por naturaleza en el Derecho civil y canónico. En el Derecho canónico filiación por naturaleza es siempre atribuida biológicamente y no se trata de una categoría jurídica sino de una categoría natural a la que el ordenamiento jurídico le concede efectos. Por el contrario en el Derecho civil la filiación por naturaleza es una categoría jurídica que abarca tanto la filiación atribuida por la biología como aquella atribuida por el consentimiento jurídico, previo al nacimiento y sin concurrencia con la del donante. Por este motivo la paternidad y maternidad por el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida del cónyuge o pareja no puede considerarse en el Derecho canónico una filiación. Efectivamente, no tratándose de la filiación biológica la única filiación que reconoce por canonización es la adoptiva.

Respecto de lo que tratamos en el párrafo anterior, hay que tener en cuenta que la filiación por consentimiento a las técnicas de reproducción asistida heteróloga del cónyuge, no es considerada ni una adopción, ni algo análogo a la misma. Efectivamente el hecho de estar incluida dentro de la llamada filiación por naturaleza excluye toda posibilidad de considerar esta filiación civil dentro del ámbito del canon 110 que canoniza la adopción. En definitiva este padre o madre no serían para el Derecho canónico un padre o madre adoptivos sino aquel “que hace las veces de padre” por designio de la Jurisdicción civil. En este sentido habría que decir que conforme a las normas de la doctrina de la Iglesia no podrían darse estos contratos por los que se atribuye la paternidad por el consentimiento. Este aspecto, que ya lo hemos

¹⁰⁵⁵ Vid., Cap. VI, ap. 2.3.- Atribución y determinación de la filiación del cónyuge o pareja de la mujer sometida a técnicas de reproducción asistida Heteróloga.

tratado¹⁰⁵⁶, tiene aún más relevancia en lo referente a la defensa de ambos ordenamientos del principio de veracidad biológica y sus diferencias.

C) EL DONANTE ANÓNIMO Y LA FILIACIÓN EN AMBOS ORDENAMIENTOS

Un caso distinto al que hemos tratado anteriormente sería el del donante anónimo. Como ya sabemos, en Derecho civil este donante anónimo nunca podrá serle determinada una filiación respecto del hijo que se engendre con su material genético (arts. 5.5 y 8.3 LTRHA). En cambio este donante es biológicamente el padre tanto si llegase a conocerse, como si no se llega a conocer. Esto supone que según el criterio biológico de atribución de la paternidad que sigue el Derecho canónico, tal donante sería el padre de la criatura que se engendra con su material genético¹⁰⁵⁷. También conocemos que, superando el criterio de *mater Semper certa est* y siguiendo el criterio biológico – genético, que es el que aporta la diversidad biológica y el origen de la vida humana, una donante sería madre biológica¹⁰⁵⁸. Por tanto, también sería considerada como madre para el Derecho canónico. A partir de esta consideración, y de que el cónyuge o pareja que prestaron el consentimiento al uso de las técnicas es padre civil y considerado como “aquel que hace la figura de padre” en el Derecho canónico, se debe de estudiar la articulación de ambos ordenamientos en la materia.

Al estudiar el principio de libre investigación de la paternidad ya hicimos referencia a la gran dificultad de que el hijo llegue a conocer la identidad del donante. Tal dificultad extraordinaria es debida a la restricción del artículo 5.5 de la Ley de Reproducción Asistida. Pero esta dificultad no es una imposibilidad absoluta. Así en algunas ocasiones muy excepcionales, el hijo

¹⁰⁵⁶ Vid. Cap. VII, ap. 1.1.- El principio de veracidad biológica y sus límites en la filiación por naturaleza; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

¹⁰⁵⁷ Vid. Cap. II, ap. 5, pto. B) Hijos concebidos por la técnica de la fecundación artificial heteróloga; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

¹⁰⁵⁸ Vid. cap. II, ap. 5. B.b) La implantación de un óvulo a la mujer que se fecunda con esperma de otro hombre.

puede llegar a conocer la identidad del donante¹⁰⁵⁹. Esta posibilidad supone que el hijo en algún caso podría llegar a conocer la identidad del padre o madre de acuerdo con la biología y el Derecho canónico. En atención a estos supuestos tenemos que estudiar los efectos que el ordenamiento canónico concedería a esta filiación y la articulación de ambos ordenamientos en estas situaciones. A este respecto ya hemos tratado que en estos supuestos el padre o madre biológico, -donante-, sería considerado padre o madre debido a la unión entre filiación biológica y por naturaleza en el ordenamiento canónico. Sin embargo, en estos supuestos, cobra especial importancia la anotación en la partida de bautismo. Esta relevancia es debida a la importancia práctica de la partida de bautismo como ocasión de libre investigación de la filiación y prueba de la misma. Pero también por la importancia como sacramento que atribuye la subjetividad jurídica en el ordenamiento de la Iglesia y como puerta de toda la economía sacramental. En referencia a esta cuestión hay que distinguir distintos supuestos:

a) Cuando el donante y el hijo mayor de edad o emancipado se conocen y prestan su anuencia a la anotación de la filiación en el libro de bautismos. En esta situación habría que entender que surtirían los efectos de la filiación y podría procederse a anotarse en la partida de bautismo de acuerdo con lo establecido en el canon 877.1 del CIC 83 y en el canon 689.1 del CCEO. Evidentemente aquellos efectos en que el Código hace referencia a “quienes hacen las veces de padres” los ejercitaría el padre o la madre no biológica reconocidos por la ley civil, siempre que este estuviera ejerciendo la patria potestad. También se darían los efectos que el Derecho canónico reconoce a “quienes hacen las veces de padres” en los casos en que otra persona ejerza los de derechos y obligaciones derivadas del ejercicio de hecho de la actividad

¹⁰⁵⁹ Art. 5.5, p.3 LTRHA: Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

parental. Tal consideración se fundamentaría en el principio del interés superior del hijo que anima el derecho Canónico en materia de filiación.

b) Cuando el padre o madre biológicos, -donante-, y el hijo fueran conocidos pero no existiera la anuencia del hijo mayor de edad o emancipado entendemos que, aunque sería padre o madre a efectos del Derecho canónico, no procedería su anotación en el libro de bautismos. Los fundamentos para esta posición serían justamente el principio del interés superior del hijo en relación con el de libertad para escoger el estado de vida del canon 219 del CIC 83.

Es cierto que una aplicación analógica del canon 877. 2 CIC 83 llevaría a hacer depender esta anotación del hecho de que la paternidad o maternidad constara en documento público o así lo declarara el interesado ante el párroco y dos testigos. Pero esta posibilidad resulta extraordinariamente complicada a efectos prácticos y también de principios del derecho. A efectos prácticos resultaría casi imposible que conste en un documento público esta filiación, porque el único que en casos extraordinarios puede tener acceso a la información sobre la paternidad y maternidad biológica es el propio hijo. Además ante una declaración del presunto padre biológico el hijo podría impugnar la anotación hecha en base a esta declaración por vía administrativa. En tal caso no resultaría nada fácil al padre llegar a demostrar su paternidad ya que no sería posible obligar al hijo a someterse a unas pruebas de A.D.N. en el fuero canónico. Por otra parte la paternidad del donante no podría ser determinada nunca en el fuero civil justamente por el anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA) y por la imposibilidad de impugnar la paternidad o maternidad del cónyuge que consintió (art. 8.1 y 7.3 LTRHA).

Además, no podemos olvidar que lo que pretende probar de manera directa y principal la anotación de bautismo es, justamente, el bautismo de las personas y no la paternidad, maternidad o filiación. Es cierto que respecto de la paternidad, maternidad y filiación la anotación haría las veces de prueba indirecta. Pero esto no se puede confundir con un sistema de determinación de la filiación tal y como lo hemos expresado anteriormente. Ante este instrumento

jurídico con valor de prueba indirecta entendemos que la concreción del derecho del hijo a escoger el propio estado de vida primaria como derecho fundamental. Así, este derecho aplicaría el criterio general que comenta San José a la hora de realizar la anotación del bautismo: “se debe evitar cuanto sea contrario a la verdad, pero también cuanto pueda resultar infamante para la persona del bautizado”¹⁰⁶⁰. A este respecto no debemos de olvidar que estas técnicas de reproducción asistida heteróloga no son consideradas como éticamente aceptables para la doctrina de la Iglesia. No obstante reiteramos que, por más que no se llegue a anotar en la partida de bautismo, para el Derecho canónico este progenitor biológico donante es padre o madre del hijo engendrado con sus gametos.

c) ¿Sería inscribible el nombre del padre o madre biológico, por voluntad del hijo o de sus representantes legales y contra la voluntad del progenitor biológico donante? En principio lo que hay que decir es que esta situación sería muy difícil que pudiera plantearse. En primer lugar porque no podría hacerse esta anotación por la simple declaración del hijo. Aplicándose analógicamente el canon 877.2 CIC 83 debería de hacerse por documento público o por la declaración del padre o la madre ante el párroco y dos testigos. Así hay que decir que en el caso de que llegara a conocer el hijo la identidad del donante sería de extraordinaria dificultad, por no decir casi imposible que tenga un documento público que lo demuestre. La única excepción sería la constancia en alguna sentencia penal y en tales ocasiones resultaría insólito que el hijo promoviera esta modificación en la partida de bautismo. No obstante en este caso, más hipotético que práctico, sí que considero que la verdad biológica vendría unida al interés del hijo que ejercita mediante este recurso administrativo su libertad de conciencia.

No entendemos que de producirse este caso se produjera una colisión entre el Derecho del estado y el Derecho canónico¹⁰⁶¹. No olvidemos que, como

¹⁰⁶⁰ J. San José, “sub. c. 877”, in: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2008, p. 526.

¹⁰⁶¹ *Ibidem.*, p. 223: “Por lo que se refiere al asiento en el libro de Bautismos el Estado español respeta y protege la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos

hemos repetido en varias ocasiones, la anotación de bautismo no es un medio de determinación de la filiación, ni siquiera una prueba directa, lo que contiene de manera directa y principal es la prueba del hecho del bautismo. Por otra parte el bautismo es un sacramento de la Iglesia y por lo tanto no es un hecho jurídico canónico con eficacia civil. En todo caso, para garantizar la confidencialidad cabría aplicar la misma solución que bastantes conferencias episcopales han dado para los padres naturales en caso de adopción, es decir, guardar la inscripción en el archivo secreto de la Curia. En el archivo parroquial sólo se haría una referencia al mismo¹⁰⁶².

d) Cuando exista oposición de los que constan como padres en el Derecho Civil.

d.1) Cuando el hijo sea menor la oposición de los padres y quienes hacen las veces de padres daría lugar a una situación análoga a la que hemos descrito en el caso de que mostrara su oposición el hijo mayor de edad o emancipado. No olvidemos que los padres o quienes hacen las veces serían los encargados de preservar y educar su libertad de conciencia y la capacidad de elección de estado de vida del hijo. Esta responsabilidad les vendría dada en virtud de la obligación y derecho a la educación (c. 793.1 CIC 83). En este sentido entiendo que sería aplicable este canon de forma prevalente al canon 226 CIC 83¹⁰⁶³. Es cierto que este último canon se encuentra en el estatuto de derechos y obligaciones de los fieles laicos y afirma que “por haber transmitido la vida a sus hijos, los padres tienen el gravísimo deber y el derecho de educarles”, por tanto no incluye a los que no siendo padres “hacen las veces”. Pero no es menos cierto que en estos casos uno de los padres biológicos, -el donante-, ha hecho un

pertenecientes a la Iglesia católica (Estado Español y Santa Sede, Acuerdo sobre Asuntos jurídicos [3-1-1979] II 6), pero exige de la Iglesia la inviolabilidad y la confidencialidad de dichos archivos, que no deben de ser cancelados...”.

¹⁰⁶² F. Aznar, “La Inscripción o Registro de los hijos Adoptados en la Legislación Canónica”, in: *REDC* (1997) 145-8.

¹⁰⁶³ “sub. c. 226”, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 1995, p.175: “Se trata, por tanto, de un derecho natural de los padres, cuyo reconocimiento, tanto en Derecho canónico como en los Derechos de los Estados, comporta numerosas manifestaciones. Este derecho natural de los padres, defendido con determinación por la Iglesia frente a los poderes estatales, conserva su mismo alcance de Derecho natural en el ordenamiento canónico”.

acto de renuncia previamente al nacimiento o a la concepción y ha ejercitado de hecho tal renuncia. Ante esta renuncia, habría que estar a lo que prescribe el citado canon 793.1 CIC 83 situado en el título referente a la educación católica. En tal canon se nos dice que “los padres y quienes hacen las veces tienen la obligación y el derecho de educar a la prole”¹⁰⁶⁴.

En todo caso, al igual que hemos afirmado en los supuestos en los que es el hijo mayor el que se opone, el progenitor donante sigue siendo considerado padre. Cuestión distinta es que se considere inoportuna la constancia del mismo en la partida de bautismo. Así mismo añadimos que, de acuerdo con el tenor literal del canon 877 del CIC 83, quien “hace las veces de padre” no debe constar tampoco en la partida de bautismo. A este respecto ya hemos hecho la correspondiente crítica cuando hemos tratado la institución canónica de “quienes hacen las veces de padres”.

d.2) Cuando el hijo sea mayor de edad, o esté emancipado se ha de entender que la opinión de los padres o “quienes hacen las veces”, sea favorable o contraria a la constancia en la inscripción del bautismo, no tendría relevancia determinante. Efectivamente, la opinión contraria de los padres que constan en la inscripción de bautismo o quienes hacen las veces no podrían impedir la anotación de la paternidad o maternidad biológica cuando el hijo mayor de edad o emancipado no se opusiera. En este sentido, además del principio de verdad biológica se debería alegar el de inmunidad de coacción para escoger el estado de vida del canon 219 del CIC 83. Entendemos que no existiría problema de articulación con el Derecho civil por las mismas razones que hemos manifestado anteriormente. Reseñamos especialmente los siguientes motivos: porque la partida de bautismo demuestra directa y principalmente el

¹⁰⁶⁴ D. Cito “sub. c. 793”, in: *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña, Barañáin 1995, pp. 216-7: “...se dirige a afirmar el papel que corresponde a los padres en virtud del Derecho natural, frente a ilegítimas injerencias de otras personas; pero, por otra parte, no significa que tal derecho-deber sea exclusivo o excluyente ...Los titulares de este derecho-deber son, además de los padres, los que hacen sus veces; es decir, aquellos a quienes ha sido legítimamente confiada la prole en ausencia de los padres o en casos de imposibilidad o incapacidad de estos para proveer a la educación de los hijos”.

mismo hecho de bautismo; porque esta anotación en ningún caso es un sistema de determinación de la filiación alternativo al civil.

D) DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN DEL HIJO CONCEBIDO MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

A pesar de que el artículo 5.5 de la Ley Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹⁰⁶⁵ ha aumentado algo las situaciones en las que el hijo tiene derecho a conocer su origen biológico, estas situaciones no dejan de ser una total excepción en el ámbito del Derecho civil. Este derecho a conocer el propio origen del hijo, defendido por un amplio sector doctrinal¹⁰⁶⁶, no deja de ser una importante línea doctrinal respecto de cómo tendría que evolucionar el derecho civil en los casos de las técnicas de reproducción asistida heteróloga. A este respecto compartimos plenamente entendemos que las diferencias entre los supuestos de la adopción y la inseminación artificial justifican en el ámbito civil la falta de atribución y determinación de la filiación. Sin embargo, no consideramos que justifiquen la negación del derecho a conocer el propio origen en la mayoría de los casos. En este sentido compartimos la afirmación de la Farnós cuando afirma: “Podem pensar que en el cas de les persones adoptades la justificació per accedir als orígens és que ha existit un lligamés ampli (jurídic i fins i tot afectiu) amb la família biològica, mentre que en el cas de les concebudes mitjançant gàmetes donats aquesta vinculació no ha existit i, a més, el fill normalment té un vincle biològic amb una de les persones que accedeixen a les TRA. L’objecció de la història prèvia, entesa en un sentit ampli que transcendeix el biològic, com a element distintiu entre les persones adoptades i les concebudes mitjançant gàmetes donats, no és al meu parer una justificació suficient si tenim en compte que des del punt de vista dels drets del

¹⁰⁶⁵ Vid. Cap.VI, ap. 3.3.- Derecho a conocer el origen biológico del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga. A las causas penales o el riesgo para la vida del hijo que preveía el mismo artículo de la LTRHA 30/88 ha añadido aquellos riesgos que sin afectar a la vida afectarían a la salud del hijo.

¹⁰⁶⁶ Ibidem. En este apartado citamos entre otros: Rivero, “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico”, *RJC*, nº 1, 2004, pp. 105 y ss; M^a.C. Quesada, “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, in: *ADC XLVII*, 1994, p. 290; M. Gonzales Pérez De Castro, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid 2013, p. 257.

fill és difícil de justificar per que la llei nega als concebuts per reproducció assistida un dret que reconeix als adoptats”¹⁰⁶⁷

En estos casos relativos a conocer el origen biológico se hace más importante la fundamentación de tal derecho en el principio de libertad de conciencia del artículo 16.1 de la Constitución. Un motivo de esta importancia es la disparidad de opiniones respecto de la importancia del conocimiento del propio origen en estos casos. Pero otro sería el derecho del hijo de formarse una opinión y decidir de forma coherente a la misma sobre tal importancia del conocimiento del propio origen en su vida. Por otra parte la situación de total desvinculación vital del hijo y el donante hacen diferente la situación del hijo respecto del donante a la situación de la filiación adoptiva, como hemos descrito en distintas ocasiones.

En el Derecho canónico, este derecho de conocer el origen biológico es el mismo que el de investigar la paternidad, debido a la ya tratada coincidencia entre progenitores y padres. Por otra parte, ya hemos tratado la extraordinaria dificultad que para el Derecho canónico supone investigar la paternidad debido justamente al anonimato de los padres¹⁰⁶⁸. Sin embargo, en este punto de la tesis cabría plantearse el supuesto contrario; es decir, si el ordenamiento canónico tuviera elementos que pudieran ayudar al hijo al descubrimiento del origen biológico ¿debería colaborar en este descubrimiento? Realmente se trata más de un supuesto hipotético que real ya que el Derecho canónico no tiene medios para constatar la filiación de un hijo. A lo sumo podría darse en una partida de bautismo la ausencia de aquel al que el hijo tenía por padre o madre y que en realidad era el cónyuge o la pareja que consintió las técnicas de reproducción asistida. También podría existir algún documento donde aparece la denominación de “quien hace las veces de padre o madre”. Incluso estos supuestos son bastante difíciles. Además, lo único que se conseguiría en estos

¹⁰⁶⁷ E. Farnós, “Anonimat del donant o dret a conèixer els orígens?”, in: *Butlletí del Comitè de Bioètica de Catalunya*, Febrer de 2015, n. 15.

¹⁰⁶⁸ Vid. Cap. II, ap. 5, pto. B) Hijos concebidos por la técnica de la fecundación artificial heteróloga.

casos es poner sobre aviso al hijo de que existen indicios sobre la posibilidad de que su origen biológico es distinto al de su filiación jurídica.

No obstante la respuesta a este caso hipotético resulta de mucho interés porque pone de manifiesto la consideración del ordenamiento canónico respecto de la filiación del progenitor biológico llamado donante por el Derecho civil. Así, entendemos que el ordenamiento canónico y sus agentes deberían colaborar, si les fuera posible, con el hijo que deseara conocer su origen biológico dentro del marco de la Legalidad civil y canónica. En este sentido no debemos de olvidar que el anonimato del donante es una figura jurídica que concierne al personal de los centros donde se practica estas técnicas de reproducción asistida y a la administración pública¹⁰⁶⁹. Tal anonimato no afectaría a los datos que hubieran podido conocerse por otros cauces ajenos a los centros y a la administración pública. Parece que la mejor manera de favorecer este derecho del hijo sería mediar para que la misma madre, le revelase la identidad del donante en el hipotético caso de que lo hubiera llegado a conocer¹⁰⁷⁰. Evidentemente aquí también entraría el respeto al secreto profesional¹⁰⁷¹. En definitiva, la respuesta de esta hipótesis pretende poner en

¹⁰⁶⁹ Art. 5.5 en relación con los arts. 24.1-2 y 25 LTRHA.

