

SER PADRE

Being a Parent

RAFAEL VERDERA SERVER
Universidad de Valencia
rafael.verdera@uv.es

Cómo citar/Citation

Verdera Server, R. (2016).

Ser padre.

Derecho Privado y Constitución, 30, 75-126.

doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.30.02>

(Recepción: 19/09/2016; aceptación después de la revisión: 06/10/2016; publicación: 17/11/2016)

Resumen

La realidad social cuestiona el modelo tradicional de filiación, tanto en lo que se refiere al fundamento de la paternidad como al alcance de sus efectos. La identificación de la filiación jurídica con la plasmación de una relación biológica se enfrenta a la incidencia de las técnicas de reproducción asistida, a la asunción de funciones parentales por quienes no son padres biológicos, a una ponderación de los aspectos psicológicos del hijo y a una visión antropológica de la paternidad. En este artículo se plantea la conveniencia de una redefinición de los fundamentos de la filiación y la previsión de unos efectos más ajustada a la diversidad de situaciones reales.

Palabras clave

Determinación de la paternidad; relaciones paterno-filiales; modelos familiares; concepción legal, biológica y social de la paternidad.

Abstract

Current reality challenges the traditional model of filiation, both in regards to the basis of parenthood and the reach of its effects. The identification of legal affiliation with the depiction of a biological relationship faces the incidence of assisted reproduction techniques, to the assumption of parental responsibilities by those who are not biological parents, a weighting of the psychological aspects of the child and the anthropological vision of paternity. This article suggests the convenience of a redefinition of the fundamentals of filiation and a forecasting of the effects more adjusted to the diversity of real situations that may arise.

Keywords

Establishment of parenthood; parental rights; Family Forms; Legal Biological and Social Conceptions of Parentage.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.- III. ALGUNOS MIMBRES DEL CESTO: 1. El interés del menor y la determinación judicial de la filiación; 2. La impugnación de los reconocimientos de complacencia; 3. Impugnación de paternidad y reclamación de alimentos. IV. EL FUNDAMENTO DE LA FILIACIÓN Y SU FUNCIÓN: 1. ¿A qué llamamos fundamento de la filiación?; 2. La función del fundamento de la filiación; 3. La crisis del fundamento biológico de la filiación; 4. La transcendencia del conocimiento del origen biológico. V. LA ADAPTACIÓN DE LA FILIACIÓN A LA REALIDAD ACTUAL: 1. Tipos de filiación y pluralidad de fundamentos; 2. Nuevas familias, nuevas funciones familiares. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Este no es, a pesar de su título, un texto de autoayuda para padres primerizos o preocupados por procurar la felicidad de sus hijos. Estas páginas pretenden ofrecer unas reflexiones preliminares acerca de cómo debe articularse la relación jurídica de filiación en nuestro ordenamiento. Se trata, pues, de precisar qué significa y qué debe significar, jurídicamente, ser padre de una persona.

2. El régimen de la filiación en España se encuentra en un momento crítico¹. Crítico en el sentido de que la confluencia de fundamentos y de criterios

¹ De «crisis» hablaba también Barber Cárcamo (2009: 4). Meyer (2006: 125) subraya que, desde finales del siglo xx, mientras el derecho de familia se había sometido a profundas transformaciones, la filiación se mantuvo como una isla de relativa calma, aunque también han acabado por afectarle las nuevas tendencias. Y Carbone (2005: 1295) indica que la definición de la paternidad se ha convertido en el tema más polémico del derecho de familia. Véase también Kindregan (2008: 43-48). Como pedagógicamente expone la STS de 30 de junio de 2016 [JUR 2016\147383], «[l]a Ley 11/1981, de 13 de mayo, impuso un novedoso régimen para la filiación. El legislador pretendió equilibrar los delicados intereses en conflicto y proteger la certeza

dificulta la previsibilidad de las decisiones judiciales y sume a los operadores jurídicos en una situación de incertidumbre y de perplejidad. El sistema reco-

de la filiación matrimonial. El matrimonio no se prima respecto a los efectos de la filiación, pero su existencia o no sí influye a la hora de discriminar los títulos de su determinación así como para articular el sistema de acciones. Como dice la exposición de motivos del proyecto de ley «haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación». Otro factor en que incide la reforma en cuanto al régimen de las acciones es el de la existencia o no de la posesión de estado. Con esos pilares aborda la diferenciación de plazos y legitimación activa para facilitar la adecuación de la filiación legal a la social, esto es, la que se vive por la posesión de estado, y poner trabas o límites a la impugnación de la filiación matrimonial [...]. En esta fase legislativa postconstitucional destaca: a) la no discriminación de la filiación no matrimonial; b) la admisión de la investigación de la paternidad y c) algo de sumo interés, cual es la consideración de que el interés del hijo es preeminente respecto al del progenitor, como se desprende de que aquél siempre esté legitimado para el ejercicio de las acciones de reclamación de filiación así como que el mayor de edad pueda negarse al reconocimiento por su progenitor». El Tribunal Supremo es consciente del momento concreto en que se encuentra el régimen de la filiación: «[m]otivos de tipo social y jurídico, destacando de entre los últimos la interpretación de los derechos fundamentales llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en los últimos años, ha provocado un cambio inacabado en la evolución del régimen jurídico de la filiación, con importantes sentencias, que afectan sustancialmente a las acciones de aquella, como son la de impugnación de presunción de la paternidad marital y la de reclamación de la filiación extramatrimonial. En esta evolución la investigación de la paternidad, que se incorpora como un medio de defensa del hijo contra la irresponsabilidad del progenitor, se ha venido a poner también a disposición de éste, concediéndole que pueda obtener la declaración de paternidad así como la impugnación de la incierta. Con este reconocimiento de los derechos fundamentales del progenitor deja de ser el hijo el centro de estas acciones de filiación y queda como compartiéndolo con el progenitor. El peligro que sobrevuela con esta evolución favorable al progenitor es el de irrumpir en una realidad familiar ya asentada y, de ahí, el que se exija al legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, que regule el ejercicio de tales acciones en evitación de que se ponga en peligro la seguridad familiar [...]». Y recuerda que el Tribunal Constitucional «[p]arece seguir [...] lo sugerido por algún sector de la doctrina en el sentido de que la investigación de la paternidad no sea un valor absoluto si el sujeto activo es el progenitor, encontrándose justificado que se impongan restricciones a la legitimación de éste para accionar, por considerarse más dignos de protección los intereses del hijo. Se viene a contraponer tal principio de verdad biológica con la preservación de la paz familiar, pero bien entendido que esta preservación ha de venir referida al interés del hijo, por lo que la paz familiar será aquella que beneficie a éste por encontrarse en una situación consolidada de familia, que ha podido formarse al margen de la biológica.

gido en el Código Civil se muestra cada vez más incapaz de ofrecer respuesta a los problemas concretos. Es probable que la complejidad de las situaciones reales² desborde los esquemas codificados, pero si eso es así, ha llegado el momento de revisar esos esquemas.