¹⁰⁷⁰ Esta conclusión se colige de manera evidente del supuesto que plantea Pantaleón: "Absurdo sería sostener que la madre que revela a su hijo la identidad de su padre natural actúa de un modo ilícito frente a éste, incluso cuando le hubiera prometido no hacerlo. Igualmente absurdo sería afirmar que actúa ilícitamente frente al donante de semen la madre que revela su identidad, que ha llegado a conocer, al hijo fruto de la fecundación artificial con el semen de aquél. Que es el absurdo que debería defenderse, de aceptarse que el donante de semen tiene un derecho al anonimato protegido por el artículo 18.1 CE, que habría de prevalecer sobre el que el hijo tiene a conocer su origen genético"(F. Pantaleón "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", in: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15, 1993, p. 141).

¹⁰⁷¹ *Ibidem.*: "Tampoco puede esgrimirse convincentemente en favor de la garantía legal del anonimato de los donantes la protección del secreto profesional. Como se ha señalado con gran precisión, el secreto profesional protege el interés de quien, a fin de posibilitar un diagnóstico correcto, debe proporcionar al médico unos datos personalísimos, que en circunstancias normales no revelaría a los demás. En la base del deber de secreto está, así pues, el estado de necesidad del paciente, que se ve forzado a revelar al médico sus miserias y aflicciones. Nada de esto sucede, sin embargo, respecto del donante de semen, quien no se encuentra, en sentido propio, bajo tratamiento del médico: no tiene que abrirse y confiarse a él a fin de conseguir un consejo experto relativo a una enfermedad. Puesto que el donante pone su esperma a disposición del médico sin estar en la necesidad de hacerlo, no puede hablarse de secreto profesional digno de protección jurídica". Más allá de este punto de

evidencia el deber que tendrían los operadores del ordenamiento canónico de promover el derecho al conocimiento del propio origen como expresión del derecho a escoger su propio estado de vida.

3.3.- Encaje de ambos ordenamientos respecto de la doble maternidad civil

Ciertamente, el supuesto de la doble maternidad es en realidad un caso de filiación resultante de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida heteróloga. Sin embargo presenta unas particularidades que aconsejan estudiarlo de forma específica. Tales particularidades no sólo vendrían dadas por la regulación diferenciada del artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de reproducción asistida heteróloga; sino también por la aplicación de una nueva técnica la llamada ROPA (Recepción de Ovocitos de la Pareja). El motivo es evidente, esta técnica resulta heteróloga en tanto en cuanto a que requiere de un donante anónimo de esperma; sin embargo las dos mujeres del matrimonio o la pareja juegan un rol biológico activo en la maternidad, una como madre genética y otra como madre gestante. Esto supone una diferencia respecto del resto de supuestos de la filiación por fecundación artificial heteróloga que no es solo jurídica, como en el caso del mencionado artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de reproducción asistida heteróloga. En el supuesto de la doble maternidad por la técnica ROPA hablamos de una diferencia considerable en los supuestos de hecho.

vista, que podría ser cuestionado, sí tenemos que advertir que este deber de secreto profesional afectaría, en todo caso, a los profesionales que atienden el centro en el que se practicó la reproducción asistida y el banco de donantes. Por tanto no entrarían dentro de este deber de secreto profesional otros profesionales ajenos que hubieran obtenido una información referente a estos datos por medios ajenos a estos centros públicos.

A) EL CONSENTIMIENTO DE LA CÓNYUGE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA; CONSIDERACIÓN DESDE AMBOS ORDENAMIENTOS

El Codi Civil de Catalunya establece el mismo criterio de consentimiento a las técnicas de reproducción asistida del cónyuge o pareja¹⁰⁷². Sin embargo el Código Civil español sigue distinguiendo entre el consentimiento que ha de dar el padre cuando es cónyuge¹⁰⁷³ o pareja¹⁰⁷⁴ y el de la mujer¹⁰⁷⁵, así lo hemos

¹⁰⁷² Arts 235-8 y 235-13 CCC.

¹⁰⁷³ Art. 8.1 LTRHA. Respecto a esta disposición comenta A.I. Berrocal: “Estamos, en presencia de una *factio legis* que otorga al hijo el status de hijo matrimonial en los casos en que el material genético empleado no sea ni siquiera de uno de los cónyuges (artículo 8.1). Opera tal consentimiento siempre que ambos cónyuges no estuviesen separados legalmente o de hecho y así conste fehacientemente en los términos ya indicados en líneas precedentes (A. I Berrocal, “Análisis de la nueva ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una aproximación a su contenido”, in: *Revista de medicina legal*, enero de 2007, p. 53 [<https://revistas.ucm.es/index.php/REML/article/view/50222>], [2-12-2016]).

¹⁰⁷⁴ Art. 8.2 LTRHA; Respecto de este precepto, “Aunque, el paralelismo con el supuesto anterior es evidente, lo cierto es que en materia de filiación existe una diferencia, pues, en este caso la filiación no se presume. El consentimiento que se presta por parte del varón no casado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.2 del Código Civil en relación con el artículo 49 de la Ley de Registro Civil es requisito *sine qua non* para la iniciación del correspondiente expediente de determinación de la filiación y subsiguiente inscripción registral, tras la correspondiente resolución en la que así se declare la paternidad de aquél. A tal efecto el documento extendido por el centro o servicio autorizado en que se refleje el consentimiento del varón a la fecundación, se considera, según el artículo 8.2 ‘escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la LRC’, quedando, no obstante, a salvo la reclamación judicial de la paternidad. (A. I Berrocal, “Análisis de la nueva ley 14/2006..., op. cit., p. 53).

¹⁰⁷⁵ Art. 7.3 LTRHA. Respecto de este artículo afirma Barber Cárcamo: “la ya mencionada adición del art. 7.3 en 2007, por la Ley de rectificación de sexo, ha establecido exactamente el criterio contrario para la cónyuge de la madre que da a luz. Porque aquella, por su sola manifestación de voluntad de ser tenida como madre, ante el Encargado del Registro Civil y antes del nacimiento del hijo, es tenida como madre legal. Lo cual es contrario, no sólo al expuesto ligamen de la maternidad con el parto, sino al valor atribuido al consentimiento, en general, en la propia LTRHA, que para producir efectos sobre la filiación debe referirse a la práctica de una concreta técnica de reproducción asistida...ni la previsión del art. 7.3 LTRHA puede calificarse técnicamente de reconocimiento de filiación, por ser manifiesta y evidente su falta de correspondencia con la realidades, ni cabe negar que nuestro Derecho admite hoy...la doble maternidad por naturaleza” (R. Barber Cárcamo, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 29-30). De la fuente advierte que este régimen se limita al matrimonio no pudiéndose aplicar directamente a las parejas no matrimoniales: “Si la fecundación heteróloga se lleva a cabo en el seno de una unión de hecho estable entre dos mujeres sometiéndose una de ellas a un tratamiento de fertilidad cuyo embarazo llegue a término la filiación del hijo que nazca a favor de la compañera de la mujer gestante no está contemplada en la LTRHA. El art. 7.3 únicamente se

analizado detenidamente al tratar las técnicas de reproducción asistida¹⁰⁷⁶. A este respecto debemos constatar que, por más que el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida establece un consentimiento posterior a la aplicación de las mismas no lo considera un reconocimiento. El reconocimiento sería un medio por el cual se determina una filiación biológica tal y como hemos tratado. De manera distinta, este consentimiento a “que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”¹⁰⁷⁷ que presta la mujer cónyuge de otra mujer es un título previo para poder proceder a la determinación. Así, en el caso del consentimiento de la madre, al igual que en el caso del cónyuge o pareja varón estamos hablando de una verdadera atribución jurídica de la filiación por naturaleza. Esta diferencia tiene bastante importancia porque en el caso del reconocimiento sí estaríamos ante una prueba o medio para investigar la filiación para el Derecho canónico, aunque admita prueba en contrario. En el caso de este consentimiento de la mujer a las técnicas de reproducción asistida de su cónyuge evidentemente no sería una prueba de la filiación ante el Derecho canónico.

Sin embargo, a la hora de comparar el Derecho civil con el ordenamiento canónico no nos interesa tanto las cuestiones relativas al consentimiento, que ya hemos tratado exhaustivamente. Fundamentalmente nos interesan las cuestiones que hacen referencia a la posibilidad de una doble maternidad por naturaleza. Evidentemente esta doble maternidad por naturaleza resulta

refiere y exige el consentimiento previo al nacimiento siempre y cuando ambas mujeres estén unidas por vínculo matrimonial” (M^a.S. De la Fuente, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal”, in *InDret*, www.indret.com [9-11-2016], Barcelona 2015, p. 13)

¹⁰⁷⁶ Vid, Cap.VI, ap. 2.3, pto. D) Filiación respecto de la mujer pareja de la que utiliza las técnicas de reproducción asistida.

¹⁰⁷⁷ Art. 7.3 LTRHA. Respecto de este consentimiento a que le sea determinada la filiación previo al parto afirma De la fuente: “Por lo tanto, el artículo 7.3 de la LTRHA vino a suplir esta deficiencia entendiéndose como un nuevo título de determinación de la filiación matrimonial distinto a la presunción de paternidad del art. 116 del CC o a la resolución judicial firme que pone fin a un proceso en materia de filiación. Es decir, pese a que el legislador intentó reconducir el régimen de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción a la filiación natural entendida bajo los postulados del Código Civil, la determinación de esta doble maternidad legal queda al margen de la misma entendida como salvedad que reconoce la propia LTRHA” (M^a.S. De la Fuente, “Acción de reclamación de la filiación...”, op. cit., p. 13).

imposible, precisamente por la coincidencia entre filiación biológica y filiación natural en el Derecho canónico, además de apartarse del modelo familiar que es base del ordenamiento canónico.

Pero más allá de esta afirmación de la imposibilidad cabría acudir también a la misma figura jurídica que estamos recurriendo para otros supuestos filiatorios civiles que no son admitidos por el Derecho canónico. Nos referimos a la institución de “quienes hacen las veces de padres”. En realidad esta figura no supone cuestionar el modelo familiar que establece la doctrina de la Iglesia, pues no es un título de familiaridad. Pero la seguridad jurídica y el sentido práctico exigen la necesidad de no ignorar una situación del hijo que de hecho y socialmente se va a dar como realidad paralela a la del ordenamiento Canónico y que va a surtir sus efectos tanto en el derecho Civil como a nivel social. De esta manera se evitan disfunciones que llevarían a una laguna jurídica no resuelta y que en última instancia acabaría perjudicando al menor y haría ineficaz el propio ordenamiento canónico. Por otra parte tal laguna jurídica produciría una fricción entre ambos ordenamientos debido a que hay efectos Canónicos respecto de la educación de los hijos que resultan comunes al ámbito del Derecho Civil.

La reflexión del punto anterior resultaría común a todos los supuestos donde aplicamos la institución canónica de “quienes hacen las veces de padres”. Sin embargo, cobra especial vigencia en este supuesto de la doble maternidad debido a la gran diferencia del modelo familiar que presentan ambos ordenamientos. No obstante, también hay que subrayar los mecanismos que permiten la articulación de ambos ordenamientos. Esta posibilidad se debe, justamente, a que el Derecho canónico, por su sistema de filiación, garantiza el modelo de familia basado en la verdad biológica; pero lo hace sin establecer un sistema de determinación de la filiación paralelo al del ordenamiento civil. De esta manera no existe la necesidad, ni la posibilidad, del sometimiento de las resoluciones canónicas a un sistema de control respecto del cumplimiento del orden público del ordenamiento civil español en materia de determinación de la filiación.

B) DOBLE MATERNIDAD CIVIL RESULTANTE DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS ROPA

En los supuestos en que se practique la transferencia de un óvulo fecundado con espermatozoides de donante por una mujer a su cónyuge o pareja se plantearía una cuestión que no está específicamente regulada por la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. El artículo 7.3 presupone que existe una madre biológico-genética y otra que sólo lo es por el consentimiento, pero que no tiene parte activa en la aplicación de las técnicas. En el caso de la técnica ROPA ambas madres tienen parte activa en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Si bien vemos que la participación de las madres es cualitativamente diferente. Esto nos lleva a tener que estudiar sus particularidades respecto a los demás técnicas de reproducción humana asistida.

De esta manera, no entendemos que se pueda comparar al supuesto de reproducción asistida homóloga en cuanto a que existen dos diferencias fundamentales. Por una parte, en esta situación un donante aporta su material genético, y respecto al mismo permanece incólume el precepto del anonimato del mencionado artículo 5.5. Por otra parte, la segunda diferencia respecto de la fecundación artificial homóloga, que consideramos de gran importancia, es que en la primera la receptora también aporta sus gametos y en la ROPA no. No podemos olvidar que en nuestro derecho Civil no existe una referencia directa al criterio Paulino del parto excepto en referencia a la maternidad sustitutiva. La referencia a la inscripción del nacimiento del artículo 120.1 de la Ley del Registro Civil de 2014 hace referencia a la determinación, pero no a la atribución de la misma que vendría dada por el criterio genético-biológico que normalmente coincidirá con del parto (también biológico). De hecho, en sede judicial las pruebas de ADN demostrarían con una certeza científica la maternidad de la mujer de quien procede el material genético. Sin embargo sí

que guardaría alguna relación con la reproducción asistida homóloga en tanto que la que aporta el gameto femenino es esposa de la receptora.

En cuanto a las peculiaridades de los supuestos de la aplicación de la técnica ROPA respecto de otras técnicas de fecundación asistida heteróloga se basa fundamentalmente en la participación de la cónyuge o pareja que no aporta sus gametos como portadora del embrión resultante. Sin embargo hay casos de la reproducción asistida heteróloga en que la mujer que se somete a las técnicas lo podría hacer con un óvulo procedente de una donante anónima. La única diferencia en este caso es que mientras que en el resto de supuestos el material genético que provendría de la pareja sería el espermatozoides del marido, o podría venir este también de un donante anónimo, en este caso se trata de un óvulo de otra mujer cónyuge o compañera. Entendemos pues que no se trata de una variación sustancial de la técnica de reproducción humana asistida sino sólo de una peculiaridad que hace posible la doble maternidad. Sin embargo, respecto de la Ley de reproducción humana asistida tendríamos que decir que escapa al supuesto del artículo 7.3 pues en este caso el criterio que se estableció para los supuestos que la que se somete a las técnicas es la que aporta el material genético. Esto supone que el cuestionamiento de si no existe una quiebra del anonimato del donante del artículo 5.5 de la misma ley. Resulta obvio que el hecho de que donante y cónyuge que consiente coincidan supone que no estaríamos aquí hablando de un donante anónimo sino de un supuesto donante similar al de la reproducción asistida homóloga, sólo por lo que respecta al óvulo como hemos dicho ya. Pero las diferencias con la reproducción asistida homóloga son evidentes.

En todo caso debemos de concluir que estas técnicas, a pesar de no estar contempladas por la ley no serían ilícitas, de hecho la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, mediante Dictamen de 4 de diciembre de 2008, se mostró favorable a su admisión de estas técnicas¹⁰⁷⁸. Por la no

¹⁰⁷⁸ Dictamen de 4 de diciembre de 2008 de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida (R. Barber, “doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales” in: *Derecho Privado y Constitución*, n. 28, 2014, p. 112; E. Farnós, “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, in: *ADC LXVIII*, 2015, p. 15).

homologabilidad del supuesto de hecho que da lugar a la técnica ROPA con la reproducción asistida homóloga no sería aplicable el criterio biológico. No olvidemos que la receptora de los óvulos, por mucho que cumpla el criterio biológico del parto no cumple el genético por la madre que lo porta en la gestación. Así entendemos que la solución más ajustada sería aplicar analógicamente el consentimiento del artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el caso de la cónyuge, o la posesión de estado en caso de la pareja. No obstante, no podemos obviar la posibilidad de que posteriormente a la concepción la cónyuge no diera el consentimiento a que la filiación le sea determinada. Sin embargo, este riesgo lo compartirían el resto de los supuestos de aplicación del mencionado artículo 7.3. Así mismo, entendemos que serían aplicables analógicamente las acciones de reclamación e impugnación del artículo 138 y 141 en los casos de que el consentimiento estuviera viciado¹⁰⁷⁹. Entendemos que los referidos preceptos permiten reclamar o impugnar toda filiación por naturaleza, tenga como criterio de atribución la biología o es consentimiento previsto por disposición legal. Por otra parte, de la misma manera que en el resto de casos de doble maternidad por técnicas de reproducción asistida cabría aplicar la analogía legis para el caso de las parejas que no están casadas

En cuanto al Codi Civil de Catalunya, en principio el criterio que establece para la determinación de cualquier filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida sabemos que es el criterio del consentimiento, tanto si las técnicas son homólogas como heterólogas. Este criterio facilitaría la regulación de la técnica ROPA porque extendería el criterio del consentimiento a las técnicas, igualándolo con todas las filiaciones, paternas y maternas realizadas por técnicas de reproducción asistida. Así aplicando los artículos 235-8 y 235-13.1 el único criterio para las dos madres que deciden tener hijos mediante

¹⁰⁷⁹ Farnós, “La filiación derivada...”, op. cit., p. 15; Dictamen de 4 de diciembre de 2008 de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida; R. Barber, “doble maternidad legal...”, op. cit., p. 124 “La impugnación de la declaración de maternidad por vicios del consentimiento sí cabría reconducirla al art. 138 Cc., que a su vez se remite al art. 141 Cc. Pese a no constituir un verdadero reconocimiento, su origen voluntario sí permite aquí, por igualdad de razón, el recurso a la analogía. Por ende, la legitimación activa corresponderá a la cónyuge declarante, que habrá de accionar en los plazos fijados en dicho precepto”.

técnicas de reproducción humana asistida será el del consentimiento. Ciertamente entendemos que la madre que aporta el material genético, en este caso sí cabría una acción judicial de reclamación de la maternidad biológica, con independencia del consentimiento¹⁰⁸⁰. No entendemos que pueda darse la misma solución a la madre gestante, pues en ella no existe una coincidencia entre la madre que demuestra el parto y la madre genética. Fuera del criterio de la maternidad sustitutiva, el parto sería un criterio demostrativo de la maternidad que no solo ha de ser biológica sino también genética que, además, es el criterio compartido con la paternidad. Una Diferencia del derecho civil catalán sería la aplicación del mismo criterio para el caso de que las dos madres fueran pareja no casada, como se desprende del artículo citado.

En el Derecho canónico sólo podría considerarse madre natural la madre biológica – genética. Así mismo según el mismo criterio de coincidencia entre filiación por naturaleza y filiación biológico – genética, habría que considerar al donante anónimo como el verdadero padre. Por tanto, la madre gestante debería de ser considerada según la institución de “aquellos que hacen las veces de padres”. Habría que aclarar en este caso, que tal consideración no se debe al criterio del parto, ya que esté disociado del criterio genético no sería complejo de la maternidad. A este respecto tampoco podemos olvidar que así resultaba según el mismo criterio paulino al utilizar la expresión *quia partus demonstrant* y no *qui habet partus*. Por tanto no siendo madre biológica – genética, y no existiendo un sistema de determinación de la paternidad se aplicaría la misma figura que en el caso de la cónyuge o pareja de mujer que consintió.

Por último entendemos interesante constatar cómo al final el tratamiento jurídico que se le da al supuesto de hecho de la inseminación artificial mediante donación de Ovocitos a la pareja (ROPA) será coincidente con la que se da cuando la madre fuera por consentimiento. Según el criterio que hemos seguido, este idéntico tratamiento se justificaría desde la consideración de que

¹⁰⁸⁰ F. Rivero, “La filiación en el Derecho Civil de Cataluña”, in: *Tratado de Derecho de la Familia vol. VII , La Familia en los distintos derechos forales*, Dirs. M. Izquierdo – Matilde Cuenca, Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 402.

el criterio del parto, si se desvincula del genético no sería suficiente para la atribución de la filiación materna por naturaleza.

4.- Supuestos de gestación por subrogación en ambos ordenamientos

La gestación por subrogación es una figura que no está admitida ni por el ordenamiento civil, ni por el Derecho canónico. En ambos ordenamientos sería considerado nulo de pleno derecho el contrato por el que se concierta la maternidad subrogada de una mujer. En el ordenamiento civil esta nulidad se produce por la disposición del artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. En el caso del Derecho canónico la Doctrina de la Iglesia la considera inadmisibile¹⁰⁸¹. En cuanto al Derecho civil Gonzales Pérez De Castro se hace eco de una corriente doctrinal que ha ido motivando esta prohibición en la defensa de la dignidad de la mujer y en evitar la comercialización del uso del cuerpo de la mujer y de la gestación¹⁰⁸². A estas razones la doctrina de la Iglesia añade la desvinculación del modelo biológico de filiación¹⁰⁸³. También se añadiría el derecho del hijo de ser concebido y nacer en el seno de una familia formada por sus propios padres.

Sin embargo más allá de la inadmisibilidad y nulidad de estos contratos de gestación por sustitución ambos ordenamientos deben de contemplar la determinación de la filiación que resultara de tal gestación por sustitución. No podemos olvidar que hay países que sí admiten la gestación por sustitución y que dada la movilidad de personas que existe hoy en día no sería infrecuente que el Derecho civil se encuentre con esta cuestión en clave de derecho

¹⁰⁸¹ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Instrucción Dignitas personae", n.19, in: AAS 100 (2008) 858-87; Congregación Para La Doctrina De La Fe, Instrucción Donum vitae, n. I.6, in: AAS 80 (1988) 84-5.

¹⁰⁸² M. Gonzales Pérez De Castro, La verdad biológica..., op. cit., p. 347; STS 835/2013 de 6 de febrero (Roj 247/2014), in: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [20-12-2016].

¹⁰⁸³ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Instrucción Dignitas personae", n.28, in: AAS 100 (2008) 868: "La Iglesia, además, considera que es éticamente inaceptable la disociación de la procreación del contexto integralmente personal del acto conyugal: la procreación humana es un acto personal de la pareja hombre-mujer, que no admite ningún tipo de delegación sustitutiva".

internacional privado. Además el hecho de que se considere nulo este contrato no significa que no pueda llegar a practicarse ya que no está sancionada penalmente.

4.1 Atribución y determinación de la filiación en los supuestos de maternidad sustitutiva en ambos ordenamientos

El artículo el artículo 10.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida afirma que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Como ya hemos referido estamos de acuerdo con la interpretación de Quesada¹⁰⁸⁴ que afirmar la subsidiariedad de este criterio al consensual para la atribución de la maternidad. El motivo de esta consideración es para evitar que le fuera determinada al hijo una maternidad que no se llegaría a ejercer de hecho. Además hay que advertir que este criterio no es justamente el principio paulino de *Mater Semper certa est etiam si vulgo conceperit* fundamentalmente porque aquí no existiría coincidencia entre maternidad genética y maternidad biológica.

Precisamente por la referida desvinculación de la maternidad genética y la biológica por alumbramiento hemos explicado que entendemos que el referido principio Paulino no sería de aplicación en el Derecho canónico actual. Tampoco existe en el ordenamiento canónico ninguna norma que haga referencia al parto, como sí existe en el Derecho Civil. Por tanto consideramos que el criterio de maternidad para el Derecho canónico sería el biológico genético, al igual que el criterio de paternidad y en virtud del principio de igualdad. A este criterio de igualdad se uniría el principio de unión entre los

¹⁰⁸⁴ Vid. Cap. VI, ap. 3.3 La atribución y determinación de la filiación en caso de gestación por sustitución, en la norma civil española; M^a. C. Quesada , “Algunas reflexiones sobre la maternidad a principios del S. XXI”, in: Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Diez Picazo, Vol. 3, 2002 , p. 4877 “Cuando suscite un conflicto de maternidades, ya sea positivo - si quieren asumir la maternidad tanto la madre gestante como la madre de deseo (que también puede ser madre genética si aporta el óvulo)- o negativo -cuando ni la madre gestante ni la madre de deseo deseen devenir madres, por ejemplo, por nacer el hijo con alguna deficiencia o malformación-”.

derechos de libre investigación de la paternidad y del derecho a conocer el propio origen que se da en el Derecho canónico¹⁰⁸⁵.

Siguiendo este criterio del Derecho canónico cabría plantearse ¿Qué consideración tendría esta maternidad determinada por el parto de acuerdo con los criterios de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida? Entendemos que, no pudiendo ser considerada madre para el Derecho canónico debemos de remitirnos a la institución de “quienes hacen las veces de madre”. Así, en los supuestos de maternidad subrogada, por más que este contrato y conducta resulten ilegítimas para la doctrina de la Iglesia, el criterio que se impondría para el Derecho canónico sería el biológico – genético. Tampoco podemos olvidar que no siempre coincidirá el criterio consensual con el biológico; podría darse el caso que consiente un matrimonio o pareja pero el material genético proviene de un donante anónimo, o no. En tales casos el criterio del Derecho canónico seguiría siendo el biológico. También el que consintió la gestación por sustitución sin aportar su material genético podría llegarse a considerar “quién hace las veces de madre”. Esto, tanto en el supuesto de que el ordenamiento civil considerase su maternidad, como si no la reconociese pero de hecho ejerciera como madre ateniéndose a otra figura jurídica o de hecho.

4.2.- Maternidad sustitutiva y adopción en ambos ordenamientos

Una cuestión distinta sería si aquel que consintió la fecundación asistida y la maternidad subrogada sin aportar el material genético adoptara al hijo. En este caso, para el Derecho civil, la maternidad por naturaleza correspondería a la mujer que dio a luz al hijo. Así el hijo pasaría a tener un padre o madre por naturaleza que ejercería la patria potestad conjuntamente con otro que lo haría por adopción. En el caso del Derecho canónico, éste no reconocería la maternidad por naturaleza de la mujer que dio a luz por el contrato de maternidad subrogada; pero tampoco a los que han prestado su consentimiento

¹⁰⁸⁵ Vid. Cap. VII, ap. 6.- Estudio comparado del derecho a conocer el propio origen; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

al contrato sin aportar su propio material genético cuando no exista adopción. En estos casos el ordenamiento canónico consideraría padre y madre biológicos a los que aportaron el material genético. En cuanto a la adopción seguirá los criterios de canonización de la adopción del canon 110 CIC 83. También habría que aplicar los límites doctrinales a la canonización de adopciones conjuntas¹⁰⁸⁶. Por tanto, en casos de adopciones conjuntas no matrimoniales debería recurrir también a la figura de “quienes hacen las veces de padres”.

4.3.- Los supuestos de doble paternidad civil

Ya hemos constatado cómo la cuestión de la doble paternidad ha supuesto en el Derecho civil una prolija doctrina jurisprudencial y de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁰⁸⁷. El contenido de estas resoluciones hace referencia, fundamentalmente, a los criterios de orden público en el Derecho internacional privado y no a los propios del Derecho civil español que están estudiados al hablar de la maternidad subrogada en general. Efectivamente, tras la ley 13/2005 la doble paternidad sería jurídicamente posible, sin embargo ésta, en el caso de los dos varones se circunscribe a la posibilidad de adopción. La imposibilidad al acceso a la doble paternidad por naturaleza vendría dada por la nulidad de los contratos de maternidad subrogada y la fijación del criterio del parto para establecer la maternidad. De esta manera, la cuestión de la doble paternidad encuentra con las dificultades propias de la maternidad por subrogación. Esto supone que la cuestión jurídica y jurisprudencial venga limitada a la cuestión de la excepción de orden público en materia de filiación y dentro del derecho internacional privado. Así estaríamos hablando de la posibilidad de convalidar resoluciones judiciales extranjeras en esta materia y no propiamente del criterio del Derecho civil español. En nuestro ordenamiento civil, hasta el momento, se

¹⁰⁸⁶ Vid. Cap. II, ap. 4.2 Problemática de las adopciones contrarias a la doctrina de la Iglesia; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

¹⁰⁸⁷ Vid. Cap. VI, ap. 3.3, pto. C) Supuestos de doble paternidad; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

considera como padre exclusivamente al que aporta el material genético y como madre a la que dio a luz al hijo.

Por lo que respecta al Derecho canónico, al tratar la maternidad subrogada desde la perspectiva del principio de verdad biológica y de la canonización de la adopción y sus límites quedaría incluido este supuesto de la doble paternidad. Así el supuesto de la doble paternidad tendría el mismo tratamiento que cuando fueran dos mujeres las que recurrieran a la gestación por sustitución y solo una aportara material genético. En este sentido, tanto si esta doble paternidad se produjera de hecho, como en el supuesto de que fuera reconocida por el estado, en el caso del Derecho canónico habría que recurrir a la figura de “quienes hacen las veces de padre”.

5.- Estudio comparado en los supuestos de clonación

Conviene recordar, previamente al estudio de este apartado que en ningún caso se trata de un estudio comparado respecto de la consideración ética subyacente en ambos ordenamientos respecto de la clonación. Tampoco se trata de un estudio de las técnicas de clonación en sí; ni de su consideración jurídica. Ambas cuestiones exceden el objeto de este estudio de investigación que se limita a la consideración de los hijos que pudieran darse un día en la aplicación lícita o ilícita, incluso ilegal de estas técnicas. Mejor dicho, la consideración por parte de ambos ordenamientos de los seres que pudieran darse por aplicación de técnicas de clonación en el ámbito al derecho de filiación, estrictamente. Así si en este apartado comparativo tenemos que hacer referencias doctrinales o a los comités de bioética es exclusivamente para aclarar conceptos y delimitar supuestos que nos permitan abordar la cuestión relativa a nuestro objeto de investigación. Cualquier otra cuestión que no son las aquí explicitada por muy relacionada que esté quedaría fuera del objeto de este estudio.

5.1 Clonación con fines reproductivos en ambos ordenamientos

La clonación con fines reproductivos está prohibida tanto por el ordenamiento civil (art. 1.3 LTRHA y pt III del preámbulo LIB), como por la doctrina de la Iglesia¹⁰⁸⁸, por tanto también para el Derecho canónico¹⁰⁸⁹. Esta prohibición está muy consolidada en el ámbito de los derechos humanos y del derecho internacional¹⁰⁹⁰ por lo que no parece que vaya a cambiar por el momento¹⁰⁹¹. Las motivaciones serían varias y todas ellas muy graves, desde la protección de la diversidad genética¹⁰⁹², a la identidad genética del ser

¹⁰⁸⁸ Vid. Cap. II, ap. 1.4.- La clonación en la doctrina de la Iglesia Católica; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

¹⁰⁸⁹ Vid. Cap. II, ap. 6.- Clonación humana y filiación en el Derecho Canónico; Especialmente significativo resulta el pronunciamiento al respecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe: “la clonación humana es intrínsecamente ilícita pues, llevando hasta el extremo el carácter inmoral de las técnicas de fecundación artificial, se propone dar origen a un nuevo ser humano sin conexión con el acto de recíproca donación entre dos cónyuges y, más radicalmente, sin ningún vínculo con la sexualidad. Tal circunstancia da lugar a abusos y a manipulaciones gravemente lesivas de la dignidad humana” (Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción Dignitas personae”, n.12, in: AAS 100 [2008] 858-87).

¹⁰⁹⁰ Art. 162.2, C.P; Art.1,3 LTRHA. En esta legislación se aplica la Declaración de Naciones Unidas sobre clonación humana de 8 de Marzo de 2005: “La asamblea General: Guiándose por los principios de la carta de las Naciones Unidas...Recordando la declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 11 de noviembre de 1997, y en particular su artículo 11, según el cual no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos...Recordando también su resolución 53/152 de diciembre de 1998...Consciente de los graves peligros médicos, físicos, psicológicos y sociales que la clonación humana puede entrañar para quienes participan en ella, y consciente también de la necesidad de impedir la explotación de la mujer...Convencida de la urgente necesidad de prevenir los posibles peligros de la clonación humana para la dignidad humana...Declara solemnemente lo siguiente... b) Los Estados miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana...”.

¹⁰⁹¹ N. López Moratalla, “¿Clones humanos?”, in: *Cuadernos de bioética*, Vol. 15, nº 55, 2004, p 38. 387: “La llamada clonación reproductiva no ha encontrado razones «razonables» que la justifiquen. Y curiosamente los gobiernos de diferentes países e instituciones internacionales se afanan por prohibirla sin aclarar abiertamente que, hoy por hoy, es ciencia-ficción”.

¹⁰⁹² Por más que se aluda a una concepción ética finalista, aparecen una cantidad de fines posibles que lesionarían gravísimamente este bien jurídico protegido que en la práctica no resulta asumible el riesgo, pues no resulta controlable la utilización para tales fines. Además los instrumentos del ordenamiento jurídico que no valora la intencionalidad excepto en su manifestaciones externas resultarían insuficientes para realizar el control. A esta conclusión se puede llegar ante el mantenimiento de la prohibición de la clonación reproductiva. En este sentido nos posicionamos ante la postura recogida por Pérez Álvarez: “Este postulado

humano¹⁰⁹³. Más allá de esto hay que reconocer que en el derecho Canónico existe un derecho de los hijos a tener unos padres biológicos, es decir unos padres para el ordenamiento Canónico. A este respecto, la instrucción *Dignitas Personae* n. 83 recoge un derecho de todo hijo como es ser “el término y el fruto de un acto conyugal, en el cual los esposos se hacen ‘Cooperadores con Dios

de la Bioética moderna fue elaborado por Jonas, y podría resumirse en la máxima de conducta de que los efectos que pudieran derivarse en el futuro tus acciones presentes sean compatibles con la pervivencia de la vida genuina sobre la tierra. La violación de este postulado tendría lugar si la clonación es empleada con fines que, en abstracto considerados supondrían un grave peligro para la bio-diversidad genética de la especie humana. Así sucedería por citar algunos ejemplos, con: su empleo con fines militares o paramilitares; su desarrollo en orden a promover la supremacía o hegemonía de una colectividad étnica o cultural, sobre las demás que conviven en un espacio territorial dado; la pretendida clonación de celebridades que ya han fallecido y que forman parte de la memoria histórica de la conciencia nacional de, al menos, un determinado país; o, finalmente, su perfeccionamiento en orden a la postergación del nacimiento de personas fruto de la procreación natural o de las técnicas de fertilización artificial. La clonación humana reproductiva desarrollada con estos u otros fines análogos, sí supondría una instrumentalización de la propia naturaleza de nuestra especie” (S. Pérez Álvarez, *La libertad ideológica ante los orígenes de la vida y la clonación en el marco de la UE*, Granada 2009, p. 72-3).

¹⁰⁹³ Si bien el Comité de Expertos sobre bioética y clonación afirmaba: “si la clonación se inscribiera dentro de un marco general del respeto al ser humano, a la vida y a la naturaleza, sin sucumbir a las fantasías irracionales de mundos competa y perpetuamente felices, de los que se haya desterrado definitivamente la enfermedad, el dolor y la muerte, entonces la clonación podría no ser, en casos excepcionales, completamente incompatible con la dignidad del ser humano” (Conclusiones y recomendaciones del informe de comité de expertos sobre Bioética y Clonación de 1999, p.8). Sin embargo, no parece que el resultado de este informe otorgue unas garantías suficientes respecto de los bienes jurídicos protegidos por la legislación actual; habida cuenta de la trascendencia de tales bienes jurídicos protegidos: “en el derecho a la propia herencia genética y el derecho al hábitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del hábitat quienes descifran el mensaje genético” (M. D. Vila-Coro, “El derecho a la identidad personal”, in: *Cuadernos de bioética*, Nº 24, 1995, págs. 407-414. A este respecto de la diferenciación entre genotipo y fenotipo humano y las consecuencias que podría tener en el derecho a la identidad en los casos de clonación afirma Pérez Álvarez: “Así las cosas, ambas dimensiones de la identidad personal se encuentran íntimamente relacionadas entre sí, debido a que la información contenida en el genoma humano es la que, a su vez, predetermina la disposición previa del sujeto de interactuar con el entorno que lo rodea y, en suma, a relacionarse con los demás de manera consciente y responsable según su propia ideología y conciencia. Al mismo tiempo, el libre desarrollo de las creencias o convicciones que, a lo largo de cada ciclo vital, van conformando la propia ideología o conciencia, es lo que eleva, potencia y refuerza la emisión de la información contenida en el código genético. Consecuentemente, existe una relación mediática entre la identidad genética y la ideología o conciencia como elementos constructivos de la identidad personal” (S. Pérez Álvarez, *La libertad ideológica...*, op. cit., p. 67).

para donar la vida a una nueva persona'..."¹⁰⁹⁴. Evidentemente este precepto reconoce al hijo un derecho más concreto que el de tener unos padres biológicos, pero incluye este derecho como inalienable y reconocido para todo hijo. Así, la cuestión que se plantea en esta comparación de ambos ordenamientos jurídicos en la materia es si este derecho también tendría un equivalente en el ordenamiento civil.

A la cuestión que nos hemos planteado en el párrafo anterior habría que responderla desde la diferencia entre atribución y determinación de la filiación. Esto supone que, no existiendo un supuesto de atribución jurídica, por sentencia o por consentimiento legal a las técnicas de reproducción humana asistida, la atribución de la filiación es un hecho biológico y prejurídico. Por tanto, no se podría hablar en la sociedad civil de un derecho a tener un progenitor biológico porque esta cuestión escapa al Derecho Civil. El motivo, como sabemos, es que la filiación para el Derecho civil se trata de un supuesto de hecho previo a la ordenación jurídica de la realidad. Así, en el Derecho civil se plantea una cuestión análoga en los siguientes términos: ¿existe un derecho a que se determine una filiación por naturaleza al margen de los cauces jurídicos y los límites previstos por el ordenamiento Civil? La respuesta a esta cuestión sería que no existe tal derecho¹⁰⁹⁵. En el caso de la clonación, al no existir diversidad biológica, no podríamos hablar propiamente de progenitores o de padres biológicos. De esta manera no existirían tampoco unos padres biológicos para determinar. Tampoco existe una normativa específica respecto de una atribución jurídica de la filiación en estos casos.

Por consiguiente, parece que en el supuesto de que alguna vez se diera una clonación reproductiva, la única posibilidad que daría el Derecho civil sería

¹⁰⁹⁴ Congregación Para la Doctrina de la Fe, "Instrucción Dignitas Personae", n. 83, in: AAS 100 (2008) 858-87.

¹⁰⁹⁵ Vid. Cap. V, ap. 3.- La determinación de la filiación. Especialmente significativa resulta la cita de Albaladejo cuando manifiesta: A pesar de que la suya biológica pueda ser otra, la ley no puede sino estimar que a cada persona le corresponde la filiación que resulte legalmente determinada para ella, y esta es la que jurídicamente vale para tal persona hasta que legalmente se establezca – Si es que llega a establecerse- otra, que pasará entonces a ser su filiación ante el derecho" (M Albaladejo, *Curso de derecho Civil IV*, Madrid 2013, p. 253).

el recurrir a la adopción para establecer un padre y una madre a un menor. Evidentemente los derechos del hijo menor a una educación y a la protección y amparo y sus derechos inalienables como menor subsisten en todo caso; esta cuestión es completamente distinta a la atribución de una filiación. Tales derechos vendrían reconocidos y protegidos tanto por la Constitución en el artículo 39.2, como en los artículos 1 y 12 y ss de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Lo que sí consideramos importante señalar es que no se podría hablar en Derecho civil de un derecho del hijo a la atribución de una filiación por naturaleza, puesto que el hecho biológico de tener unos progenitores es una cuestión prejurídica¹⁰⁹⁶.

En el Derecho canónico se parte de que la filiación que produce efectos canónicos, será la biológica propiamente, excepto en los casos de adopción. Además, la doctrina de la Iglesia sí reconoce un derecho del hijo a tener unos padres, al margen de quien ejerza la patria potestad o la tutela. De esta manera el planteamiento de la cuestión sería distinto en el Derecho canónico y en el Civil. En conclusión, más allá de la solución concreta de un supuesto que hoy en día además de ilegal supondría una hipótesis aún no alcanzada para la ciencia, se evidencian dos modelos distintos pero compatibles de abordar la filiación. En el Derecho canónico se habla de un derecho propiamente a la filiación como un derecho natural e inherente al ser humano. En el Derecho civil se trata del derecho a la determinación de una filiación jurídica a partir de la biología o de criterios jurídicos que no se darían en el caso de la clonación.