3. El modelo tradicional de paternidad construido a partir de la traducción jurídica de la relación biológica³ es objeto de revisión. Cuando la paternidad genética, la voluntad de ser padre y la conducta como tal coinciden en una misma persona, no se discute quién debe ser calificado jurídicamente como tal. Pero cuando esas perspectivas no están alineadas, el ordenamiento se enfrenta a la necesidad de dar preferencia a una u otra⁴. Se ha señalado⁵ que tres factores sugieren la conveniencia de replantearse el concepto de paternidad. En primer lugar, la incidencia de las técnicas de reproducción asistida⁶. En segundo lugar, la ruptura y la sucesión temporal de relaciones horizontales en la familia, que implican que quienes no sean biológicamente progenitores asuman funciones parentales. Y, en tercer lugar, un mayor interés por los aspectos psicológicos del hijo y sus relaciones y por una visión antropológica de la paternidad, con la admisión de la posible existencia de un padre psicológico o social que tampoco coincida con quien lo es biológicamente.

La protección de esta situación familiar en que se encuentra integrado el menor vendría a tener el mismo apoyo constitucional que el principio de investigación de la paternidad, al encontrarse recogidos ambos principios en el art. 39 CE. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando existen intereses contrapuestos entre el del progenitor a ver declarada su paternidad y la situación familiar que vive el hijo, legítima los límites que las legislaciones nacionales hayan establecido para la satisfacción del interés del hijo [...]. Sin embargo la búsqueda de la verdad biológica y el interés del hijo coinciden cuanto es éste el que reclama la filiación».

² Un apunte de las transformaciones sociales en Verdera Server (2010: 1052-1055). Más datos en Castro y Seiz (2014: 1 y ss.).

³ Véase Rivero Hernández (1991: 427).

⁴ Véase Büchler (2016: 35).

⁵ Herring (2007: 306).

⁶ Según Farnós Amorós (2015c: 50), «[l]as cuestiones que suscita la filiación derivada del recurso a las TRA exigen un replanteamiento del sistema de filiación del Código Civil, en relación con la LTRHA» y alude a la «obsolescencia de un sistema pensado para la filiación por naturaleza». Como indica Bestard (1998: 214), «[a]l fragmentar los hechos naturales de la reproducción, las tecnologías de la procreación impiden que la naturaleza pueda seguir siendo el hecho fundacional del parentesco, pues dejamos de poder recurrir a los hechos naturales como si se trata de principios autoevidentes».

El problema surge porque entra en crisis el modelo biológico de la paternidad jurídica, pero no se logra consenso acerca de cuál debe ser el modelo alternativo o, mejor aún, en qué casos se aplica un modelo u otro.

4. El reciente art. 26 LJV constituye la excusa para abordar estas cuestiones (apartado II). Este precepto ofrece un magnífico ejemplo de las dificultades que se suscitan acerca de qué debe significar la paternidad y encarna como pocos la acumulación de criterios y la contradicción entre los mismos en el ámbito de la filiación. Pero para ofrecer un panorama, siquiera deliberadamente fragmentario y arbitrario, de algunos de esos problemas que hoy deben obtener respuesta con las reglas sobre filiación, no será impertinente seleccionar algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo y constatar cuáles son las cuestiones que se ven obligadas a analizar (apartado III). A continuación, será el momento de plantearse cuál o cuáles son los posibles fundamentos de la filiación, y, tan importante como lo anterior, escudriñar cuál es la función que desempeña la constatación de la filiación (apartado IV). Y, finalmente, se analizará en qué medida las nuevas filiaciones encajan en esos planteamientos o imponen su revisión, teniendo en cuenta la evolución del derecho de familia, de la familia y del propio concepto de paternidad (apartado V).

II. LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

1. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dedica sus arts. 23 a 26 a la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial. Se trata, como es evidente, de una perspectiva muy parcial de lo que debe significar la paternidad: esos preceptos se refieren a un medio de determinación extrajudicial; solo se predicen de la filiación no matrimonial; no afectan a todos los mecanismos extrajudiciales de determinación; abordan solo la intervención judicial en algunos reconocimientos, pues no se aplican cuando tanto el reconocedor como el reconocido no son menores ni tienen modificada judicialmente su capacidad, etc. Sin embargo, a pesar de su reducido alcance, en particular, el art. 26 LJV constituye una valiosa evidencia de los problemas que se plantean a la hora de precisar qué debe entenderse actualmente por paternidad. El análisis del precepto exige diferenciar sus dos primeros apartados, puesto que solo el primero tiene carácter general, ya que el segundo se refiere al «reconocimiento de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente otorgado por quien fuere hermano o pariente consanguíneo en línea recta

del otro progenitor» (cfr. art. 125 CC). Solo dedicaremos nuestra atención a ese primer apartado.

2. Bajo la rúbrica, «[r]esolución», el art. 26.1 LJV brinda los criterios generales para la resolución del expediente relativo a la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial. Esta norma establece que «[e]l juez resolverá lo que proceda sobre el reconocimiento de que se trate, atendiendo para ello al discernimiento del progenitor, la veracidad o autenticidad de su acto, la verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma, y el interés del reconocido cuando sea menor o persona con capacidad modificada judicialmente».

El art. 26.1 LJV no delimita su ámbito de aplicación: no identifica cuáles son los expedientes relativos a la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de filiación no matrimonial a los que se aplica. La falta de precisión al respecto impulsa a considerar que se aplica a todos esos expedientes, salvo el previsto en los arts. 23.2 y 26.2 LJV: en consecuencia, excepción hecha del supuesto de filiación incestuosa, el art. 26.1 LJV se aplica cuando el reconocedor sea menor o persona con capacidad judicialmente modificada o cuando lo sea el reconocido. En última instancia, el art. 26.1 LJV debe proyectarse a los casos de reconocimiento subsumibles en los arts. 121 y 124 CC. Este dato es importante porque supone la aplicación de unos mismos criterios de resolución (contenidos en el art. 26.1 LJV) a una serie de situaciones relativamente heterogéneas.

Pero, como resulta obvio, la importancia de este art. 26.1 LJV radica en que suministra los criterios conforme a los cuales el juez deberá decidir el expediente. A pesar de su indudable buena intención, esta norma constituye un verdadero despropósito. La falta de sentido de la norma deriva de la previsión de un cúmulo de criterios de decisión, sin ordenación jerárquica alguna, susceptibles de justificar por sí solos la resolución del juez⁷. El art. 26.1 LJV no ofrece al juez una pauta segura de decisión por cuanto los diversos criterios pueden conducir a soluciones distintas⁸. Por poner el caso más claro, ¿cómo

⁷ Por ello, esta crítica no es trasladable al art. 26.2 LJV donde solo se alude al interés del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente para fundamentar la autorización judicial prevista en el art. 125 CC.

⁸ En los trabajos preparatorios no se constataban esas incoherencias, véase García Vicente (2006: 221-222).

debe resolver el juez si el interés del menor reconocido⁹ contradice la verosimilitud de la procreación?¹⁰

En el fondo, el art. 26.1 LJV está preso de las mismas incertidumbres que presenta la doctrina y la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando se trata de valorar cuáles son las razones que, en el ámbito de los arts. 121 y 124 CC, deben mover al juez para conceder o denegar su autorización o su aprobación¹¹.

Hasta ahora, y sin tener en cuenta el más reciente criterio del Tribunal Supremo, la Dirección General de los Registros y del Notariado había mantenido una línea relativamente clara. La RDGRN de 28 de junio de 2012¹² ha recordado que

como puso de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo, de 8 de septiembre de 1992, no basta la declaración voluntaria y solemne por sí sola para provocar la inscripción, sino que, por el contrario, la inscripción del reconocimiento de paternidad deberá ser denegada cuando este reconocimiento resulte ambiguo o cuando por cualquier otro motivo puede deducirse fundadamente (cfr. art. 28 LRC) que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del menor. Hay que insistir en la idea de que la regulación de la filiación en el Código civil 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 arts. 136.1 y 133.1 CC, respectivamente), de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho¹³ 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 realidad¹⁴.

⁹ El interés del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada, al que alude el art. 26.1 LJV, resulta extraordinariamente difícil de precisar. Deben tenerse en cuenta, a los efectos de concretar su alcance, las indicaciones del art. 2 LOPJM (modificado por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio). Pero no hay, significativamente, norma paralela en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

¹⁰ Un análisis más detallado en Verdera Server (2016: 181 y ss.).

¹¹ Véase Barber Cárcamo (2013b: 1117-1118) y Verdera Server (2013: 1288-1289 y 1314-1315).

¹² JUR 2013\35413.

¹³ Aunque, como se expone más adelante, el actual criterio del Tribunal Supremo se inclina por una solución diferente.

¹⁴ En ese caso, constaba que «el reconocimiento [...] tuvo lugar 10 años después del nacimiento y porque aunque la concepción del menor tuvo que producirse en

Como dice, entre otras muchas, la RDGRN de 23 de enero de 2015¹⁵,

el principio de veracidad biológica es el inspirador de la regulación del Código Civil en materia de filiación, de manera que, en España, un reconocimiento no sería inscribible si hay datos objetivos que permitan estimar que no se ajusta a la realidad. Sin embargo, las simples dudas o sospechas de que el reconocimiento efectuado no responde a la verdad escapan a la calificación del encargado, que solo puede denegar la inscripción cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados o de la documentación disponible se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento¹⁶.

Ahora bien, todo el planteamiento expuesto, y el propio alcance del art. 26.1 LJV, debe ser revisado si prospera la doctrina contenida en la STS de 15 de julio de 2016¹⁷.

3. Del análisis sumariamente expuesto se desprende que la Ley de Jurisdicción Voluntaria evidencia las contradicciones a los que se ve sometida la determinación de la filiación. Aunque se centre en un supuesto muy concreto (ciertos reconocimientos de paternidad no matrimonial), el art. 26 LJV ofrece al juez tal pluralidad de posibles justificaciones de su decisión (discernimiento del progenitor, veracidad o autenticidad de su acto, verosimilitud de la relación de procreación —sin necesidad de una prueba plena— e interés del reconocido) que este se ve imposibilitado de resolver con un criterio indiscutido. El art. 26 LJV legitima prácticamente cualquier solución que el juez considere oportuno adoptar. En última instancia, el art. 26 LJV no es sino el reflejo de las incertidumbres (¿paternidad genética?, ¿paternidad social?, ¿paternidad

1997, de acuerdo con los certificados de movimientos migratorios emitidos por la Jefatura Provincial de Migración de la Dirección Nacional de Migración de Ecuador el promotor nunca accedió a Ecuador mientras que la madre salió por primera vez del país en el año 2001, por lo que no puede aceptarse la paternidad biológica de aquel».

¹⁵ JUR 2015\261408.

¹⁶ Véase también, entre otras, RDGRN 16 de diciembre de 2010 [JUR 2011\404773]; RDGRN de 2 de septiembre de 2010 [JUR 2011\314318]; RDGRN de 21 de julio de 2010 [JUR 2011\314288]; RDGRN de 3 de julio de 2009 [JUR 2010\352145]; RDGRN de 30 de marzo de 2009 [JUR 2010\295845], y RDGRN de 14 de enero de 2009 [JUR 2010\98689]. Es de destacar la frecuencia con la que estos supuestos involucran algún elemento de extranjería. Véase también Quicios Molina (2005: 454).