Sin embargo, en las posibles soluciones de esta cuestión sería donde se pone más en evidencia la complementariedad de ambos ordenamientos. Ciertamente, ante una situación como la que hemos planteado se presentan dos posibles soluciones¹⁰⁹⁷:

¹⁰⁹⁶ R. Verdura, "sub art. 108", in: *Comentarios al Código de Derecho Civil, Vol I*, Valencia 2013, p. 1118: "se ha señalado que la Constitución parte de la previa determinación del padre, pero no determina quién sea el padre; no impone que cada hijo tenga un padre, y mucho menos que éste coincida con el genético o biológico".

¹⁰⁹⁷ Vid. Cap. II, ap. 6.- Clonación humana y filiación en el Derecho canónico; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

La primera solución que se planteaba es la adopción. Sin embargo, no podemos olvidar que no existe una regulación autónoma de la adopción por parte del Derecho canónico. Así la canonización de la adopción que establece el canon 110 del CIC 83 supone que el ordenamiento canónico debe contar con la Legislación civil. Aún más, el proceso adoptivo es un procedimiento judicial al margen del Derecho canónico y sus principios. Debemos de recordar que esta sería la única solución que verdaderamente daría al hijo unos padres.

La otra solución que entendemos posible desde el Derecho canónico sería la consideración de “aquellos que hacen las veces de padre”. Esta solución solo se daría cuando el hijo contara con personas que están haciendo esta función. Sin embargo no sería una situación válida en los casos en que fuera una institución civil la que se está haciendo cargo de la guardia y custodia de estos menores. Además tampoco supondría una respuesta al derecho de los hijos de tener unos padres, ya que no estamos hablando de un título de familiaridad propiamente dicho, por lo que sería preferible la adopción. En todo caso lo que se evidencia es que la protección del derecho de los hijos a contar con unos padres en el Derecho canónico resulta dependiente del ordenamiento civil.

5.2.- Clonación y constitución de embriones y pseudoembriones con fines no reproductivos

En esta materia hay que partir de que el Derecho civil prohíbe la creación de preembriones¹⁰⁹⁸ con fines biomédicos y de investigación que no sean reproductivos. Pero no prohíbe la utilización de los preembriones sobrantes de los procesos de inseminación por técnicas de reproducción asistida¹⁰⁹⁹. También

¹⁰⁹⁸ Art. 1.2 LTRHA: “A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”; En el mismo sentido se pronuncia el Art. 3.S de la LIB.

¹⁰⁹⁹ Exposición de motivos IV LIB: “En el capítulo primero de este título se prohíbe expresamente la constitución de preembriones y embriones humanos con fines de experimentación y se autoriza la utilización de cualquier técnica de obtención de células

encuentra una prohibición al recurso de la clonación para la constitución de tales preembriones, pero no se prohíbe el recurso a la Transferencia Nuclear de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 14/2007 de 3 de Julio sobre Investigación Biomédica¹¹⁰⁰. De esta manera, en esta ley 14/ 2007 se acepta de cara a la investigación biomédica la posibilidad de constituir los llamados pseudoembriones¹¹⁰¹ que tienen el aspecto de embrión pero que no son el fruto de una concepción sino de la aplicación de la técnica de la transferencia nuclear.

Respecto a lo antedicho hay que tener en cuenta que para que exista un embrión clónico hay que efectuar una reprogramación del ovocito con el núcleo transferido de manera que pueda activarse el proceso de evolución para que que llegue a desarrollarse un nuevo ser humano vivo. De no hacerse esta activación técnica del ovocito al que se le ha transferido el núcleo no podemos hablar de un embrión, sino de un pseudoembrión que no tiene por sí mismo la

troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión en los términos definidos en la Ley"; art 33 LIB y art. 11.4 LTRHA.

¹¹⁰⁰ Previamente a la aprobación de esta ley de investigación biomédica el Comitè Consultiu de Bioètica de Catalunya se había pronunciado en el siguiente sentido: "Amb tot el que acabem d'exposar, considerem que la transferència nuclear amb finalitats relacionades amb la medicina regenerativa a partir de pseudoembrions per transferència nuclear no és rebutjable sempre que es porti a terme complint requisits clarament establerts...L'autorització de la utilització de les tècniques de transferència nuclear haurà de realitzar-se mitjançant una normativa que estableixi els requisits que s'han de respectar..." (Comitè Consultiu de Bioètica de Catalunya, *Consideracions sobre la transferència nuclear*, Generalitat de Catalunya Departament de Salut 2006, p. 18).

¹¹⁰¹ Ibidem., p. 10: "En termes generals es considera un embrió al producte de la concepció Així segons el Diccionario de la Real academia Española, un embrió es un 'ser vivo en las primeras etas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie. – En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes de embarazo-...' i segons l' Institut d'Estudis Catalans és un 'organisme viu des de l'etat d'òvul fecundat, o bé activat, durant un període determinat arbitràriament, fins que el nou ésser ja manifesta la seva estructura adulta o és capaç de portar una vida independent, ni que sigui sota l'aspecte d'una larva...'...Per aquesta raó, i en virtut del procediment pel qual s'obtenen, no considerem el producte de la transferència nuclear com un embrió sinó més aviat com un pseudoembrió (en té l'aspecte, però no ho és). Sovint es fa referència a aquets pseudoembrions com a pseudoembrions somàtics o embriions per transferència nuclear (anclès NT ebryos), termes que poden considerar-se sinònims...Els pseudoembrions obtinguts són només parcialment clònics de la cèl·lula originària, ja que el DNA mitocondrial que contenen no es correspon amb el d'ella perquè deriva de l'òocit receptor. Per tant, es consideren només un clon nuclear".

potencialidad de llegar a desarrollarse como nasciturus¹¹⁰². En este sentido Moratalla concluye que en esta aplicación de la transferencia nuclear se produce un pseudoembrión o “‘cuerpo embrioide’ del cual conseguir células del tipo madre embrionarias y no un verdadero embrión”¹¹⁰³. Así, la técnica de transferencia nuclear para obtención de células madre de un pseudoembrión inactivo se presenta como algo distinto a la clonación que produciría un embrión parcialmente clónico con potencialidad de evolucionar hacia un nasciturus¹¹⁰⁴.

De otra manera, J. Cuadros presenta más matizada la distinción entre clonación reproductiva y terapéutica no utilizando el concepto de pseudoembrión, si bien habla de “embrión en estado de blastocito”¹¹⁰⁵. En todo

¹¹⁰² Ibidem.

¹¹⁰³ N. López Moratalla, “Clonación Terapéutica”, in: *Persona y bioética*, Vol. 8, Nº. 22-23, 2004, p. 15. La misma autora lo explica en los siguientes términos: “En resumen, un nuclóvulo (célula resultante de la transferencia de un núcleo de célula somática a un oocito) es sólo potencialmente un ‘cigoto artificial’, que puede dar lugar por multiplicación y diferenciación a un organismo completo. Sin embargo, el nuclóvulo se diferencia de un cigoto en que no contiene el genoma de dos gametos, sino que contiene los 2n cromosomas del núcleo somático y el citoplasma del ovocito. El cigoto, por el contrario, posee n cromosomas del óvulo, n cromosomas del espermatozoide y el citoplasma del oocito estimulado por la interacción con el espermio. Por ello el nuclóvulo si solamente inicia la división por mitosis, en un medio de cultivo adecuado, da lugar a un cúmulo creciente de células, un clon celular, en el que todas las células son muy similares entre sí y, carecen de información para convertirse en un ‘embrión generado artificialmente’.” (N. López Moratalla, “¿Clones humanos?”, op. cit, p. 404)

¹¹⁰⁴ N. López Moratalla, “Clonación Terapéutica”, op. cit., p. 15 “Con este tipo de cautela, la llamada ‘clonación terapéutica’ se convertiría realmente en una tecnología de transferencia de núcleos que no rozaría el inicio de la vida de un individuo humano; no sería una clonación. Que sea excesivamente compleja la tecnología, o no, es otra cuestión. Y en todo caso hay que tener en cuenta que la transferencia nuclear no es la única forma de conseguir células madre embrionarias. Y tampoco hay que olvidarse de que una experimentación que intente la clonación humana puede, lamentablemente abrir esas puertas a conseguirla en un futuro”.

¹¹⁰⁵ J. Cuadros, “Sobre la clonación reproductiva en humanos”, in: *reproducción humana asistida, aspectos jurídicos, sociales y psicológicos*, ed. G. Baccino, Valencia 2014, p. 220: “principio es el mismo, pero la diferencia fundamental radica en que en la clonación reproductiva el “embrión” conseguido se transfiere a una hembra para esperar su implantación y el nacimiento de un individuo clónico, mientras que en la clonación terapéutica el objetivo es conseguir, a partir de una célula somática, un embrión en estadio de blastocisto, del que se toman las células de la masa celular interna, las que darían origen al embrión, para utilizar lo que se denomina células madre embrionarias para desarrollar líneas celulares diferentes, que luego se podrían utilizar en diversas terapias”.

caso reconoce un estado embrionario distinto y unos resultados distintos entre ambos procesos, reproductivo y terapéutico. En definitiva parece bastante razonada la distinción que hace López Moratalla desde un punto de vista científico cuando diferencia del proceso de Clonación dos procesos distintos: “Transferencia de un núcleo de célula tumoral a un óvulo”¹¹⁰⁶ y “Transferencia de núcleo de células progenitoras de los gametos y semiclونación”¹¹⁰⁷ (este último es el explicado en este mismo párrafo). Respecto de estos procesos la mencionada autora afirma que son “Otros procesos impropiaamente llamados clonación”¹¹⁰⁸.

En el caso del Derecho canónico, toda clonación o constitución artificial de un embrión, resultaría ilegítima y reprobada por la doctrina de la Iglesia¹¹⁰⁹. Pero también sería ilegítima la utilización terapéutica de los embriones sobrantes de los procedimientos de la reproducción asistida¹¹¹⁰. No obstante, la cuestión que plantea la clonación, más allá de la reprobación o no, resultaría del resultado de tal proceso. No podemos olvidar que para la doctrina de la Iglesia no resulta admisible la distinción de la que parte las leyes civiles de reproducción asistida y de investigación biomédica que diferencian entre embrión y preembrión. Según hemos aclarado al estudiar los documentos doctrinales católicos, para el Derecho canónico existiría un ser humano personal desde el primer momento de la concepción¹¹¹¹. Por tanto, este ser humano ya tendría todos los derechos propios y entre ellos los de tener un padre y una madre.

¹¹⁰⁶ N. López Moratalla, “¿Clones humanos?”, op. cit., p. 402.

¹¹⁰⁷ Ibidem., p. 403.

¹¹⁰⁸ Ibidem., p. 402.

¹¹⁰⁹ Vid. Cap. II, ap. 1.4.- La clonación en la doctrina de la Iglesia Católica; así mismo nos remitimos a las citas que constan en el mismo.

¹¹¹⁰ Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción Dignitas personae”, n.28, in: AAS 100 (2008) 879: “es totalmente incompatible con la dignidad humana, porque reduce la existencia de un ser humano, incluso en estado embrionario, a la categoría de instrumento que se usa y destruye. Es gravemente inmoral sacrificar una vida humana para finalidades terapéuticas”.

¹¹¹¹ Vid. Cap. II, ap. 1.3, pto. A) Consideración del embrión humano dentro del magisterio de la Iglesia; así mismo nos remitimos a las citas que constan en él.

De acuerdo con lo antedicho, habría que considerar específicamente el estatuto de los pseudoembriones no activados y que no tienen potencialidad de convertirse en un nasciturus. La razón es porque estos conjuntos celulares, a diferencia de los embriones concebidos o clonados, no tienen en ellos mismos la potencialidad de llegar a ser un nasciturus, tal y como hemos expuesto anteriormente. A este respecto la misma Instrucción *Dignitas Personae* estudia la cuestión de las nuevas técnicas para producir células troncales de tipo embrionario sin presuponer la destrucción de verdaderos embriones humanos. A este respecto pone como ejemplos: “la aplicación de la partenogénesis a los seres humanos, la transferencia de un núcleo alterado (*Altered Nuclear Transfer: ANT*) y la reprogramación asistida del óvulo (*Oocyte Assisted Reprogramming: OAR*)”¹¹¹². Respecto de estas técnicas manifiesta: “Estas técnicas han suscitado muchos interrogantes científicos y éticos, sobre todo en relación al estatuto ontológico del “producto” así conseguido. Mientras estas dudas no sean aclaradas, hay que tener en cuenta la siguiente afirmación de la Encíclica *Evangelium vitae*: ‘está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano’.”¹¹¹³.

A efectos de este trabajo las dudas morales respecto de la legitimidad de tales técnicas excederían su objeto, lo que sí nos interesa es el estatuto del resultado de estas técnicas. De esta manera, si para la doctrina de la Iglesia el conjunto celular resultado de estas técnicas fuera considerado una persona estaríamos ante un sujeto de derechos, y por lo tanto tendría derecho a la vida y también a que le sea determinada una paternidad y maternidad. Evidentemente tales dudas podrían suscitarse en los llamados pseudoembriones y no en las células de personas ya nacidas. En todo caso, la inviabilidad de estos conjuntos celulares embrionarios harían carente de sentido

¹¹¹² Congregación Para la Doctrina de la Fe, “Instrucción *Dignitas personae*”, n.28, in: AAS 100 (2008) 880.

¹¹¹³ *Ibidem*.

cualquier actuación para hacer efectivo el derecho de tener un padre y una madre, pero esto sería común a todos los supuestos de clonación terapéutica.

A efectos prácticos en la articulación de ambos ordenamientos hay que afirmar los distintos criterios en esta materia. En este sentido el Derecho canónico estaría reconociendo como sujetos de derechos a seres humanos a los que el Derecho civil no los reconoce. No obstante, no existiría un conflicto en cuanto al orden público ya que la regulación del Derecho canónico no aprueba ninguna práctica que sea contraria a lo establecido por las normas civiles en la materia. Así mismo, el ordenamiento canónico tampoco establece ningún elemento coercitivo contrario a las normas jurídicas civiles, ni a sus principios constitucionales. También tenemos que tener en cuenta que la misma praxis haría imposible la colisión de ninguno de los derechos en los que confluyen ambos ordenamientos. En realidad solo sería imaginable la aplicación de los derechos puramente espirituales¹¹¹⁴ por más que tuviera la titularidad de todos los que tiene un ser humano personal.

¹¹¹⁴ Entre estos derechos estaría el de tener un padre y una madre. Pensemos también en que tal preembrión llega a desarrollarse en un feto, se aplicaría el deber de bautizar, en la medida de lo posible del c. 810 CIC 83.

RELACIÓN CONCLUSIVA DE LA TERCERA PARTE

PRIMERA

A lo largo de todo el trabajo se ha constatado que la materia de la filiación es una cuestión donde la convivencia entre el ordenamiento canónico y el Civil, es indiscutible y necesaria. A pesar de esto, existen diferencias fundamentales en el tratamiento de la filiación en ambos ordenamientos. En definitiva, el ordenamiento canónico regula directamente la misma filiación natural (en sus aspectos biológico, espiritual y sobrenatural). De otra forma, el ordenamiento secular requiere de la formación de un concepto jurídico de filiación a pesar de que guarde mayor o menor relación con la filiación natural. Tales diferencias se explican desde los distintos principios rectores de los ordenamientos civil – español y canónico que afectan al derecho de filiación. Vamos a destacar tres de estos principios:

Primero: La identificación de persona y capacidad jurídica que existe en el Derecho civil no se da de la misma forma en el ordenamiento canónico. En el Derecho canónico si bien el nacimiento concede toda una serie de derechos inalienables, la personalidad canónica se adquiere mediante el bautismo. Esto supone para el ordenamiento civil una necesidad de tener mucho más en cuenta la cuestión de la seguridad jurídica respecto del nacimiento y la filiación.

Segundo: En Derecho canónico, a diferencia del derecho civil, las causas relativas al estado de las personas, incluidas las de filiación legítima e ilegítima nunca pasan a cosa juzgada. Esto se debe entender como una expresión de una primacía de la verdad material por encima del de seguridad jurídica.

Tercero: Los libros parroquiales tienen valor de prueba *Iuris Tantum*. En el caso de las inscripciones registrales de filiación en el ordenamiento civil español, si bien no llegarían a tener un valor constitutivo, sí que al menos tienen un valor de determinación de la filiación. Así, mientras el ordenamiento secular

seguiría poniendo más énfasis en la seguridad jurídica, en el canónico acentuaría más que en el secular la búsqueda de la verdad.

SEGUNDA

En cuanto a los principios en que se sustenta el derecho de filiación, su atribución, investigación y determinación en ambos ordenamientos observamos que existe un tratamiento bastante diferenciado en el Derecho civil y canónico. Esto es una consecuencia normal e inevitable de las distintas naturalezas, características y fines de ambos ordenamientos y de las comunidades sociales en que se dan. Sin embargo vemos en estos principios una base axiológica y de principios generales del derecho que permiten la articulación de ambos ordenamientos. Esta base axiológica parte de un fin esencial y derecho preferente que es el interés superior del hijo. Así mismo la tutela del interés del hijo tiene dos medios fundamentales para su consecución. Nos referimos tanto el principio de veracidad material, como a la libertad de conciencia del hijo sobre la relevancia del conocimiento del propio origen en su biografía personal y en su intimidad. Esta será plena a partir de la mayoría de edad y tutelada por sus padres hasta la misma.

Entendemos que resulta esencial el análisis comparado en profundidad de los principios inspiradores de la atribución y determinación de la filiación para poder estudiar la atribución y determinación de la misma en cada situación concreta. Solo desde los mismos se entienden bien las diferencias en las mismas que en muchos casos se presentarían como dos sistemas alternativos, o bien como una renuncia acrítica por parte del Derecho canónico que supondría renunciar a sus fundamentos antropológicos y concepción de familia. Desde estos principios se pone de manifiesto unas diferencias justificadas desde la distinta naturaleza y fines de ambos ordenamientos. Así en el caso del Derecho canónico existe una mayor necesidad del predominio de la veracidad material y del principio *salus animarum* y en el del ordenamiento civil con una mayor necesidad de la seguridad jurídica y la estabilidad en las relaciones familiares. Desde esta distinta naturaleza y fines se pone en evidencia unos sistemas diferentes de filiación que lejos de resultar incompatibles

necesitan y tienden a una articulación con fundamento último en la doble condición de la persona como ciudadano y como fiel cristiano.

TERCERA

Respecto del principio de veracidad biológica en ambos ordenamientos concluimos que en el Derecho civil y en el canónico existe una identidad de criterio de atribución de la filiación cuando se da una identidad del supuesto filiatorio. Con ello queremos decir que el hecho prejurídico que es el presupuesto de la filiación por naturaleza es la misma filiación biológica tanto en el Derecho civil como en el Derecho canónico. De esta manera, la filiación biológica resulta el criterio fundamental de atribución de la filiación, tanto en el Derecho civil como en el canónico. La única excepción en el ordenamiento civil es la filiación resultante del contrato de reproducción asistida heteróloga, que viene atribuida por el consentimiento. Pero el presupuesto de la misma es un contrato que sería inválido en el derecho canónico por tanto el supuesto de hecho es exclusivo del Derecho civil. En este sentido existe una igualdad de criterios para los mismos supuestos filiatorios.

Cuestión distinta es la determinación de la filiación, este instituto de naturaleza jurídica sólo viene dado en el derecho Civil. En estos casos si puede existir una diferencia entre la filiación determinada jurídicamente y la que se le puede atribuir biológicamente. Esta diferencia vendría producida para garantizar la seguridad jurídica. Sin embargo, los límites de la determinación de la filiación no suponen una variación del criterio de atribución de la misma. Con ello queremos decir que al presupuesto básico para que la filiación pueda ser determinada seguirá siendo la verdad biológica. La única excepción es caso del consentimiento a las técnicas de reproducción asistida heteróloga del cónyuge o pareja.