¹⁷ Véase, *infra*, apartado III. 2.

voluntaria?¹⁸⁾ que, en los últimos tiempos, prevalecen en este ámbito y de las que, como veremos a continuación, no escapa la jurisprudencia.

III. ALGUNOS MIMBRES DEL CESTO

No deja de llamar la atención la facilidad con la que, en el ámbito de la filiación, las sentencias del Tribunal Supremo consagran máximas que luego son objeto de generalización prescindiendo de las concretas circunstancias fácticas o jurídicas. Obviamente, no se pueden extrapolar sin más criterios propios de la filiación por naturaleza a la filiación por adopción o derivada de técnicas de reproducción asistida¹⁹⁾. Pero tampoco se puede omitir el carácter de la filiación (en la medida que afecta a los medios de determinación extrajudicial, o a la legitimación o los plazos de las acciones), el modo en que se estableció la filiación (por ejemplo, contra la voluntad del presunto padre o sin práctica de pruebas biológicas) o en que se impugna (por ejemplo, con asentimiento de todos los interesados) o la convicción o creencia de los interesados acerca de la realidad biológica de la filiación. Ello no debe significar la imposibilidad de formular reglas generales en aquellos grupos de casos que presentan la suficiente proximidad. Pero sí implica un especial cuidado en la propuesta de criterios generales: una materia como la filiación demuestra que, en ocasiones, los tribunales son muy sensibles a las concretas circunstancias, pero que, simultáneamente, las particulares soluciones no merecen ser objeto de proyección más allá de ese supuesto.

Las sentencias que a continuación se exponen y comentan permiten poner de manifiesto, siquiera fragmentariamente, algunos de los factores que

¹⁸⁾ Y sin olvidar otros apuntes como la reconducción del fundamento de la imputación de la paternidad a los esquemas contractuales: véase Baker (2004: 25 y ss.). O la paternidad formal: véase Laufer-Ukeles y Blecher-Prigat (2013: 435 y ss.). Un sucinto panorama comparado europeo puede verse en Forder y Saarlös (2007: 11 y ss.).

¹⁹⁾ Sensatamente, dice la STS de 5 de diciembre de 2013 [RJ 2013\7566] que «[e]n el régimen de filiación en la aplicación de estas técnicas, el lugar del padre como verdad biológica a que se refiere el Código Civil, lo sustituye la Ley por la voluntad de quien desea ser progenitor. Se posibilita, por tanto, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, una vez se hayan cumplimentado los requisitos expuestos, lo que implica que en orden al ejercicio de una acción de reclamación de filiación, no sea necesaria la impugnación de la ya determinada, pues no es contradictoria con la que se establece por ley».

deben ser tenidos en cuenta a la hora de decidir un litigio sobre filiación y cómo se plantea en la actualidad la tensión entre la paternidad biológica o genética, la paternidad voluntaria y la paternidad social desde la perspectiva de la paternidad jurídica y sus efectos.

1. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN

1. La STS de 12 de diciembre de 2014²⁰ constituye una buena muestra de la flexibilidad que proporciona y de los peligros que genera la referencia al interés del menor en los procesos de filiación. Los hechos eran los siguientes: por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 8 de octubre de 2007, se estimó la demanda interpuesta por el sedicente padre frente a la madre de una niña nacida unos dos años antes, declarándose que ese individuo era padre biológico no matrimonial de la menor. En ese procedimiento la madre se opuso a la práctica de la prueba biológica correspondiente, que no se realizó, y al responder al interrogatorio de parte manifestó estar segura de que el demandante no era el padre biológico de la menor. En septiembre de 2011, aprovechando una estancia de la menor en su domicilio, el padre realizó una prueba pericial de paternidad y, como consecuencia de la misma, se excluyó su paternidad. El padre presenta demanda de revisión de la sentencia, al amparo del art. 510.1 LEC, y tanto la madre biológica de la menor como su defensora judicial (su tía materna) se allanan a la pretensión de revisión de la sentencia.

El Tribunal Supremo, tras justificar la pretensión de revisión²¹ y descartar la existencia de indicios de reconocimiento de complacencia, señala que

el curso de la acción ejercitada no escapa a la ponderación o ajuste que debe realizarse conforme al interés superior del menor y, por tanto, a las concreciones y funciones que el ordenamiento jurídico le asigna. Así, desde su configuración como principio constitucional, reforzado por los Textos internacionales de referencia, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, y Carta Europea de los Derechos del Niño,

²⁰ RJ 2014\6655. Un análisis en Quicios Molina (2015: 295 y ss.) y Díaz Martínez (2015).

²¹ Se compara este caso con el resuelto por la STS de 11 de octubre de 2007 [RJ 2007\7306], pero, como señala Quicios Molina (2015: 299), no parece que quien reclama una paternidad y ve estimada su pretensión, pueda considerarse como parte perjudicada a los efectos del art. 510.1 LEC.

aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0172/92, así como por el propio desarrollo de la legislación nacional, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, debe señalarse que, como salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor [STS de 5 de febrero de 2013], su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma. Desde esta necesaria perspectiva que parte de la función de tutela que despliega el interés superior de la menor, el necesario juicio de ponderación a realizar conduce a estimar como más beneficioso para el desarrollo de su personalidad, poner fin a esta situación cuya continuidad se revela objetivamente negativa, a la vista de la pretensión del demandante de ruptura de la relación afectiva con aquella y de la aceptación de esta situación por la madre biológica que siempre negó su condición de padre biológico. Por otro lado, el interés de la menor en poner fin a esta situación ha sido expresamente recogido por la defensora judicial nombrada, que se muestra de acuerdo con la demanda de revisión, ante la falta de relación entre el demandante y aquella desde el inicio del procedimiento que dio origen a la sentencia que se revisa y al hecho de que la menor Mariola no reconoce al demandante como padre ni este quiere serlo.

Quizá la sentencia no deba verse como una manifestación de la prevalencia de la verdad biológica²², pero suscita problemas si su doctrina se generaliza: ¿serían susceptibles de revisión todas las sentencias dictadas sin que se llegara a practicar la prueba biológica? ¿Es la prueba biológica un documento decisivo a los efectos del art. 510.1 LEC?²³ En el fondo, lo que debemos plantearnos es la contradicción interna de un sistema que considera la «negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad» como un elemento que permite al tribunal «declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios» (art. 767.4 LEC) y la posibilidad de revisar esa sentencia, cuando finalmente se practique dicha prueba²⁴.

2. La misma apelación al interés del menor²⁵ aparecía en la STS de 15 de enero de 2014²⁶. Dos mujeres mantuvieron una relación de convivencia no

²² Díaz Martínez (2015) apunta que «la razón de ser de ésta última decisión del Tribunal Supremo no es sino la prevalencia del interés de la menor».

²³ Estas y otras objeciones en Quicios Molina (2015: 298-299).

²⁴ Esta doctrina contrasta con la de la STS de 27 de diciembre de 2013 [RJ 2014\356].

²⁵ De hecho, el párrafo es idéntico, lo cual es explicable al coincidir el ponente de la sentencia.

²⁶ RJ 2014\1265. Una valoración crítica en Farnós Amorós (2015c: 23-30) y Barber Cárcamo (2014: 93 y ss.). Véase también Rodríguez Guitián (2015: 158 y ss.).

matrimonial²⁷ entre 1996 y 2006. En 2003, con material genético de donante anónimo una de ellas dio a luz a un niño. La relación de pareja se rompió en 2006. Por STS de 12 de mayo de 2011²⁸ se reconoció, «aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido», a la mujer que no era madre un régimen de relaciones personales con el menor como «allegada». Posteriormente esta misma mujer interpone otra demanda para que se declare su condición de madre no matrimonial, por posesión de estado. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial la desestima. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de Primera Instancia y declara la maternidad no matrimonial

El Tribunal Supremo considera compatible la pluralidad de funciones asignada a la posesión de estado con la normativa de las técnicas de reproducción asistida

por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE), de protección de la familia, de los hijos (integral) y de las madres con independencia de su estado civil ([art.] 39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), así como por la debida ponderación, cada vez más primordial, del interés superior del menor.

Según el Tribunal Supremo, concurre en la demandante un interés legítimo²⁹, y

²⁷ La STS de 5 de diciembre de 2013 [RJ 2013\7566] ya había admitido (desestimando el recurso de casación) una reclamación de maternidad (pero, en ese caso, matrimonial) por la madre no gestante considerando que «la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma [art. 8.2 LTRHA] a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad», aunque lo decisivo fuera la constatación de la voluntad conjunta, mantenida después de haber contraído matrimonio, frente al requisito temporal del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil. Véase Quicios Molina (2014a; y 2014b: 56 y ss.).

²⁸ RJ 2011\3280.

²⁹ Dice el Tribunal Supremo que «probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada».

el curso de la acción ejercitada no escapa a la ponderación o ajuste que debe realizarse conforme al interés superior del menor y, por tanto, a las concreciones y funciones que el ordenamiento jurídico le asigna [...]. A su vez, desde la pauta o función de tutela que despliega el interés superior del menor, su incidencia en los derechos y bienes jurídicos concurrentes también se manifiesta en el necesario juicio de ponderación realizado a tal efecto, de forma que en el curso de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica.

No puede compartirse el planteamiento de esta sentencia³⁰: prescinde directamente de los criterios legales que se limitan a la doble maternidad matrimonial; asigna a la posesión de estado un confuso cúmulo de funciones; combina arbitrariamente la perspectiva de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida con la prevista en el Código Civil; se fundamenta en precedentes que propician una solución diferente; se apoya, sin justificación suficiente, en el interés superior del menor, y difumina las cuestiones probatorias que son esenciales incluso desde la perspectiva que adopta la propia sentencia. Abre la puerta, en suma, a un derecho de la filiación distinto al codificado o regulado, sin justificar cuáles son las razones de esa diferenciación, ni los fundamentos en los que debe asentarse esa nueva filiación.

3. El propio Tribunal Supremo es consciente de los riesgos que entraña la alusión al interés del menor en materia de filiación³¹. La STS de 6 de febrero de 2014³², en relación con un problema de gestación por sustitución, ha dicho con toda claridad y acierto que

³⁰ En nuestra opinión, resulta más adecuado el voto particular que formulan los magistrados don Francisco Marín Castán, don Antonio Salas Carceller y don Ignacio Sancho Gargallo.

³¹ De «recurso al principio siempre ambivalente del interés superior del menor» habla Farnós Amorós (2015: 30). Para García Vicente (2006: 210), «[e]l interés del hijo no es unívoco y tiene un contenido distinto según que el hijo sea o no menor de edad y, en sede de acciones de filiación, según se trate de acciones de reclamación o impugnación. Carrasco Perera (2006: 310) considera que, en ocasiones, el «libre uso judicial del paradigma del «interés superior del menor»» permite «crear un Derecho al margen de la legalidad» y califica de «error grosero» «la extendida teoría de que el interés de los hijos es siempre el de conocer su verdadera filiación». Sobre el interés del menor, con carácter general, véase Rivero Hernández (2007); De Torres Perea (2009), y Guilarte Martín-Calero (2014). Para una relación del «favor filii» con la verdad social, véase Gonzales Pérez de Castro (2013: 57 y ss.).

³² RJ 2014\833.

la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 CE. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo³³.

2. LA IMPUGNACIÓN DE LOS RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA

1. La STS de 15 de julio de 2016³⁴ se plantea directamente el régimen de los reconocimientos de complacencia en nuestro derecho. La sentencia, con clara pretensión de sentar doctrina, en una cuestión muy debatida³⁵ y de difícil solución³⁶, ejemplifica una vez más un papel casi legislativo del Tribunal Supremo.

³³ Compartimos la opinión de Ferrer Riba (2006: 755): «[l]a imposibilidad de definir de modo permanente y omnicomprensivo aquello que constituye ‘interés del menor’ se compagina mal con la firmeza de las consecuencias que se derivan del ejercicio —o la abstención del mismo, si tiene consecuencias preclusivas— de las acciones de filiación. Por ello, parece preferible definir su régimen jurídico dejando de lado, como consideración primordial, el bienestar del menor. Los juicios de filiación, en nuestro ordenamiento, no son un cauce adecuado para efectuar valoraciones acerca de la estabilidad familiar, el impacto emocional que puede padecer un hijo si prospera una pretensión, o el beneficio o perjuicio patrimonial que le puede reportar la determinación o supresión de una relación de filiación».