Por otra parte existe en ambos ordenamientos una relación entre verdad biológica y bien del hijo. En el Derecho canónico esta relación se debe a la doctrina de la Iglesia y se fundamenta en la misma consideración doctrinal del derecho del hijo a nacer por las relaciones íntimas entre un hombre y una mujer

unidos matrimonio. En el caso del Derecho Civil se fundamenta en el mismo artículo 39.2 de la Constitución. Sin embargo, la unión entre bien del menor y veracidad biológica en la filiación no es escindible en la atribución de la filiación. En el caso del derecho Civil la única excepción es la producida por el consentimiento a la reproducción asistida heteróloga. Cuestión distinta es la determinación de la filiación o la patria potestad, tutela o la adopción, así como los distintos efectos de la filiación, incluida la constancia en el registro.

CUARTA

El principio de seguridad jurídica en el ámbito de la filiación tiene un tratamiento distinto en ambos ordenamientos. Lo que primero se evidencia es la mayor importancia que tiene en el ordenamiento civil respecto del canónico. Efectivamente mientras el Derecho canónico en virtud del principio de *salus animarum* prima la veracidad material respecto de la seguridad jurídica; al derecho Civil que garantiza el orden público que permite el desarrollo personal según los propios criterios le resulta fundamental el principio de seguridad jurídica.

No obstante, también existe una distinta interpretación e implicación del principio de seguridad jurídica en los ordenamientos civil y canónico precisamente en función de su distinta naturaleza y sus propios fines. Mientras que en el Derecho civil la seguridad jurídica vendría más unida al criterio de orden público y de garantía de los intereses legítimos, en este caso del hijo, en el Derecho canónico el criterio de la seguridad jurídica vendrá unido en primer lugar a la veracidad material. Esto supone que en materia de filiación como en el resto de materias que se derivan del estado de las personas en Derecho canónico la seguridad jurídica justamente pretenda garantizar el derecho de las partes a buscar la verdadera filiación en cualquier circunstancia. Esto explica que en Derecho canónico las cuestiones relativas a la filiación no pasen a cosa juzgada. Por el contrario es justamente una seguridad jurídica que pretende garantizar la estabilidad en las relaciones familiares y la asistencia parental al hijo la que supone que en el derecho Civil no pueda ser impugnada la filiación fijada mediante sentencia firme.

QUINTA

No podemos dejar de tener en cuenta un término canónico existente en la regulación de diversos aspectos de la economía sacramental, nos referimos “aquellos que hacen las veces de padres”. Con este concepto se pretende ir más allá de la valoración moral de la unión de aquellos que hacen las veces de padres, incluso de la misma realidad biológica, y esto en aras al superior interés del menor. Entendemos que este término supone una base para una evolución del sistema canónico en materia de filiación que pase de estar ceñida al Derecho matrimonial canónico para poder hablar de un Derecho canónico de familia más amplio. A partir de este concepto se puede dar una cobertura jurídico-canónica a nuevas realidades en el ámbito familiar que están arraigadas en la sociedad y en el Derecho civil. En todo caso el fin de esta institución es garantizar los derechos del hijo, que en todo caso es considerado como inocente respecto de la calificación moral y jurídica de la unión de sus padres.

También hay que decir que este concepto de quienes “hacen las veces de padres” sirve para una mejor coordinación del Derecho canónico respecto a la legislación civil. Esto se debe a que tal institución permite al Derecho canónico responsabilizar a aquel que, no siendo padre o madre biológicos, adquiere la responsabilidad hacia el hijo de la formación al margen de la figura de la adopción y tutela. Además, no solo incluiría la filiación determinada civilmente que no tiene un equivalente en el Derecho canónico, también podría incluir a las figuras del acogimiento y otras análogas. Se trata, pues, de una figura que garantiza los derechos del menor a la educación sin existencia de reconocimiento de parentesco. No olvidemos que este derecho del menor a la educación es reconocido plenamente por ambos derechos y es la principal consecuencia de la filiación común al Derecho canónico y civil. De esta manera el ordenamiento canónico se asegura la flexibilidad de la adaptación, conservando y protegiendo sus propios principios en materia de Derecho de familia y filiación. Con ello está garantizando el principio de seguridad jurídica para el Derecho civil y, también, el orden público en la articulación del ordenamiento canónico dentro del ordenamiento del Estado.

Sin embargo, se requeriría un desarrollo doctrinal y legislativo que permitieran su aplicación analógica a muchos más ámbitos de la economía sacramental. Este desarrollo evitaría la quiebra y tensión entre el ordenamiento eclesial y el secular en algunos casos de filiación adoptiva. Quiebra que, además en el ámbito eclesial redundaría en perjuicio del menor en sus derechos como fiel cristiano y en su acceso a lo que la Iglesia considera bienes espirituales.

SEXTA

Según lo que hemos estudiado, existe una confluencia evidente en los derechos de libre formación de la personalidad y derecho a la intimidad en materia de filiación en los ordenamientos canónico y civil. Además debemos constatar que ambos ordenamientos desde estos principios, y a pesar de algunas diferencias, desarrollan un sistema de libre investigación de la filiación.

No obstante la base jurídica de la que parten cada uno de los ordenamientos para desarrollar estos derechos sí tiene formulaciones y contornos legales distintos. En el caso del Derecho civil nos debemos remitir a la Constitución (arts 10.1 y 18.1). En cuanto al Derecho canónico la protección de ambos derechos vendría dada por la combinación de dos derechos el derecho a la educación y a la libertad para la elección del estado de vida. Esto tiene una repercusión en el ámbito procesal de tanta importancia conceptual a la hora de tutelar los derechos fundamentales en el fuero canónico como resulta la imposibilidad de que estas causas pasen a cosa juzgada.

SÉPTIMA

La libertad de conciencia tiene un lugar y función bastante diferenciados en el Derecho civil y en el ordenamiento canónico. Mientras que en el Derecho civil se trata de un Derecho transversal fundado en la libertad ideológica religiosa y de culto que afecta al ejercicio de otros derechos fundamentales y está protegido como tal; en el Derecho canónico se trata de un presupuesto de toda vinculación del sujeto al ordenamiento canónico. Esto se traduce en que la vinculación a las

normas canónicas conlleva un ejercicio de tracto continuado del Derecho a la libertad de conciencia en el sentido de los principios y fines del propio ordenamiento canónico y la doctrina de la Iglesia. Así mismo, lo antedicho supone que mientras en el Derecho civil la aplicación del principio de libertad de conciencia es directa y así se debe dar en materia de filiación, en el Derecho canónico este derecho ya se ha de concretar en otros más concretos que se derivan del ejercicio previo de la misma. Así, en el ordenamiento civil este derecho contaría con la protección del recurso de amparo derivado del artículo 53 de la Constitución. De otra manera, en el Derecho canónico este derecho a la libertad de conciencia debe concretarse en materia de filiación en los de educación de la prole, inmunidad en la elección del estado de vida y el derecho a la intimidad entendido de manera positiva. Sin embargo, por distintas vías, en ambos ordenamientos la libertad de conciencia vendría a amparar la libertad del hijo de conocer su propio origen y de investigación de la paternidad.

Por otra parte esta misma libertad de conciencia en el ordenamiento del Estado se convierte en un garante y posibilitador de la articulación de ambos ordenamientos en materia de filiación. No olvidemos a este respecto que el Derecho canónico, al no contener un sistema de determinación de la filiación, se centra en las pruebas y consecuencias de la filiación biológica en aspectos que son propios de la comunidad eclesial. Así, vendría amparado por el derecho a ser consecuente con las normas derivadas de las opciones propias en conciencia del artículo 16.1 de la Constitución. Así, este mismo artículo es el que permite la cooperación para que los ciudadanos puedan practicar y vivir su fe y confesión con el límite del orden público. Por tanto esta libertad de conciencia no afectaría solo a los efectos de la filiación sino también al criterio con los que el Derecho canónico los concede. También entrarían dentro de este ámbito de la libertad de conciencia y religiosa el criterio del Derecho canónico por el cual se siguen esos efectos filiatorios, es decir el criterio biológico. En este ámbito se destaca una nueva función de la libertad religiosa como es la de articular ambos Ordenamientos en materia de filiación.

OCTAVA

El derecho a la libre investigación de la filiación que ha reconocido históricamente el Derecho canónico de una manera muy amplia, basándose en los principios de libertad de prueba y de que las causas respecto del estado de las personas nunca pasan a cosa juzgada. El Derecho civil ha venido también reconociendo la libertad de investigación de la filiación aunque limitado en mayor o menor medida en las distintas épocas. Así, en la actualidad, si bien lo reconoce de forma explícita y amplia en el artículo 39.2 de la Constitución, contiene toda una serie de límites procesales a la libre investigación de la paternidad y filiación. Nos referimos a aquellos que se establecen por la legitimación activa para reclamarla, y también a los límites temporales del ejercicio de las acciones de reclamación e impugnación de la filiación. Sin embargo, no debemos de olvidar que los límites del ámbito registral y administrativo siempre serán recurribles en el fuero judicial. A estas diferencias se une la ya estudiada de que en el Derecho canónico las causas de filiación no pasan a cosa juzgada. Lo que sí observamos en el estudio jurisprudencial realizado es una corriente tendiente a ampliar lo más posible el principio de libre investigación de la paternidad en base a la verdad biológica. Por tanto esta corriente jurisprudencial tiende a asemejar más los criterios de filiación en ambos ordenamientos.

Encontramos, también, diferencias significativas respecto de los medios que prevén los ordenamientos civil y canónico sobre la investigación o determinación de la paternidad en el orden sustantivo. Respecto del Código Civil Español destacamos tres diferencias. La primera de las diferencias son los plazos iniciales respecto a la presunción de paternidad. Mientras en el canon 1138 del Código del 83, se excluyen del plazo de presunción los 180 primeros días tras el matrimonio; en el artículo 117 del Código Civil Español se incluye estos primeros 180 días de matrimonio en la presunción de filiación, si bien de forma atemperada. También habría que considerar como la presunción de matrimonialidad del artículo 118 por la mera voluntad de los contrayentes tras la separación, divorcio o nulidad; esta posibilidad no se reconoce en el Derecho canónico.

Por otra parte, también en el ámbito de la presunción matrimonial de la paternidad influiría decisivamente la distinta concepción de matrimonio del matrimonio Civil y Canónico. El motivo es evidente, debido a la obligatoriedad de la forma Canónica de los cánones 1108 CIC 83 y 834 CCEO, el matrimonio civil entre bautizados es considerado por la Iglesia como inexistente. Efectivamente, no se trata de un defecto de forma sino una ausencia total de la misma. Esto supondría que no se podría considerar como matrimonio putativo y que no operaría en estos casos la presunción canónica de paternidad matrimonial. No obstante, en estos casos operaría indirectamente tal presunción a través de la consideración de los documentos civiles como documentos públicos en el ámbito canónico.

La segunda sería la posibilidad del reconocimiento ante dos testigos y el párroco que hace el canon 877.2 del CIC 83. Supone la posibilidad de un reconocimiento canónico que carece eficacia civil determinativa, incluso su eficacia probatoria resultaría restringida. El motivo es que la anotación del bautismo lo que muestra directa y principalmente es el hecho de la administración del bautismo y no la paternidad y maternidad. En consecuencia, el valor de estas anotaciones de cara a probar la filiación no sería de prueba plena del canon 1540.1, sino una prueba a valorar en el conjunto del canon 1542.

NOVENA

En general, las diferencias en materia de investigación entre el derecho Canónico y el Civil se dan tanto respecto del Código Civil Español como del Codi Civil de Catalunya. Sin embargo, algunas diferencias son más acentuadas en el caso del Codi. Nos referimos especialmente a las diferencias respecto de la presunción de paternidad. Estas resultan más amplias en el caso del Codi. Así, mientras que en el Derecho canónico la presunción matrimonial se da en exclusiva en el ámbito matrimonial en el Codi Civil de Catalunya existen también otras dos presunciones. Estas presunciones se dan respecto del hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción, o del

hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el período de la concepción (Art. 235-10.1 CCC.). En realidad supone implícitamente el reconocimiento de la normalidad de modelos familiares no basados en el matrimonio canónico.

Otra diferencia del Derecho canónico respecto del Codi Civil de Catalunya se encuentra en la regulación de una excepción a la consideración de la paternidad matrimonial tras los 300 días posteriores a la separación por concurrencia de otro matrimonio (Art. 235-5.2 CCC.). También hay que mencionar en este ámbito la contraexcepción a la posibilidad de excluir la paternidad matrimonial en los 180 primeros días de convivencia. Se trata de la explicitación de la *Exceptio Plurium Concuventium* (Art. 235-6.2b CCC.). Por último no podemos dejar de mencionar la posibilidad de matrimonializar al hijo por la constancia de relaciones sexuales de los padres posteriormente a la separación, divorcio o declaración de nulidad matrimonial (Art. 235-5.3 CCC.). En realidad esta última se trataría de una diferencia cuya eficacia vendría limitada al ámbito teórico porque en el Derecho canónico está vigente el principio de libertad de medios de prueba.

DÉCIMA

Por lo que respecta al derecho a conocer el origen biológico mientras que en el Derecho civil resulta bien diferenciado del principio de libre investigación de la paternidad, como hemos analizado, en el Derecho canónico ambos derechos vendrían unidos y serían inseparables. La razón es la ausencia de un sistema de determinación de la paternidad, maternidad y filiación en el derecho canónico. Efectivamente, al no existir determinación de la misma no podría diferenciarse entre un conocimiento de la filiación y una determinación jurídica de la misma, ya que el Derecho canónico otorga directamente consecuencias jurídicas a la filiación biológica. De esta manera el mismo principio de libertad de prueba que suponía el reconocimiento amplio del principio de libre

investigación de la paternidad al mismo tiempo conllevaría el derecho del hijo a conocer su propio origen en todo caso.

En cuanto a la evolución de la legislación española en la materia relativa al derecho a conocer el propio origen vemos una ampliación del derecho a conocer el origen tanto en el ámbito de la adopción como incluso en el ámbito de la inseminación artificial, aunque más tímidamente. En este sentido el artículo 5.5 de la ley de 2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida ampliaba los supuestos de derecho a conocer el origen biológico que preveía la legislación antecedente para incluir los supuestos en que este peligro no afecte a la vida pero afecte a la “salud del hijo”. También la legislación catalana ha ido creciendo su sensibilidad respecto del conocimiento del propio origen. Esto lo consigue por una parte otorgando más medios hasta el punto que en el Codi Civil de Catalunya clarifica más el proceso respecto del anterior Codi de familia; y por otra parte contemplando una edad máxima para que los padres informen al hijo de su condición de adoptado.

DÉCIMOPRIMERA

La distinción entre atribución y determinación de la filiación resulta imprescindible para poder estudiar la relación entre el ordenamiento canónico y el secular, ver sus diferencias, elementos comunes y criterios de articulación en materia de filiación. Así, frente a la necesidad del ordenamiento civil de una determinación de la filiación el ordenamiento canónico no requiere de esta institución jurídica. En este sentido, en el ordenamiento canónico, la atribución, sea biológica o por adopción, produce directamente todas las consecuencias jurídicas propias de la paternidad, maternidad y filiación. En este sentido, el hecho de que el ordenamiento canónico no contenga un sistema de determinación de la filiación paralelo al civil supone un elemento que facilita la articulación de ambos ordenamientos. Efectivamente supone que no existe una filiación jurídico-canónica alternativa a la civil y por tanto sometida a los límites de orden público que el Derecho del estado impone en las relaciones jurídicas

en esta materia de determinación de la filiación. Al mismo tiempo, dado que el Derecho canónico otorga derechos y deberes circunscritos al ámbito religioso y eclesial a la filiación biológica vendría amparado por el principio de libertad religiosa, ideológica y de conciencia del artículo 16.1, siempre dentro de los límites del orden público español.

Por otra parte, vemos como el mismo ordenamiento canónico exige esta interrelación de colaboración de ambos ordenamientos en la materia. Tanto por el instituto de la canonización de la adopción del artículo 110 como por la consideración de los documentos públicos civiles como medios para investigar la filiación. Así mismo, porque entender el derecho a la educación como un principio que sostiene el derecho a la investigación de la filiación en el Derecho canónico.

DÉCIMO SEGUNDA

La filiación adoptiva en el Derecho canónico siempre concurrirá con la filiación por naturaleza, ya que no existe sistema de determinación de la filiación. En el Derecho civil esta concurrencia de ambas filiaciones se daría en el caso de que la filiación por naturaleza estuviese ya determinada, o se determinarse posteriormente a la adopción. Pero no en el caso de que no llegase a ser determinada jurídicamente. No obstante, como hemos visto, la posibilidad de concurrencia de la filiación adoptiva con la natural una característica fundamental de la adopción como instituto del propio Derecho civil que al canonizarse es cuando concurrirá siempre con la filiación biológica en el Ordenamiento canónico. Sin embargo, el Derecho canónico no canoniza los efectos de la adopción. Por tanto, él mismo atribuye los efectos canónicos y en la comunidad eclesial que no serán otros que los propios de la filiación respecto de la familia adoptiva y los impedimentos matrimoniales respecto de la biológica.

También la extinción de la adopción debe de ser reconocida por el derecho canónico, y dentro de estas extinciones destaca por su actualidad la de

la falta de asentimiento de los padres. Entre estos casos de falta de asentimiento habría que nombrar los casos de sustracción de menores o los casos de cambio de niños, nos referimos a los casos popularmente conocidos como “casos de los niños robados”. Pero también estarían aquellos en que el asentimiento de los padres biológicos se dio antes del nacimiento y de manera desvinculada a lo que es el procedimiento de adopción y el expediente previo. Evidentemente en estos supuestos se debería utilizar la resolución civil de extinción de la adopción para reformar la partida de bautismo o el hecho jurídico-canónico donde fuera relevante la relación de filiación.

Otra cuestión que se le plantea al ordenamiento canónico es la actitud deben adoptar sus operadores ante la búsqueda del propio origen por parte del hijo. A este respecto, entendemos que debe de ser una actitud de colaboración en la búsqueda del propio origen. No debemos de olvidar que tal derecho del hijo viene sustentado por derechos fundamentales como el de libertad de elección del estado de vida, el derecho a la educación y el de la intimidad entendido en sentido positivo. En consecuencia este derecho a buscar el propio origen forma parte del bien del hijo que el ordenamiento de canónico ha de procurar en virtud del principio de *salus animarum*. Por tanto, se debe de admitir esta colaboración para el conocimiento del propio origen como uno de los fines congruentes con la misión de la Iglesia prevista por el canon 114 CIC 83 su homólogo el canon 920 CCEO y por el canon 298.1 CIC 83.

Según lo antedicho entendemos que no sería posible posponer el derecho del hijo a conocer el propio origen al derecho de la madre a la intimidad ya que el derecho del hijo es preferente. No entendemos que la transgresión de un derecho fundamental del hijo pueda favorecer a la larga el que las madres con problemas eviten el aborto ya que hablamos de un derecho del hijo que se ejercita posteriormente al nacimiento. Por tanto, este argumento no sería suficiente para contravenir el propio ordenamiento canónico y dejar de ejecutar lo establecido como consecuencia de la canonización de la adopción y de su extinción (c. 42 CIC 83). Esta obligación vendría defendida por diversos tipos delictivos en el derecho canónico en los que se podría incurrir dependiendo de

las circunstancias (cc. 1391, 1368,1392 CIC 83 y 1463, 1455 y 1466 CCEO). Otros delitos con bienes jurídicos protegidos distintos, pero no podemos negar que en algunos supuestos también afectarían al derecho a conocer el origen biológico del menor serían el de raptó del canon 1397 CIC 83 y el canon 1451 CCEO y el tipo delictivo del canon 1366 CIC 83 “Los padres, o quienes hacen sus veces, que entregan a sus hijos para que sean bautizados o educados en una religión acatólica”. También recogido en el canon 1439 CCEO.

DÉCIMOTERCERA

Respecto a los hijos habidos mediante técnicas de reproducción asistida homólogas reconocemos que en este aspecto el Derecho civil y canónico convergen en el principio biológico de atribución. No supondría una excepción la extensión del criterio del consentimiento en el Código Civil Catalán a todos los casos de reproducción asistida. El motivo es que siempre cabría el recurso judicial de reclamación de la paternidad fundado en la veracidad biológica, como ya habíamos referido.