³⁴ JUR 2016\161112.

³⁵ La obra de referencia es Rivero Hernández (2005: 1049 y ss.). Véase también Quicios Molina (2005: 454 y ss.; 2011; y 2014b: 166 y ss.); García Vicente (2005: 437 y ss.); Berrocal Lanzarot (2011: 3420 y ss.), y Sanción Asurmendi (2014: 3223 y ss.).

³⁶ La cuestión de los reconocimientos de complacencia no puede, por su complejidad intrínseca, sobredimensionarse. Como ya dijo el juez Robert Rolf en 1842, en *Winterbottom contra Wright*, «[h]ard cases, it has frequently been observed, are apt to introduce bad law».

2. En 2003 nació Carmen, hija de doña Belén, sin que quedara establecida la paternidad. El 8 de septiembre de 2007 doña Belén contrajo matrimonio con don Agustín, que no era el padre biológico de Carmen. El 12 de noviembre de 2009 don Agustín reconoció a Carmen como hija suya, con el expreso consentimiento de doña Belén. Aproximadamente un año después del reconocimiento, cesó la convivencia conyugal entre don Agustín y doña Belén. Doña Belén salió con su hija del domicilio familiar e inició el procedimiento de divorcio.

El 29 de marzo de 2012 don Agustín presenta una demanda de «impugnación de reconocimiento de filiación» de Carmen. Don Agustín alegaba que se trataba de un reconocimiento de complacencia y que, en consecuencia, debía declararse la nulidad del acto de reconocimiento por falta de objeto. Aparentemente, la demanda solo se dirigió contra doña Belén. Aunque el Ministerio Fiscal contestó la demanda, no consta el nombramiento de defensor judicial de Carmen.

3. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que se trataba de la impugnación de un reconocimiento de complacencia, que había dado lugar a una filiación matrimonial, por lo que era de aplicación el plazo anual del art. 136 CC, y la acción debía entenderse caducada. Al plantear el recurso de apelación, don Agustín se vio en la necesidad de defender la aplicación del art. 140 CC, para justificar que la acción se interpuso dentro del plazo de cuatro años.

La SAP de Málaga de 14 de enero de 2015³⁷ confirmó, en lo esencial, la sentencia del Juzgado. La discusión fundamental se centraba en si la filiación impugnada era matrimonial o no, y tras exponer las diversas interpretaciones jurisprudenciales, opta por la más reciente y considera que se trata de una impugnación que debe fundarse en el art. 136 CC. No se cuestiona que se trate de un reconocimiento de complacencia.

En su recurso de casación, don Agustín insiste en que la Audiencia Provincial incurre en inaplicación del art. 140 CC y en indebida aplicación del art. 136 CC, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial derivada de las STS de 27 de mayo de 2004³⁸ y 12 de julio de 2004³⁹. Y, como justificación última de su demanda y recurso, don Agustín insiste en la nulidad del reconocimiento de complacencia.

4. El Tribunal Supremo comienza por efectuar una crucial distinción entre los que denomina reconocimientos de conveniencia y reconocimientos

³⁷ AC 2015\1059.

³⁸ RJ 2004\4265.

³⁹ RJ 2004\5356.

de complacencia. Según el Tribunal Supremo, lo que caracteriza a los reconocimientos de complacencia

es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza. Eso diferencia radicalmente los reconocimientos de complacencia de los denominados reconocimientos «de conveniencia»: con la finalidad de crear una mera apariencia de que existe dicha relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho la requiere. Estos reconocimientos se contemplan en el apartado 4 del art. 235-27 CCCat [...]»⁴⁰.

⁴⁰ Véase también Quicios Molina (2011; y 2005: 454-455).

La prueba de que no todos los reconocimientos de complacencia son iguales podemos encontrarla en otra reciente sentencia del Tribunal Supremo. Don Arturo y doña Beatriz contrajeron matrimonio, estando ella embarazada como consecuencia de una relación sentimental con don Carlos. Don Arturo aceptó reconocer a la nacida, Diana, como hija suya y así fue inscrita en el Registro Civil. Por desavenencias de pareja, don Arturo y doña Beatriz deciden divorciarse. Doña Beatriz, como representante legal de su hija y en interés de ella, interpuso demanda solicitando que se declarase (i) que el padre biológico de la menor Diana era don Carlos, y (ii) que consecuentemente don Arturo no era el padre biológico y real de la menor, por lo que se debía declarar la nulidad del reconocimiento efectuado por el mismo. Don Arturo se opuso a la demanda: no negó que el padre biológico de Diana fuera don Carlos, pero indicaba que no hubo error en el reconocimiento, efectuado en compañía de doña Beatriz, que mostró su plena conformidad. Don Arturo añadía que no cabía invocar el interés de la menor cuando con ese cambio jurídico de la paternidad se privaría a esta del que desde su nacimiento hasta la fecha se había comportado como auténtico padre de la misma y no solo él, sino toda la familia paterna, tíos y abuelos, mientras que el padre biológico no conocía a la niña, ni él ni su familia, y jamás había desempeñado ninguna de las obligaciones derivadas de dicha paternidad ni declaraba su intención de hacerlo.