Lo que sí podría suponer una excepción a esta convergencia de criterios es la inseminación artificial postmortem. En estos casos, el Derecho civil establece toda una serie de limitaciones a la determinación de la filiación vinculadas al consentimiento previo a la inseminación, que puede ser expreso o tácito para el supuesto de que hubiera iniciado la inseminación (art. 9 LTRHA. y 235-8 CCC.). Estas limitaciones suponen que algunas filiaciones biológicas podrían no quedar determinadas civilmente respecto del cónyuge premuerto. No sucedería lo mismo en el caso del Derecho canónico que seguiría considerando padre aquel del cual procede el material genético. En tales casos entendemos que serían inscribibles estas filiaciones paternas en el libro de bautismos de acuerdo con la norma prevista por el canon 877.2. Así, si existiera otra paternidad civil determinada debido a un reconocimiento por complacencia este debería de tenerse por aquel “que hace las veces de padre” para el derecho canónico. No obstante no podemos dejar de señalar la dificultad de que se den estos supuestos ya que en principio el mismo Derecho

del Estado impediría a la madre acceder a esta técnica de reproducción asistida sin consentimiento del Marido antes de su muerte.

DÉCIMOCUARTA

En la comparación de ambos ordenamientos en la inseminación artificial heteróloga se plantea la distinta consideración del donante anónimo en ambos ordenamientos y los medios para articular tan diversas legislaciones a este respecto. Como ya sabemos, en Derecho civil este donante anónimo nunca podrá serle determinada una filiación respecto del hijo que se engendre con su material genético (arts. 5.5 y 8.3 LTRHA). En cambio este donante es biológicamente el padre o madre del hijo, tanto si llegase a conocerse, como si no se llega a conocer. Esto supone que según el criterio biológico de atribución de la paternidad que sigue el Derecho canónico, tal donante sería el padre de la criatura que se engendra con su material genético. A partir de esta consideración, el cónyuge o pareja que prestaron el consentimiento al uso de las técnicas es padre civil o madre y considerado como “aquel que hace la figura de padre o madre” en el Derecho canónico. Estas notables diferencias hacen que para articular ambos ordenamientos se deba descender a hacer un estudio de cada situación en concreto de forma diferenciada:

a) El primer caso sería el de cuando el donante y el hijo mayor de edad o emancipado se conocen y prestan su anuencia a la anotación de la filiación en el libro de bautismos. En esta situación habría que entender que surtirían los efectos canónicos de la filiación y podría procederse a anotarse en la partida de bautismo (c. 877.1 CIC 83 y c. 689.1 del CCEO). Evidentemente el padre civil o el que estuviese ejerciendo la guarda y custodia de hecho haría las funciones de “quien hace las veces de padre”.

b) Otro caso que puede presentarse es que el padre o madre biológicos - donantes- y el hijo mayor de edad o emancipado fueran conocidos pero que este último no consintiera la anotación de tal filiación en la partida de bautismo. En este supuesto entendemos que, aunque el donante biológico sería padre o madre a efectos del Derecho canónico, no procedería su anotación en el libro de

bautismos. Encontramos el fundamento de esta posición en el principio de interés superior del hijo en relación con el de libertad para escoger el estado de vida.

c) El tercer supuesto que nos planteamos a este respecto es la posibilidad de inscripción en el bautismo a petición del hijo mayor de edad y contra la voluntad de los padres determinados civilmente. Lo primero que observamos en este supuesto es la extrema dificultad de que el hijo llegue a conocer la identidad del donante. La única excepción sería la constancia en alguna sentencia penal. No obstante en este caso, más hipotético que práctico, sí que consideramos que la verdad biológica vendría unida al interés del hijo que ejercita mediante este recurso. Además no entendemos que de producirse este caso se produciría una colisión entre el Derecho del estado y el canónico ya que en realidad la anotación de bautismo no es una determinación de la filiación y como prueba es indirecta. También porque el bautismo es un sacramento y por tanto tiene un carácter puramente confesional.

d) Cuando el hijo sea menor la oposición de los padres y quienes hacen las veces de padres a que sea inscrita la filiación en la inscripción de bautismo daría lugar a una situación análoga a la que hemos descrito en el caso de que mostrara su oposición el hijo mayor de edad o emancipado. Entendemos que en estos casos no debería ser inscrita la filiación en la partida de bautismo. Además, ante la renuncia del donante, habría que estar a lo que prescribe el citado canon 793.1 CIC 83. El antedicho canon nos dice que “los padres y quienes hacen las veces tienen la obligación y el derecho de educar a la prole”.

Respecto del origen biológico de los hijos habidos por inseminación artificial heteróloga nos planteamos la cuestión de si el ordenamiento canónico debería colaborar con el descubrimiento del mismo en el caso de que tuviera elementos que pudieran ayudar al hijo a descubrirlo. En la práctica lo más que podrían aportar los libros parroquiales sería la no constancia de aquel que consintió la inseminación artificial en la partida de bautismo; o bien que en algún documento conste como “quien hace las veces de padre o madre”.

Entendemos que el ordenamiento canónico y sus agentes deberían colaborar, si les fuera posible, con el hijo que deseara conocer su origen biológico dentro del marco de la Legalidad civil y canónica. A este respecto no debemos de olvidar que el anonimato no afectaría a los datos que hubieran podido conocerse por cauces lícitos pero ajenos a los centros y a la administración pública. En este sentido el Derecho canónico no puede renunciar a procurar el bien del hijo de acuerdo con su propio modelo antropológico y de familia.

DÉCIMOQUINTA

La doble maternidad por naturaleza resulta imposible en el Derecho canónico, por la coincidencia en el mismo entre filiación biológica y filiación natural, además de apartarse del modelo familiar que es base del ordenamiento canónico. Esto supone que no pueda reconocerse propiamente la doble maternidad de las mujeres mediante técnicas de reproducción asistida. Esta imposibilidad de reconocimiento se da indistintamente tanto si se utilizó en la técnica un óvulo proveniente de una tercera persona o la técnica ROPA, consistente en la donación por parte de una de las partes o cónyuges y la gestación por la otra. Por ello, tanto en el caso de la que consiente como la que es solo madre gestante habrá que aplicarles la figura de “quienes hacen las veces de madre”

DÉCIMOSEXTA

En el Derecho civil nos encontramos con el criterio del parto para los casos de filiación por maternidad subrogada. Siempre teniendo en cuenta que se trata de un contrato nulo en ambos derechos. Además no perdemos de vista que el criterio civil del parto entendemos que operaría tan solo en los casos de conflicto de maternidades. No obstante en el Derecho canónico seguiría aplicándose en estos casos el criterio biológico-genético de paternidad, maternidad y filiación. De esta manera, para el ordenamiento canónico, tanto la maternidad por el parto, como la maternidad o paternidad de aquellos que simplemente consienten el recurso a la reproducción asistida por subrogación materna, tendrían la consideración de “quienes hacen las veces de padres”. En el caso en que el que consiente sin aportar material genético adoptara al hijo

posteriormente para regularizar su situación civil, tal adopción se canonizará siempre que cumpla con los límites de tal canonización. Como sabemos esto supone la imposibilidad de una adopción conjunta que no fuera matrimonial.

DÉCIMOSÉPTIMA

En los casos de doble paternidad ya hemos comentado que para el Derecho civil encontraría la imposibilidad de reconocimiento debido a la prohibición de la subrogación en la paternidad. Un tema diferente es la cuestionada posibilidad de una determinación de la paternidad fundada en el título de paternidad o maternidad extranjero. En el caso del Derecho canónico se trataría según los mismos criterios que en los supuestos de maternidad subrogada y por tanto imperaría el criterio genético. En el supuesto del padre civil que solo lo fuera por el consentimiento, habría que acudir a la figura jurídica de “aquellos que hacen las veces de padres”.

DÉCIMO OCTAVA

Más allá de la prohibición de la clonación reproductiva, la cuestión de la clonación plantea distintas cuestiones en las relaciones entre el Derecho civil y el canónico. La fundamental la motivaría la desaparición en la clonación de una verdadera diversidad genética y por tanto la ruptura total con el paradigma biológico-genético de la reproducción humana. En este sentido habría que plantearse en cada uno de los ordenamientos la existencia o no de un derecho a una filiación paterna o materna del ser humano nacido de la clonación. No podríamos reconocer este derecho por parte del Ordenamiento civil en el cual sí es posible que la filiación no quede determinada, por desconocimiento de los padres. En el caso del Derecho canónico es cierto que la filiación es propiamente la biológica, excepto en el caso de la adopción. En el caso de la clonación también es cierto que desaparece la paternidad y maternidad biológica. Pero más allá de la biología el criterio de *salus animarum* y la óptica confesional cristiana de la existencia suponen un derecho del hijo a una paternidad y maternidad. Los únicos medios con que contaría el Derecho canónico para suplir esta carencia serían la adopción civil o la aplicación de la categoría de “quienes hacen las veces de padres”. Vemos, pues en este ámbito, una

interdependencia entre el Derecho canónico y el civil que viene dada por la implicación de la vertiente confesional y humanística de la persona con su realidad de ciudadano y miembro de la sociedad civil.

Otra cuestión que plantea la clonación, en este caso la no reproductiva, se da en torno a la consideración del ser humano como persona. Si bien la personalidad se da en el Derecho civil con motivo del nacimiento, para la doctrina de la Iglesia, y por tanto para el Derecho canónico también se da con motivo de la concepción del hijo. Así, no solo se reprueba la clonación reproductiva, es que entendemos que existe un ser personal desde la concepción y por tanto con derecho a que se le atribuya una paternidad y maternidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA

En el Derecho romano se dio una distinción de parentesco *agnaticio* -en función a la sujeción a la potestad del *pater familias*- y *cognaticio* en función de la consanguinidad. No obstante, siempre ha existido una prevalencia del criterio de la paternidad biológica y de la libertad de investigar la paternidad. Estos criterios también se contemplaron y se reforzaron en el Derecho canónico. Así, la influencia más importante de la Iglesia en la época Romana y posteriormente fue el considerar al hijo como inocente de la unión de sus padres, aunque fuera esta ilícita e ir atenuando las consecuencias. Así, el mismo Derecho canónico de filiación basado en el criterio biológico se aplicó en Catalunya hasta la compilación de 1960 debido a la falta de normas específicas en materia de filiación en los Usatges de Barcelona y en las Constitucions de Catalunya. Por lo que respecta al Derecho castellano vino más influenciado por normas provenientes de la tradición germánica algo más distantes respecto del criterio de verdad biológica. Pero fue en el Código Civil español en el que la influencia del Código napoleónico limitó el derecho a investigar la paternidad más sustancialmente. Esta normativa sufrió una reforma fundamental en la ley 11/81 de 13 de mayo para adaptarla al principio constitucional de libre investigación de la paternidad. En el caso del Derecho catalán, la legislación posterior a la compilación, tanto la Llei de Filiacions, como el Codi de familia y actualmente el Codi Civil de Catalunya ha conservado una mayor vigencia del criterio de veracidad material y libre investigación de la paternidad.

SEGUNDA

El Derecho canónico, partiendo de una antropología cristiana y del concepto de familia propio de la Iglesia, no contiene una definición propia de filiación. Lo único que hace es atribuir unos medios de prueba y unas consecuencias a la propia filiación biológica. Ciertamente la doctrina de la

Iglesia considera el matrimonio como el medio idóneo para la filiación. No obstante, tanto el CIC 83 como el CCEO contienen la regulación propia de la filiación y de las obligaciones paterno-filiales más allá del Derecho matrimonial constituyendo un auténtico Derecho de familia.

Además de la filiación biológica la doctrina de la Iglesia considera lícito y recomendable la adopción como medio de remediar las situaciones de desamparo de los hijos y de esterilidad de algunos matrimonios. En cuanto a la reproducción asistida, la doctrina de la Iglesia solo entiende legítimos aquellos medios en que no se sustituye el acto conyugal, por tanto no admite la reproducción asistida heteróloga; ni la homóloga in vitro, a partir de la instrucción *Donum vitae*.

TERCERA

Dado que el Derecho canónico establece las consecuencias jurídicas propias a la filiación biológica, requiere unos medios para investigarla directamente cuando sea relevante para los distintos actos jurídicos y de la vida sacramental. Estos son los que llamamos medios directos de investigación de la filiación ya que no se requieren para una determinación jurídica de la misma y no se requiere un procedimiento judicial o administrativo. Encontramos estos medios directos de investigación de la paternidad, a través de la presunción matrimonial de paternidad, la anotación del bautismo, la constancia en documentos públicos eclesiásticos o civiles, o la declaración de paternidad ante el párroco y dos testigos para la anotación del bautismo.

Además de estos también será posible la investigación de la paternidad en los recursos administrativos y judiciales a estos actos administrativos. Así, será posible en los expedientes administrativos para modificar la partida de bautismo, en cuanto al proceso contencioso administrativo presenta la dificultad de su reserva al Tribunal de la Signatura Apostólica. También en las causas matrimoniales específicamente por impedimento de consanguinidad, como incidente en el proceso ordinario o en el proceso documental.

CUARTA

El artículo 39.2 de la Constitución Española establece los dos principios fundamentales en el Derecho civil de filiación. La libertad para la investigación de la filiación y el de igualdad por razón de origen. Estos principios vienen indisolublemente unidos al mismo concepto de filiación y al de tutela del interés superior del hijo. A este respecto no se puede entender el interés superior del hijo solamente como un derecho asistencial en materia alimentaria y educativa. Así aparece su vinculación de este interés superior del hijo tanto al principio de veracidad biológica como a los de libre formación de la personalidad, el derecho a la intimidad entendida de manera positiva o el de libertad de conciencia. No obstante, el mismo principio del interés superior del hijo, además de la propia naturaleza del Derecho civil, requiere de la concurrencia del principio de seguridad jurídica junto con el de estabilidad en las relaciones familiares del menor. Tales principios limitan el ejercicio de la libertad para investigar la filiación.

QUINTA

Sobre estos principios se ha desarrollado toda una legislación tanto en el Código Civil Español como en el Codi Civil de Catalunya relativa a la reclamación e impugnación de la filiación. Además se ha desarrollado toda una corriente jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros y del Notariado que tiende a eliminar restricciones al derecho a investigar la paternidad basándose en el principio de veracidad material.

Es comprobable como la regulación del Codi desarrolla con mayor amplitud el principio de libre investigación de la filiación. Esto no solo se comprueba en la mayor amplitud de los plazos para reclamar o impugnar la filiación. También en la eliminación del principio de prueba, en la no distinción de la regulación por la posesión de estado y la posibilidad de citar a un tercero

cuando se demuestre que la madre había tenido relaciones sexuales con otros hombres.

SEXTA

El derecho a conocer el origen biológico se reconoce en el ordenamiento civil como un derecho distinto al de libre investigación de la paternidad. La razón fundamental es que, a diferencia de la libertad de investigación de la filiación, no tiene como objetivo la determinación jurídica de una paternidad o maternidad. En consecuencia este derecho se fundamenta directamente en los principios constitucionales de libertad de conciencia, libre formación de la personalidad y el derecho a la intimidad entendida en sentido positivo. Bien entendido que el derecho a la libertad de conciencia supondría la libertad del hijo para decidir si el conocimiento de su propio origen es relevante para la formación de su propia personalidad y forma parte de su intimidad. En consecuencia este implica a los otros dos. Hay que aclarar también que este derecho a la libertad de conciencia consagrado en el artículo 16.1 de la Constitución que junto con el principio de intimidad tendría acceso directo al recurso de amparo constitucional.

El derecho a conocer el propio origen ha sido reconocido ya para los casos de adopción (art. 180.6 CC. y art. 235-49 y 50). En cuanto a los supuestos de inseminación artificial sigue muy restringido. Sin embargo la legislación actual ha ampliado los supuestos en que el hijo puede conocer su origen biológico añadiendo el supuesto de peligro para la salud del hijo, además de los previstos por la ley penal y el riesgo para la vida del mismo (art. 5.5 LTRHA.).

SÉPTIMA

El Derecho civil no establece directamente los efectos a la filiación atribuida biológicamente, sino que requiere una determinación jurídica de la misma, es decir un reconocimiento de tal filiación que le da vigencia en el ordenamiento civil. Así para la comparación entre el Derecho Civil y el

canónico se hace necesaria la distinción entre dos categorías distintas: la atribución de la filiación y la determinación. La atribución es siempre previa a su determinación jurídica y en la mayoría de supuestos es un hecho prejurídico, es decir se tratará de la misma filiación biológica. Pero puede ser también un hecho jurídico, como en la filiación adoptiva que es una resolución judicial, o el consentimiento al uso de la reproducción asistida del cónyuge o pareja.

OCTAVA

La filiación por naturaleza se clasifica según sus medios de determinación, que son distintos según la filiación se considere matrimonial o no matrimonial. El Codi Civil de Catalunya contempla esta diferencia en los medios de determinar la filiación pero no clasifica la filiación en hijos matrimoniales o no matrimoniales. En todo caso, tanto en el Código Civil español como en el Codi Civil de Catalunya existe una igualdad de efectos respecto de todas las clases de filiación. La matrimonialidad de la misma afecta tan solo a la atribución. La única excepción es la prevista en el artículo 125 del Código Civil para los casos de la filiación cuyos padres son hermanos. No obstante, la posibilidad de no inscripción de la filiación vendría justificada por la especialidad de la situación y sus posibles consecuencias sociales y personales.

Así lo que en la terminología del Código Civil español se refiere como medios de determinación de la filiación abarcaría los medios de determinación que suponen una manera de poder probar la filiación para que esta llegue a constar en el derecho. Entre ellos puede constar la presunción de paternidad y el reconocimiento. Pero también incluiría los medios por los que se hace constar esta filiación para el ordenamiento Civil. Estos medios son los que la doctrina de De Castro denominaba títulos de "legitimación". Entre estos últimos se distingue, para la filiación matrimonial "1.º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2.º Por sentencia firme" (art. 115 CC.); y para la filiación no matrimonial, el reconocimiento, por resolución de expediente registral, por sentencia firme y solo respecto de la mujer "cuando se

haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo” (art. 120 CC.).

NOVENA

La legislación del Codi Civil de Catalunya sobre la determinación de la filiación pone en evidencia una mayor importancia del principio de veracidad material. Esto se puede comprobar por ejemplo en la posibilidad de impugnar el reconocimiento hecho “con fraude de ley”. También se confiere la posibilidad de establecer la filiación sin efectos en caso de que el hijo que pueda prestar su consentimiento no lo haga. Además establece una presunción de paternidad respecto de la filiación matrimonial con efectos probatorios y no determinativos. Por otra parte la distinción entre atribución y determinación de la filiación queda más marcada en el Codi Civil de Catalunya que emplea los términos “resulta” o “establece”.

DÉCIMA

Conviene distinguir la adopción como determinación jurisdiccional de la filiación de otras determinaciones jurídicas de la filiación que dan lugar a la filiación por naturaleza. Estas otras atribuciones jurídicas de la filiación son fundamentalmente la producida por el consentimiento del uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Las tres diferencias fundamentales serán, en primer lugar, que la adopción es una atribución por una resolución judicial, mientras que en el otro caso se da por un consentimiento prestado de conformidad a la ley. En segundo lugar la adopción siempre es posterior al nacimiento del hijo, mientras que el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida siempre es previo al nacimiento. Además, en el caso de la filiación adoptiva puede concurrir con otra filiación atribuida por naturaleza, mientras que en el caso del consentimiento a las técnicas de reproducción asistida nunca será posible esta concurrencia. Todas estas diferencias justifican que la filiación adoptiva no sea subsumible como filiación por naturaleza,

mientras que la filiación por consentimiento a las técnicas de reproducción asistida heteróloga sí lo sea.

UNDÉCIMA

El estudio de la materia de filiación en los ordenamientos civil y canónico exige el punto de partida en el análisis comparativo de los principios jurídicos generales que afectan directamente a la filiación y de aquellos propios de la misma materia. Sólo de este modo se explican las diferencias, y como a pesar de las mismas es posible y necesaria la articulación de ambos ordenamientos respetando el ámbito de cada uno. Así se atiende adecuadamente a la doble condición de las personas que son fieles cristianos pero también ciudadanos. El no hacerlo supone el riesgo de ver el ordenamiento canónico como un sistema alternativo y no compatible en algunos aspectos de la materia de filiación con el Derecho Civil. Podría también entenderse que simplemente asume la regulación civil sobre la determinación y atribución de la filiación de una forma acrítica y renunciando a sus propios presupuestos antropológicos y concepto de familia, lo cual tampoco sería cierto.

DUODÉCIMA

Constatamos algunas diferencias en principios de ambos ordenamientos que siendo generales o de otros ámbitos resultan determinantes en materia de filiación. La primera sería que la identificación entre persona y capacidad jurídica que existe en el Derecho civil no se da en el Derecho canónico. En este último, si bien existen unos derechos inalienables unidos a la persona, la subjetividad jurídica plena se adquiere con el bautismo. Esto supone una mayor necesidad jurídica por parte del Derecho civil en materia de nacimiento y filiación. La segunda sería que en el Derecho canónico las causas relativas al estado de las personas, entre ellas las de filiación, no pasan nunca a cosa juzgada. La tercera diferencia que señalamos es como las anotaciones en los

libros parroquiales carecen de efecto constitutivo o determinativo como lo tiene el registro civil, su valor es simplemente probatorio.

DECIMOTERCERA

Respecto del principio de veracidad biológica y seguridad jurídica constatamos como en ambos ordenamientos se tiene la veracidad biológica como la principal concreción a la hora de la investigación de la filiación por naturaleza. Sin embargo en el Derecho canónico no encontramos las limitaciones para la determinación de la filiación propias del Derecho civil a causa del principio de seguridad jurídica. Tampoco encontramos la posibilidad de una filiación por consentimiento del cónyuge o pareja en las técnicas de reproducción asistida y ni el anonimato del donante en las mismas.

DECIMOCUARTA

Las antedichas diferencias supone la importancia de la institución canónica de “quienes hacen las veces de padre”, la cual reconoce las competencias de aquel que el Derecho civil determina como padre, o de quien está ejerciéndolo de hecho y sin embargo no lo es ni por la biología ni por adopción. Se trata de una figura distinta a la tutela, con ciertas similitudes a la guarda de hecho civil pero referida de manera directa y exclusiva a la relación paterno-filial, aunque sin crear lazos de familiaridad. De esta manera el ordenamiento canónico garantiza la protección del interés del menor y establece cauces de articulación con el ordenamiento canónico pero salvaguardado sus propias concepciones de familia y de filiación. No obstante esta figura del Derecho canónico requeriría de un desarrollo doctrinal y jurisprudencial más profundo, y en el ámbito legislativo entendemos que sería importante una referencia a la misma en el canon 877 referente a la anotación del bautismo.

DECIMOQUINTA

Si en el Derecho civil hemos hablado de un derecho a conocer el propio origen como distinto a la libertad para investigar la paternidad, y fundamentado en principios constitucionales distintos, esto no es posible en el Derecho canónico. En el ordenamiento canónico serán totalmente coincidentes estos derechos hasta el punto que será el mismo. La causa es evidente, el Derecho canónico atribuye directamente los efectos de la filiación a la filiación biológica y por tanto no hay un sistema de determinación de la filiación.

DECIMOSEXTA

El ordenamiento canónico contiene una fundamentación análoga a la civil respecto de los principios en los que se sustenta el derecho a conocer el propio origen. Sin embargo esta fundamentación no es exactamente igual y se basa en los propios fines y naturaleza del Derecho canónico. Así en el ordenamiento canónico el derecho de filiación queda respaldado en los derechos a la intimidad, a la educación y a la libertad de elección del estado de vida. Estos principios se constituyen en una base axiológica y de principios que posibilita la integración de la norma canónica dentro del ámbito del orden público y del ordenamiento jurídico civil.

DECIMOSÉPTIMA

Consideramos también que el derecho a la libertad de conciencia consagrado en los derechos a la libertad ideológica, religiosa, del artículo 16.1 de la Constitución es también un elemento esencial para la integración de la normativa canónica en materia de filiación. A este respecto supone la libertad de los fieles para seguir las normas del Derecho canónico respecto de la atribución de efectos de la filiación en el ámbito confesional. También supone la libertad del criterio para la atribución de estos efectos de la filiación, en este caso el de la veracidad biológica, dentro de los límites del orden público.

En cuanto al Ordenamiento canónico, por su carácter confesional, tiene la libertad de conciencia como presupuesto para que la persona se obligue por la norma canónica. Por tanto esta libertad no es un derecho de aplicación directa ya que previamente ya se ha ejercitado. Esto se traduce en que, si bien la libertad de conciencia resulta fundamental en el Derecho canónico de filiación, esta libertad se ha de concretar en otros principios en esta materia. Al hablar de esta concreción nos referimos fundamentalmente al derecho a la inmunidad de coacción para escoger el estado de vida.

DECIMOCTAVA

El mismo principio de libertad para investigar la filiación en el Derecho canónico ha venido consagrado mediante el principio de libertad de prueba. Este principio se ha concretado en distintos medios contenidos en el CIC 83 y en el CCEO para investigar la paternidad que ha llegado a incluir los documentos civiles como documentos públicos. No obstante, a este respecto, no se puede dejar de tener en cuenta diferencias sustanciales en materia probatoria del Derecho canónico respecto del Código Civil español y del Codi Civil de Catalunya. Así, en cuanto a la presunción de paternidad encontramos diferencias en los límites de la presunción tanto en los 180 días iniciales de la convivencia como en los 300 posteriores. También hay que tener en cuenta que a diferencia del Derecho civil, el reconocimiento para la anotación del bautismo no tendrá valor determinativo sino de prueba indirecta.

DECIMONOVENA

El Derecho canónico canoniza la adopción civil. Sin embargo hay que tener presente que se trata de una canonización de la adopción en sí, no de las competencias del Estado ni de los efectos de la misma. Los efectos canónicos de la adopción serán los propios que atribuye el ordenamiento canónico a la filiación. Así mismo, las causas de extinción civil de la adopción supondrán también la extinción de la misma en el Derecho canónico. Especialmente se

evidencia esto en los casos de falta del consentimiento o asentimiento preceptivo de los padres biológicos a la adopción. En tales casos, de acuerdo con el ordenamiento canónico se haría especialmente urgente la necesidad de colaboración de las instituciones y personas jurídico canónicas con aquellos que desean conocer su propio origen. Incluso la infracción de tales obligaciones y las conductas tendentes a evitar el asentimiento de los padres a la adopción supondría incurrir en diversos tipos penales recogidos en el ordenamiento canónico.

Por otra parte la salvaguarda del modelo de familia cristiana fundada en el matrimonio debe de suponer unos límites a las adopciones conjuntas. Estas adopciones conjuntas también deberán de estar fundamentadas en el matrimonio tal y como lo entiende la Iglesia.

VIGÉSIMA

En el ámbito de la reproducción asistida existe un contraste evidente entre el Derecho civil y el canónico. Esta diferencia se produce cuando el Ordenamiento civil pasa a admitir la filiación por el consentimiento al recurso a las técnicas de reproducción asistida heteróloga por parte del cónyuge o pareja. Aún resulta más evidente esta diferencia en el Codi Civil de Catalunya que generaliza el criterio del consentimiento en los supuestos de reproducción asistida, incluyendo los casos de reproducción asistida homóloga. Por el contrario, el Derecho canónico sigue reconociendo únicamente el criterio de filiación biológica-genética. Por tanto en estos supuestos de filiación por el consentimiento a las técnicas en caso de la paternidad se deben reconducir a la institución de “quienes hacen las veces de padres”. Además, entendemos que los operadores del Derecho canónico también tendrían la obligación de colaborar con el hijo al conocimiento de su origen biológico dentro del estrecho cauce que le permitiría la legalidad civil.

Esta consideración se daría también en los casos de doble maternidad por consentimiento de la cónyuge o pareja a que la filiación le sea determinada,

tanto en el caso de que se acudiera a una donante del ovocito como si existiese una donación mutua (técnica ROPA.). En este último caso el motivo es que el criterio del parto separado de la maternidad genética no entendemos que sea suficiente para atribuir la maternidad según el criterio biológico-genético que es el que sigue el Derecho canónico.

VIGÉSIMOPRIMERA

Una cuestión distinta es que constancia se debe dar en la partida de bautismo cuando se practican las técnicas de reproducción asistida, para ello distinguimos varios supuestos: a) en el caso de que el donante y el hijo mayor de edad o emancipado se conocen y prestan su anuencia a la anotación de la filiación en el libro de bautismos. Podría procederse a anotarla en la partida de bautismo; b) cuando el padre o madre biológicos -donantes- y el hijo mayor de edad o emancipado fueran conocidos pero que este último no consintiera la anotación de tal filiación en la partida de bautismo, entendemos que no procedería su anotación del padre o la madre -donantes- en el libro de bautismos en función de la protección del interés del hijo; c) en el supuesto de una petición de inscripción del hijo mayor de edad y contra la voluntad de los padres biológicos, consideramos que sí debería anotarse porque la verdad biológica vendría unida al interés del hijo que ejercita mediante este recurso. Además entendemos que de darse este caso no se produciría una colisión entre el Derecho del estado y el canónico ya que en realidad la anotación de bautismo no es una determinación de la filiación y como prueba es indirecta, también porque el bautismo es un sacramento y por tanto tiene un carácter puramente confesional; d) cuando el hijo sea menor la oposición de los padres y quienes hacen las veces de padres la impediría;

VIGÉSIMOSEGUNDA

Tanto el Derecho civil como el canónico consideran nulo el contrato de gestación por sustitución. Para el caso de que se produjera, el ordenamiento civil aplicaría el criterio del parto, al menos para los casos de conflicto de maternidades, y siguiendo a Quesada es cuando creemos que se daría. No

obstante en el Derecho Canónico seguiría aplicándose en estos casos el criterio biológico de paternidad, maternidad y filiación. De esta manera, tanto la maternidad por el parto, como la maternidad o paternidad por el consentimiento, tendrán la consideración de “quienes hacen las veces de padres” para el Derecho canónico.

Este mismo criterio por parte del Derecho civil hace imposible en España la doble paternidad, y entendemos que resulta contraria al orden público español. Esta consideración tiene como fundamento exclusivo la nulidad de los contratos de maternidad subrogada, al margen de la doble paternidad. La cuestión que se debe plantear en todo caso es la conveniencia de esta nulidad de los contratos de gestación sustitutiva. Evidentemente en estos casos, al igual que en los de doble maternidad, el Derecho canónico consideraría al cónyuge o pareja que no es padre biológico como “quien hace las veces de padre”.

VIGÉSIMOTERCERA

Más allá de la prohibición de la clonación reproductiva, la cuestión de la clonación plantea distintas cuestiones en las relaciones entre el Derecho civil y el canónico. La fundamental la motivaría la desaparición en la clonación de una verdadera diversidad genética y por tanto la ruptura total con el paradigma biológico-genético de la reproducción humana. Esto plantea en el Derecho canónico un derecho del ser humano a una paternidad y maternidad, que no pudiendo ser biológica supondría acudir a la adopción civil o a la institución de “quienes hacen las veces de padre”. En cambio en el Derecho civil es posible que no se le determine una filiación. Por otra parte debemos atender a la consideración por parte del Derecho canónico de que el ser humano personal se da desde la concepción. Esto supondría una ausencia de distinción entre el ser humano habido por clonación reproductiva o con otros fines. Así, en estos casos, este ser humano concebido también tendría derecho a tener un padre y una madre.

BIBLIOGRAFÍA

- R. Acebes, "Diferencias de las acciones de filiación del código en materia de la legitimación activa, plazos y efectos", in: *RJN*, n.70, 2009, pp. 9-38.
- A. Acosta, "Maternidad Subrogada", in: *Revista de Ciencias Biomédicas*, (<http://www.revista.spotmediav.com>), 2011; 2 (1), pp. 91-97
- M. M. Ales Uría, *El derecho a la identidad en la filiación*, Valencia 2012.
- M. Albaladejo (Direc.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXVII, Vol. 1, de la compilación de Cataluña*, Madrid 1981.
- M. Albaladejo, *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Barcelona 2006.
- M. Albaladejo, *Curso de derecho Civil IV*, Madrid 2013.
- M. Albaladejo, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954.
- J.M. Alvarez-Cienfuegos, "La Clonación Humana: Implicaciones jurídicas", in: *La Clonación Humana a Debate*, Murcia 2003.
- M. Amelotti, "Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti", in: *Estudios en honor de Alvaro D'Ors*, Pamplona, 1987, pp. 151-60.

- A. Aparisi, "Clonación Humana y Derecho", in: *La Clonación Humana a Debate*, Murcia 2003, pp. 57-65.

- Aranzadi, *Repertorio Cronológico de Legislación*, Pamplona.

- Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia*, Pamplona.

- Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, desde 1981.

- M. Arroba Conde, *Diritto Processuale Canonico*, Roma 1993.

- R. Araya, *Secreto y anonimato en la reproducción asistida con donación de gametos*, p. 3, in: <http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/09/rub%C3%A9n.pdf>. [2-12-2016].

- F. Aznar, "Homosexualidad y Adopción. Implicaciones canónicas"; In: *Scripta fulgentita*, XIII, nº 25-26, 2003, pp. 171-88.

- F. Aznar Gil, "Los ilegítimos en la península Ibérica durante la baja edad media" in: *REDC* 50 (1993), pp 12-33 .

- F. Aznar, *Derecho Matrimonial Canónico*, Salamanca 2003.

- G. Baccino, *Reproducción Humana Asistida, Aspectos Jurídicos Sociales y psicológicos*, Valencia 2014.

- C. Barajas, *La Adopción; una Guía para Padres*, Madrid 2001.

- T.G. Barberena, "La investigación de la paternidad por examen de grupos sanguíneos y el c.115", - *REDC* 3 (1949) 1009, pp. 988-1115.

- R. Barber, "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *REDUR*, 2010, pp. 25-37..

- R. Barber, "doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales" in: *Derecho Privado y Constitución* , n. 28, 2014, pp. 93-136.

- P. Benavente, "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual", in: *ADC*, T. LXIV, 2011, pp. 75-124.

- R. Bercovitz, *Comentarios al Código Civil*, 4^a ed., 2014.

- I.C. Bernabeu, "La acción de impugnación de la filiación", in: *práctica jurídica, Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, 2009.

- A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 2006.

- A.I. Berrocal, "Análisis de la nueva ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una aproximación a su contenido", in: *Revista de medicina legal*, enero de 2007, pp. 40-70.

- B. Bísvaro, "La adopción y el derecho a la identidad a la luz de la Constitución nacional", in: *UCES Revista Jurídica*, n. 15, Buenos Aires 2011, 60-78.

- M. Blanco - B. Castillo - J.A. Fuentes - M. Sánchezlasheras (coords.), *Ius et iura. Escritos de derecho eclesiástico y de derecho canónico en honor del profesor Juan Fornés*, Granada 2010.

- P. Bonnet - C. Gullo, *Diritto Matrimoniale Canónico* , Vol III, Città del Vaticano 2005.

- A. Borrell i Soler, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, 2ª edic., tomo 4ª, Barcelona 1944.
- S. Bravo Jiménez, "Sobre el matrimonio entre hispanas y romanos: Cicerón de Oratore, I, 40, 183", in: *Euphoros*, N.º. 7, 2004, pp. 11-20.
- G. M. Brocà Montagut - J. Amell Llopis, *Instituciones de Derecho Civil catalán vigente*, 2ª ed., tomo 1º, Barcelona 1886.
- D. Brodzinsky, R. Lang - D. Smith; "Parenting adopted children", in: *Hand Book of parenting*, Hillsdale, 1995, Vol.3.
- D. Brodzinsky - M. Schechter; *The psychology of adopción*, Nueva York, 1990.
- S. Bueno, *Tratado General de Derecho Canónico*, Barcelona 2012.
- S. Bueno - M.J. Gutierrez, *Proselitismo Religioso y Derecho*, Granada 2002.
- S. Bueno, "La protecció de la llibertat religiosa i la manifestació religiosa en el Dret i la jurisprudència europeus", *Revista de temes contemporanis*, n. 26, 2005, p.p.35-58.
- M. Cabrerós de Anta CMF - A. Alonso Lobo O.P. - S. Alonso Moran O.P., *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, Madrid 1963.
- A.L. Calvo - J. Carrascosa, *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre (La Ley 13212/2007) 2007, sobre Adopción Internacional*, Comares, Granada, 2008.
- M. Castellano Arrollo, "Prueba de la paternidad", in: *Simposio sobre la Paternidad y Filiación*, Valencia 1981, pp. 117-99.
- J.A. Castillo - C. Pérez - V. Mirabent; "Adopción y paternidad,

aportaciones de la investigación”, in: *Revista de Psicopatología y Salud Mental del niño y Adolescente*, Noviembre de 2006, pp. 39-63.

- S. Cifuentes, “El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido”, in: *La Ley 2001-C* (<http://www.villaverde.com.ar/es/assets/docencia-2/061120-caq-cijuso-filiacion/bibliografia/comentario-cifuentes-fallosalaj-identidad-biologica.pdf>) [2-12-2016].

- P. Ciprotti, *De Prole Legítima Vel Illegítima in Iure Canónico Vigenti*, Roma 1939.

- Código Civil Comentado, Vol, I, Civitas Thomson Reuters, coord. P. De Pabloy R. Valpuesta, Cizur Menor (Navarra) 2011.

- Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid 1999.

- Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe, Fuentes y Comentarios de todos los Cánones, A. Benlloch Poveda, (Dir.), Valencia 1993.

- Código Sobre Protección Internacional de la Infancia, FM. Mariño Menéndez, Madrid, 1998.

- Codi de Dret Canònic, Ed. Comentada a cura de Bajet, E., Montserrat, 1983.

- Código de Derecho Canónico, ed. Anotada a cargo de P. Lomabardía y J.I. Arrieta, Pamplona 1983.

- Código de Derecho Canónico, J. Calvo, M. Camarero, M.J. Ciaurriz, A. Fernández, J. M. González Del Valle, J. Goiti, Madrid 1998.

- Código de Cánones de las Iglesias Orientales, Edición bilingüe comentada, a cargo de los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid 1994.
- El Código Civil y sus Reformas, Ed. y Notas por E. Lalaguna, Valencia 1991.
- M. Cortés – J. S. José, *Derecho Canónico I El Pueblo de Dios*, Madrid 2006.
- Comentario a la STC 52/2006, in: *Revista de Derecho de Familia*, nº 31, Abril – Junio de 2006.
- I. Sierra Gil (coord.), *Comentario del Código Civil, T. 2.*, Barcelona 2000.
- Communicationes (Pontificium Consilium de Legum Textibus Interpretandis).
- Comitè Consultiu de Bioetica de Catalunya, *Consideraciones Sobre La Transferencia Nuclear*, Generalitat de Catalunya Departament de Salut, 2006.
- Concilio Vaticano II. Constituciones. Decretos Declaraciones, Madrid 1996.
- Corpus Iuris Canónici, Editio Lipsiensis secunda, Akademische Druck, 1959.
- Corpus Iuris Civilis. Español-Latín, A. Kriegel, Albert, E. Hermann, E. Osenbrüggen, I.L. Barcía del Corral, Valladolid 1988.
- G. Dammacco, “Manipolazione genetica, procreazione artificiale e diritto canonico: contributo per una lettura dell'istruzione Donum

- Vitae", in: *il diritto di famiglia e delle persone*, n 16, 1987.
- J. De Castro García, *La Investigación de la Paternidad*, Madrid 1992, 53; F. Rico Perez, "La Posesión de estado" in: AC, 1988.
 - F. De Castro *Derecho Civil de España T. II Derecho de la Persona*, 2008.
 - S. De la Fuente, "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal ", in: *InDret*, www.indret.com, Barcelona 2015.
 - J. Delgado, "Los consentimientos Relevantes en la fecundación asistida. En especial determinante de una paternidad que biológicamente no corresponde", in: *Congreso Mundial Vasco. La filiación a fines del S. XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid 1988, pp. 201-230.
 - J. Del Pozo, *El reconocimiento de la filiación*, Madrid 1993.
 - J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (coord.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. III, Zizur Menor 2012.
 - *Dictionnaire de Droit Canonique* , vol. IV, Paris 1953.
 - L. Diez Picazo, "La filiación en el derecho civil de cataluña" in: *ADC* 1962, p.p. 81-96 .
 - L. Diez-Picazo - R. Bercovitz - C. Rogel - A. Cabanillas - Caffarena J., *Estudio para la Reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, *Fundación General Mediterránea*, Madrid, 1977.
 - L. Diez-Picazo, *Sistema de Derecho Civil, Vol IV, Derecho de familia y sucesiones*, Madrid 2006.