La STS de 30 de junio de 2016 [JUR 2016\147383], tras efectuar una serie de interesantes consideraciones generales sobre las acciones de filiación y el interés del menor y, descendiendo al caso concreto, indica que «la acción de reclamación de filiación la ejercita la hija, pero a través de la madre como representante legal de ella, [por lo que] se podría entender, en principio, que coincide y no entra en colisión la búsqueda de la verdad biológica y el interés de la hija. Sin embargo, la sentencia recurrida [...] recoge una serie de circunstancias de las que infiere la existencia de intereses contrapuestos entre madre e hija». El Tribunal Supremo destaca la diferente

Tras esta distinción, y centrado exclusivamente en el reconocimiento de complacencia, el Tribunal Supremo descompone su respuesta en tres planos

actitud de don Arturo y su familia, y la de don Carlos y la suya, y la actuación de la madre no en defensa de los intereses de Diana. Y, con base en la combinación de los arts. 765.1 LEC y 162 CC, y de la contradicción de intereses entre la madre y la hija, entiende que doña Beatriz «no puede ser representante legal de aquella en las acciones ejercitadas, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 163 CC, procedería el nombramiento de un defensor que la represente en juicio, o lo que es lo mismo que la represente para el ejercicio de estas acciones si aprecia que con ello se satisface el interés de la menor, bien entendido que el no ejercicio de ellas no priva a la hija de la acción de reclamación al llegar a la mayoría de edad, y por su propia y voluntaria determinación». La falta de ese nombramiento determina la inobservancia de las garantías formales del proceso y «que se tenga por mal planteada la relación jurídico procesal, por carecer la madre de la representación legal de la menor para el ejercicio, en interés de ésta, de las acciones de reclamación de paternidad extramatrimonial y de impugnación de la filiación matrimonial». Pero, dado que en este caso la menor no es la demandada, «sino titular de la acción ejercitada, la solución correcta será apreciar la falta de legitimación de la madre para, como representante de la hija y en interés de ella, ejercitar las acciones mencionadas». Por ello, atendiendo a la doctrina de la equivalencia de resultados o pérdida del efecto útil del recurso, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Y mantiene, por tanto, una filiación jurídica cuya falta de veracidad biológica consta plenamente acreditada. La STS de 30 de junio de 2016 no entra a valorar la impugnabilidad del reconocimiento de complacencia.

La intervención de la madre (por referirnos al caso más frecuente) como representante legal del hijo menor en los conflictos de filiación es una cuestión polémica, en la que el Tribunal Supremo no acaba de mantener un criterio rotundo. La STS de 5 de junio de 1997 [RJ 1997\4605], en un caso de impugnación marital de la paternidad matrimonial, sostuvo que del art. 39 CE se desprende que «en la contienda ostente supremacía el descubrimiento de la verdad material o biológica, por lo que el conflicto de intereses de ambos contendientes con respecto al hijo deviene elemental, porque el actor, por su condición procesal litiga precisamente contra «su» hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también «le defiende», y la propia madre codemandada, al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad, defiende los prístinos intereses del menor, que son, se repite, los acordes con la verdad biológica de su progenie, amén de que en la actuación procesal de esa madre no puede eludirse su propia defensa, de su estima, fidelidad, etc., que aunque sumergidos, son asimismo motivaciones explicativas de aquella actuación; en definitiva, descartado el juego de ese art. 163.2, no cabe sino aplicar su primer párrafo, y exigir la observancia del nombramiento del defensor del menor, lo que conduce a que mal planteada la relación jurídico procesal, el Tribunal de oficio, y actuando a tenor del art. 1715.2 LEC, decreta la nulidad de las actuaciones con reposición de las mismas desde la presentación de la demanda, para que por la instancia se proceda a

diferentes: (a) Si los reconocimientos de complacencia son, o no, nulos de pleno derecho; (b) si, no siendo nulos, cabe que el reconocedor de compla-

ese nombramiento a los fines de la defensa de los intereses del menor en el litigio así planteado».

La STS de 7 de noviembre de 2002 [RJ 2002\9484] aborda un caso de impugnación y de reclamación de filiación no matrimonial, en el que se demandaba a la madre, al hijo y a quien figuraba como padre no matrimonial y subraya la oposición de la madre a la práctica de la prueba biológica: «[e]n este caso son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil. El conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos». El Tribunal Supremo decreta la nulidad de las actuaciones para permitir la actuación en el proceso del defensor judicial nombrado por el tribunal de instancia (aunque solo se le permite instar la práctica de las pruebas que estime pertinentes, dándose por válidas todas las actuaciones anteriores y pudiendo tener por reproducidas las pruebas ya practicadas). El mismo criterio se mantiene en la STS de 4 de marzo de 2003 [RJ 2003\2538], en un caso de reclamación de filiación no matrimonial, donde se había demandado a la madre y a la hija.

La STS de 17 de enero de 2003 [RJ 2003\433], que reproduce también esa doctrina, analiza un caso de reclamación de paternidad no matrimonial, dirigido exclusivamente contra la madre para que se la condenara a «reconocer que el demandante es el padre del menor de edad, hijo de la demandada, inscrito sin filiación paterna». El Tribunal Supremo indica que «la demandada en su propio nombre y derecho, sin la representación de su hijo menor de edad por no haber sido demandado, se ha opuesto a la misma [demanda], sin otra intervención en el proceso que la del Ministerio Fiscal a partir del recurso de apelación». Y se estima el recurso para «decretar la absolución en la instancia para permitir, si así lo estima oportuno el demandante, dirigir la demanda contra la demandada, el Ministerio Fiscal y el menor de edad, representado por defensor judicial». Lo mismo sucede en la STS de 5 de noviembre de 2003 [RJ 2003\8026]: aunque solo se demanda a la madre, «son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil, y si hubiera sido demandado el hijo menor de edad, conforme a lo previsto en el art. 299.1 CC, era necesario el nombramiento de un defensor judicial que le representara y amparase sus intereses». Se desestima la demanda por falta de litisconsorcio pasivo necesario.

La STS de 30 de junio de 2004 [RJ 2004\4282] se refiere a un caso de impugnación de paternidad matrimonial y reclamación de la no matrimonial, por el sedicente padre.

encia provoque la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, ejercitando una acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido, y (c) si, admitiendo esa posible ineficacia, el matrimonio posterior del reconocedor de complacencia y la madre del reconocido supone que esa impugnación se base en el art. 136 CC (con un plazo de caducidad de un año), o en el art. 140.II CC (con un plazo de caducidad de cuatro años)⁴¹.

(a) En cuanto a si los reconocimientos de complacencia son, por ser de complacencia, nulos de pleno derecho, el Tribunal Supremo, apartándose de los criterios de la Dirección General de los Registros y del Notariado, fija como doctrina que

Los hijos alcanzaron la mayoría de edad durante el procedimiento, pero no intervinieron en el mismo. Los padres matrimoniales se opusieron a la demanda. El Tribunal Supremo considera que su doctrina supone «decretar la nulidad de las actuaciones para permitir la actuación en el proceso del defensor judicial que nombre el tribunal de instancia. Pero esta declaración de nulidad no puede hacerse de tal forma, en la medida en que en esta fecha los hijos han alcanzado la mayoría de edad [...]. Por lo que la declaración de nulidad conduce a ordenar no el nombramiento de defensor judicial, pero sí la necesaria audiencia de los hijos demandados mayores de edad a los efectos oportunos, en el sentido de que manifiesten lo que estimen necesario respecto a la cuestión litigiosa e, incluso, soliciten la práctica de pruebas que también estimen oportunas».