- M.L. Di Piero - E. Sgreccia, *Procreazione Assistita e fecondazione artificiale. La Scuola*, Brescia 1996.
- A. D'Ors, *Derecho Privado Romano*, VI ed., Pamplona 1986.
- M. Durán i Bas, *Memoria a cerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona 1883.
- J. Eekelar, "The interests of the child and the child's wishes: the role of the dynamic self-determinism", *IJLF* 8 (1994).
- C. Elias, *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva Constitucional*, Valencia 2002.
- *Enciclopedia de ciencias eclesiásticas*, vol. VIII, Valencia 1887.
- *Enciclopedia Católica*, vol. X, Firenze 1953.
- C.F. Fábrega, "Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas", in: *ADC, TII, F. II*, Madrid 1988, pp. 633-80.
- E. Farnós, "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California" in: *InDret*, (www.indret.com), Barcelona 2010.
- E. Farnós, "Anonimat del donant o dret a conèixer els orígens?", in: *Butlletí del Comitè de Bioètica de Catalunya*, Febrer de 2015.
- E. Farnós, "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", in: *ADC LXVIII*, 2015, p. 5-61.
- M. E. Fernández Baquero, "Definición jurídica de la familia en el

Derecho romano”, in: *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, pp. 147-176.

- J. Ferrer, “Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y reclamación de la paternidad”, in: *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona 2006, nº3, pp. 729-56.

- G. Fernández, *La Filiación no Legítima en el Derecho Histórico Español*, Sevilla, 1969.

- M^a. B. Fernández González, “investigación de la paternidad (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 y 27 de noviembre de 2001)”, in: *AC n.33*, 2002, pp. 1095-1106.

- P. Fuenteseca, *Derecho Privado Romano*, Madrid 1978.

- J.J. García Failde, *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Salamanca 2008.

- J. García Garrido, *Derecho Privado Romano*, Madrid 2000.

- J.R. García Vicente, “sentencia de 12 de julio de 2004: Impugnación de la paternidad matrimonial determinada en virtud de reconocimiento de complacencia”, in: *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 67, 2005, pp. 433-48.

- J.R. García Vicente, “26 de noviembre de 2001: Impugnación de filiación matrimonial establecida en virtud de reconocimiento de complacencia. Autonomía de las acciones de los artículos 140 y 141 del Código Civil: su repercusión en el alcance de la cosa juzgada. Matrimonialidad sobrevinida por subsiguiente matrimonio”, in: *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 59, 2002, pp. 581-94.

- L. García Villalueva – M. Linacero, *el Derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho Comparado*, Madrid 2006,

(<https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>) [2-12-2016].

- M. Garriga, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Navarra 2000.

- M. C. Gete-Alonso – J.Solé, *Filiación y potestad parental*, Valencia 2015.

- G. Ghirlanda, *Introducción al Derecho Eclesial*, Estella 1995.

- B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, 2007.

- M. Gonzales Pérez De Castro, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid 2013.

- J.J. Gonzalez Rivas, "Introducción y contenido constitucional del art. 16 de la Constitución Española: Aconfesionalidad y laicidad", in: *Pluralismo religioso y Estado de Derecho*, Madrid 2004, pp. 13-88 .

- P. Gutierrez Santiago, *Constitución de la Adopción Declaraciones Relevantes*, Elcano Navarra 2000.

- C. Guzmán Pérez, "Nuevas Técnicas De Reproducción Asistida E Impedimentos", in: XXI Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, Madrid 2001, pp. 77-112.

- H. Ankum, "La sponsa adultera" problemas concernant "l'acusatio adulteris"", in: *Estudios en honor de Alvaro D'Ors*, Pamplona, 1987, pp. 161-98 .

- A. Hernández Rodríguez, "Determinación de la filiación de los nacidos

en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, in: *Cuadernos de Derecho internacional*, vol VI, n. 2, 2014, pp. 147-74.

- J. Iglesias, *Derecho Romano*, Madrid 2001.

- Ll. Puig i Ferriol – E. Roca i Trías, *Institucions del dret Civil de Catalunya, Vol II Dret de la persona i dret de família*, , Valencia 2005.

- M. B. Iorizo, “¿Identidad o anonimato? Colisión de derechos en una fuente filiatoria sin precedentes”, in: *SEDICI (Universidad Nacional de La Plata)* (<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/46234>) [3-11-2016].

- M. Izquierdo– Matilde Cuenca(Dirs), “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, in: *Tratado de Derecho de la Familia vol. V Las Relaciones paterno-filiales*, Ciruiz menor (Navarra) 2011.

- D. Jaufre, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción “versus” técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2013.

- A. Kemelmajer, “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del TEDH de 13/02/2003 en el Caso Odièvre-Francia”, in: *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Coords. A.L. Calvo Caravaca – E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, pp. 511-30 .

- A.N. Krasnow, “La filiación y sus fuentes en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”, in: *InDret*, www.indret.com, Barcelona 2015.

- D. Caroli de Tocco, *Leges Longobardorum cum argutissimis glosis*, Venetis 1537, II, 14, IX.

- Leyes de Toro (faximil Ministerio de Educación Y Ciencia Dirección General del Patrimonio Artístico y Cultural) in: <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/PdfServlet?pdf=VP01183.pdf&area=E> [2-10-2016] .
- E. Lamm, “Gestación por Sustitución”, in: *InDret*, www.indret.com, Barcelona 2012.
- M. López Alarcón, “La filiación en el Derecho canónico. Su correspondencia en el Derecho civil”, in: *Pretor*, 1977, pp. 325 a 357.
- M. López Alarcon – R. Navarro-Valls, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Madrid 2010.
- J. López Guzmán - A. Aparisi, “Aproximación de la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, in: *Cuadernos de Bioética*, Vol 23, n. 78, 2012, pp. 25-68.
- A.M. López – V.L. Montés, E.Roca, *Derecho de familia*, Valencia 1997.
- N. López Moratalla, “¿Clones humanos?”, in: *Cuadernos de bioética*, Vol. 15, 2004, pp. 385-404.
- N. López Moratalla, “Clonación Terapéutica”, in: *Persona y bioética*, Vol. 8, Nº. 22-23, 2004.
- D. Llamazares, *Derecho de la Libertad de Conciencia, Libertad de conciencia y laicidad*, Madrid 2002.
- F. Lledó Yagüe, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 2000.

- J.M Llopis – C. Castillo – M. Torrero – C. Carramolino, *Curso Básico de Derecho de Familia*, Sedaví (Valencia) 2000.

- N. Magaldi, *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Madrid 2004.

- J. Manzanares – A. Mostaza - J.L. Santos: *Nuevo Derecho Parroquial*, Madrid 1994.

- J. M. Martinell, “Secularització, Laicitat i família a Espanya”, in: *Idees: Revista de temes contemporanis*, n. 26, 2005, pp. 109-35.

- G. Martínez Díez, “la Filiación en el Derecho Histórico Español”, in: *Simposio sobre Paternidad y filiación*, Valencia 1985, pp. 66-81.

- M. Martínez, *Matrimonio, Concilio y posconcilio*, Madrid, 1969.

- J.M. Martínez Pereda - Varios, “La clonación humana a debate”, Murcia 2003.

- A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez Ocaña *Comentario Exegético al Código De Derecho Canónico*, Barañáin 2002.

- C. Maynz, *Curso de Derecho Romano, T. I*, Valencia 1982.

- G. Michiels, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Tournai 1955

- L.J. Mieres Mieres, *Intimidad Personal y Familiar Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Elcano (Navarra) 2002.

- V. Mirabent y E. Ricart, *Adopción y vínculo familiar, Crianza escolaridad y adolescencia en la adopción internacional*, Barcelona, 2005.

- I. Miralles, “La Adopción del Menor: Conflicto de Intereses, in: *RJC* n. 1, 2009, pp. 133-56.

- V.L. Montes-Roca E., *Derecho de Familia*, Valencia, 1991.

- R. Moran, *Historia del derecho Privado, Penal y Procesal*, ep. 2.3. *La filiación artificial y ep. 7 la fraternidad y filiación artificial*, Madrid 2002, (<http://app.vlex.com.sire.ub.edu/#ES/vid/269286>) [2-9-2016].

- A. Motilla, “El derecho sucesorio islámico”, in: *Derecho de familia islámico, los problemas de adaptación al Derecho Español*, Navacarnero (Madrid) 2002.

- R. Moran, *Historia del derecho Privado, Penal y Procesal*, ep. 2. *Filiación natural y filiación artificial*, Madrid 2002, (<http://app.vlex.com.sire.ub.edu/#ES/vid/269286>) [2-9-2016].

- J .Nanclares, “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, in: *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 1, 2008, pp. 2243-70 .

- Nota del Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española: “El Proyecto de Ley de investigación Biomédica no Protege el Derecho a la Vida y Permite la Clonación de Seres Humanos” 19 de Octubre de 2006, in: <http://www.conferenciaepiscopal.es/> [22-10-2016].

- Novísima Recopilación de las leyes de España, Madrid 1985.

- Nuntia (Comisión Revisora del Código de las Iglesias Orientales).

- X. O'Callaghan. *Investigación de la Paternidad, Acciones de filiación, Acción de investigación de la paternidad, Prueba Biológica*, Burgos 1994.

- T. Ogayar Ayllón, “La regulación de la filiación según la última reforma

- del código Civil”, in: *Simposio sobre Paternidad y filiación*, Valencia, 1985, pp. 20-38.
- O.M.S., “Declaration Sur le cogage”, 18 marzo de 1997; in: *Medicina y Moral* 1997, n. 2.
 - F. Pantaleón, “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, in: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15, 1993, pp. 129-60 .
 - A.F. Pantaleón, “Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida”, in: *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, 1989, pp. 641-70.
 - Paredes Martín M. C., *Teorías de la Intencionalidad*, Madrid 2007.
 - Peña-Bernaldo de Quirós M., *Derecho Civil: Estudios, Comentarios y Notas*, nº III, Madrid 2009.
 - S. Pérez Álvarez, *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos en el Derecho español*, Valencia 2006.
 - S. Pérez Álvarez, *Libertad Ideológica Ante los Orígenes de la Vida y la Clonación en el Marco de la Unión Europea*, Madrid 2009.
 - S.Pérez Álvarez, “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Una cuestión de inconstitucionalidad?” in: *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, <http://www.reei.org>, n. 12, 2006.
 - S. P érez Álvarez, “La incidencia de la ley 13/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo, celebrados en el ámbito de la Unión Europea”, in: *REDI*, Vol 57, n.2, 2005. pp. 841-67.
 - R. Perez-Bustamante, *Historia del Derecho Español*, Madrid 1994.

- A. J. Pérez Martín, *Tratado de Derecho de Familia, T. IV, Acciones de Filiación, determinación, Reclamación e impugnación acciones derivadas del cambio de filiación*, Valladolid 2010.

- Pérez Monge M., *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Madrid 2002.

- P.V. Pinto (coord), *Commento al Codice dei Canoni delle chiese Orientale*, Citta del Vaticano 2001.

- Pontificia Accademia Pro Vita, *La dignità umana, aspetti antropologici ed etici*, Città del Vaticano 2005.

- Pontificia Academia Pro Vita, *La Dignità Della Procreazione Umana E Le Tecnologie Riproduttive Aspetti antropologici ed Etici*, Città del Vaticano 2005.

- Pontificia academia para la Vida, *Declaración final de la XII Asamblea general y del Congreso Internacional sobre el tema "El embrión humano en la fase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas"* (27-28 de febrero de 2006).

- Pontificio Consejo para la Familia, *Simposio internacional familia y adopción*, Sevilla 1994.

- JJ. Puerto González, "La Doctrina del humano modo y las técnicas biomédicas de reproducción asistida", in: *REDC* 57 (2000), pp. 519-50.

- M.C. Quesada, "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", in: *ADC*, Vol. 47, Nº 2, 1994, pp. 237-304.

- M.C.Quesada, *La adopción (estudio de sentencias, autos y resoluciones)*, Barcelona 2004.

- M. C. Quesada, *La determinación judicial de la filiación*, Barcelona 2012.

- Quesada M.C., “La prueba de A.D.N. en los procesos de filiación”, in: *ADC.*, LVIII, F II, pp. 493-595.

- M.C. Quesada, “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)”, in: *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. 2, coord. por Juan Manuel Abril Campoy, María Eulalia Amat Llari, Valencia 2006, pp. 1963-94.

- M.C. Quesada, *promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Madrid 1993.

- M.C. Quesada, “La Regulación de la Filiación en el Código Civil de Cataluña”; in: *Persona y Familia Estudios de Derecho Civil Catalán*, Madrid 2014, pp. 254-88.

- M.C. Quesada, “Algunas reflexiones sobre la maternidad a principios del S. XXI”, in: *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo*, Vol. 3, coord. A. Cabanillas, 2002, pp. 4859-86.

- Quicios Molina, *determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, Barcelona, 1997.

- A. Quiñones, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, in: *InDret*, www.indret.com, Barcelona 2009.

- R. Ramírez, *Problemas morales y jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana*, Valencia 1986.

- M. Ramírez, “Reflexión sobre la intrucción “Donum Vitae” en relación

con algunos informes civiles”, in: *REDC* 44, 1987, pp. 577-90.

- F. Ramos, , *I Tribunali Ecclesiastici, costituzione, Organizzazione, norme processuali, cause matrimoniali*, Romae 2000.

- J. Rams, *Elementos de Derecho Civil*, Madrid 2008, p. 330; Lledó Yagüe, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 2000.

- V. Ravitsky, “Autonomous choice and the right to know one’s genetic origins”, in: *Hastings Center Report*. 2014 Marc- April, pp. 36-7.

- F. Rivero, “La filiación en el Derecho Civil especial de Cataluña”, in: *RJC*, n. 4 1973, pp. 215-318.

- F. Rivero, “¿Mater semper certa est?”, in: *ADC L*, Madrid 1997, pp. 5-53 .

- F. Rivero, “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)”, in: *AC*, nº 24 (9-15 jun. 2003), pp. 1049-113.

- F. Rivero, “Los reconocimientos de complacencia”, in: “Anuario de Derecho Civil”, (T. LVIII, F III, 2005), Madrid 2005, pp. 1049-113.

- F. Rivero, “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)”, in: *AC*, nº 24 (9-15 jun.2003), pp. 593-632.

- F. Rivero, “Limites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)”, in: *Derecho Privado y Constitución*, n. 14, 2000, pp. 245-300.

- F. Rivero, “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico”, *RJC*, nº 1,

2004, pp. 105-34.

- F. Rivero, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", in: *La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Vitoria 1988, p. 141-70.

- E. Roca, *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, Madrid 1999.

- E. Roca, "Families homosexuals: matrimoni, adopció i acolliment de menors", In: *Revista Jurídica de Catalunya (2006) III*, pp. 9-41.

- E.Roca, *Libertad y familia*, Valencia 2014.

- P. Ronzani, *Elementi di diritto Matrimoniale Canónico*, Milano 2010.

- E. Rubio Torrano, "Madre no hay más que una", in: *Aranzadi Civil*, T. XV, Vol II, 2006. pp. 11-14.

- B. Ruiz, *Praxis Islámica de los musulmanes aragoneses a partir del corpus aljamiado-morisco y su confrontación con otras fuentes contemporáneas*, (Tesis doctoral dirigida por L.F. Bernabé Pons en la Universitat d'alacant), Alicante 2015.

- O. Salazar, "Las paradojas de la "laicidad positiva" en la jurisprudencia del Tribunal Consitucional: ¿Confesionalidad encubierta o aconfesionalidad líquida?", in: *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales, las jurisprudencias nacional y europea*, Dr. G. Ruiz-Rico – J.J. Ruiz, Valencia 2015.

- R. Sánchez Ferriz, *estudio sobre las libertades*, 2ª ed., Valencia 1996.

- F. Sancho Rebullida, *Derecho Civil IV*, Barcelona 1974.

- J. San José, *Derecho Parroquial*, Salamanca 2008.
- J.L. Santos, *Nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 1983.
- A. Sarmiento y Javier, *Enchiridion Familiae*, EUNSA, Pamplona 2003.
- A. Sarmiento, *La Familia, Futuro de la Humanidad*, Madrid 1995.
- J. Searle, *El Redescubrimiento de la Mente*, Trad. castellana de L. M. Valdés, Madrid 1996.
- E. Serna, *La Reforma de la Filiación*, Madrid 1985.
- J. Serrano, "Historia del Dret Privat Català" in: *Historia del Dret Català*, V. Ferro, Barcelona 2001.
- J.M. Serrano, *L'adozione come alternativa alla Fiviet*, Città del Vaticano 2005.
- Siete partidas de Alfonso Décimo el Sabio Glosadas por Gregorio López, Madrid 1843.
- B. Sillero – C. Asensio, "La investigación de la paternidad: principio y derecho en nuestro ordenamiento jurídico", in: *Actualidad Civil, Sección Doctrina*, 1998 Ref. XLV, T. IV, pp. 1083-120.
- A. Sorosky - A. Baran - Pannor R., *The adoptiion triangle achool*, Nueva York, 1984.
- J.A. Souto Paz, *Comunidad Política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, Madrid 2003.
- A. Stankiewicz, "L'esclusione della procreazione ed educazione della

prole”, in: *Apol LXIII*, 1990, pp. 625-54 .

- J. Tejada, *Colección de cánones de todos los Concilios de la Iglesia Española*, Madrid 1850.

- The Danish Council of Ethics, *Ethical problems concerning assisted reproduction part II, Anonymity and selection in the context of sperm donation (Report)*, 2003.

- Usatges de Barcelona, *Fundación Noguera*, Barcelona 2006.

- E. Valladares Rascón, “Notas urgentes sobre la nueva ley de adopción”, in: *Revista del Poder judicial*, nº 9, 1988, pp. 29-62.

- A.J. Vela, “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”, in: *Diario La Ley*, nº 7526, 2010.

- M. Ventura, “Sulla pocreazione artificiale. Un fallimento normativo per la Chiesa Cattolica?”, In: *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 20, 1991, pp. 1135-78.

- R. Verdera, “comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, in: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, J. A Cobacho, J.J Iniesta, 2007, pp. 211-304.

- R. Verdera Server, *Determinación y Acreditación de la filiación* , Barcelona 1993.

- R. Verdera, “la filiació en el Dret Català: De la Compilació al Codi Civil”, in: *RJC*, n. 4, 2010, pp. 1051-74 .

- C. Vidal, “El Derecho a Conocer la Filiación Biológica, con especial

atención a la filiación materna”, in: *Revista Jurídica de Navarra*, n. 22, 1996.

- M.D. Vila-Coro, “El derecho a la identidad personal”, in: *Cuadernos de bioética*, nº 24, 1995, págs. 407-414

- P. Voci, *Studi di Diritto Rommano I*, Padova 1985.

- H. Wat, “Genitorialità e nuove tecnologie riproduttive: considerazioni antropologiche”, in: *La Dignità Della Procreazione Umana E Le Tecnologie Riproduttive Aspetti antropologici ed Etici*, Pontificia Academia Pro Vita, Città del Vaticano 2005.

- M. Yzquierdo Tolsada - M. Cuenca Casas, (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia vol. VII, La Familia en los Distintos Derechos Forales*, Cirzu menor (Navarra) 2011.

- L. Zarraluqui - Eznarriaga, *Derecho de Familia y de la persona, 3 familia*, Barcelona 2007.

- Zanoni E. A., “Adopción plena y derecho a la identidad personal. La verdad biológica: ¿Nuevo paradigma en el derecho de familia?”, in: *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998*, Vol. 5, 1998, pp. 68-83.