En la STS de 9 de julio de 2004 [RJ 2004\5246] el sedicente padre solo había demandado a la madre, en reclamación de su paternidad no matrimonial. Se constata la necesidad de nombramiento de defensor judicial del menor, pero, «al advertir la falta de litisconsorcio pasivo necesario, sin entrar en el fondo del asunto, absuelve a la demandada de los pedimentos obrantes en el escrito inicial».

En cierto que un criterio general (sea la admisión de esa representación, sea su exclusión) presenta el problema de su concreta aplicación a cada caso, cuyas particulares circunstancias pueden diferir sensiblemente. Pero la situación actual genera una incertidumbre también absolutamente desaconsejable. Máxime cuando la decisión del Tribunal Supremo puede suponer un reinicio de todas las actuaciones. Véase Moreno Martínez (1997: 1096 y ss.); Ocaña Rodríguez (1998); Mayor del Hoyo (1998: 917 y ss.), y Quicios Molina (2014b: 249 y ss.).

⁴¹ A nadie se le escapa que el criterio del Tribunal Supremo plantea de inmediato dos cuestiones: ¿cómo va a establecerse la distinción entre un reconocimiento de complacencia y un reconocimiento de conveniencia? ¿Cuál va a ser el régimen jurídico aplicable a los reconocimientos de conveniencia? El propio Tribunal Supremo apunta, «obiter dictum», que en tal caso la acción será imprescriptible y podrá ser ejercitada por cualquier persona con interés legítimo y directo, incluyendo el Ministerio Fiscal.

[e]l reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica⁴².

El Tribunal Supremo argumenta su doctrina con diversas razones. La verdad biológica no es un requisito estructural para la validez del reconocimiento. Los requisitos de validez o eficacia del reconocimiento de los arts. 121 a 126 CC no buscan asegurar la correspondencia del reconocimiento con la verdad biológica. El principio de verdad biológica no es absoluto y debe coonestarse con los principios de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad. En el reconocimiento de complacencia no concurre falta de objeto, ni ilicitud de la causa; su motivación no es contraria al orden público o a la moral y no puede considerarse un acto en fraude de ley. Y, sobre todo, las consecuencias de afirmar la nulidad del reconocimiento de complacencia de la paternidad se reputan inaceptables, en cuanto a la amplitud del plazo y de la legitimación para ejercitar esa acción⁴³. Aquí reside el argumento esencial: las consecuencias de la nulidad de este reconocimiento son de tal alcance que el Tribunal Supremo argumenta intensamente para excluir esos efectos⁴⁴.

Aunque la finalidad que mueva al Tribunal Supremo sea razonable, cabe plantearse si su justificación no ha ido demasiado lejos: al afirmar que el reconocimiento no precisa como requisito estructural su correspondencia con la verdad biológica, se despoja al reconocimiento de cualquier otro sentido que no sea el de una mera afirmación de paternidad, con independencia de la verdad biológica. Y, en consecuencia, si el reconocimiento es válido aunque no corresponda con la verdad biológica, ¿por qué admitir su impugnación al amparo de los arts. 136 y 140 CC, cuando la filiación reconocida no coincide con la biológica?

⁴² Como es obvio, las consecuencias de esta afirmación van más allá del caso concreto, en la medida que suponen una indicación de cambio de una clara doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⁴³ «En fin, pero no menos importante: esta Sala considera inaceptables las consecuencias a las que abocaría la tesis de la nulidad del reconocimiento de complacencia de la paternidad en un Derecho como el español vigente: la acción declarativa de su nulidad sería imprescriptible, y podría ser ejercida por cualquier persona con interés legítimo y directo, acaso incluso por el Ministerio Fiscal».

⁴⁴ Véase también Barber Cárcamo (2009: 44-45).

El planteamiento del Tribunal Supremo aboca a una acentuación de los perfiles voluntaristas y formalistas de nuestro derecho de filiación. Basta con manifestar la voluntad de ser padre para, cumpliendo los requisitos de los arts. 121 y ss. CC, ser tenido como tal. Lo que quizá deba cuestionarse entonces es la coherencia de un sistema que permite la impugnación de la filiación por causas distintas al vicio del consentimiento (conforme enuncia el art. 138 CC). No se ve cuál es la objeción que pueda formularse a un reconocimiento de complacencia, plenamente libre y voluntario, si la relación biológica no es uno de sus presupuestos.

(b) Constatado que el reconocimiento de complacencia no es nulo, el Tribunal Supremo se plantea si cabe que el reconocedor de complacencia provoque la ineficacia sobrevinida del reconocimiento. Esa ineficacia será consecuencia, en su caso, del ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido.

El Tribunal Supremo, con expresa referencia a la STS de 4 de julio de 2011⁴⁵, establece como doctrina que

cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el art. 136 CC si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el art. 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción.

El Tribunal Supremo ofrece también diversas razones para justificar esta doctrina. Indica que no tiene base legal la privación al reconocedor de complacencia de la acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Añade que los plazos de ejercicio de los arts. 136 y 140 CC se justifican por exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad del estado civil determinado mediante el reconocimiento, especialmente en interés del reconocido, sea o no un reconocimiento de complacencia. Al no tratarse de un reconocimiento «de conveniencia» o en fraude de ley, no se puede alegar la regla *nemo audiatur propriam turpitudinem allegans* para impedir al reconocedor de complacencia el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad. Considera inaplicable la doctrina de los actos propios (art. 7.1 CC), por la nota de orden público indisponible que concurre en el estado civil (art. 1814 CC). Diferen-

⁴⁵ RJ 2011\5965.

cia la irrevocabilidad del reconocimiento, de su ineficacia como consecuencia de una acción de impugnación. Subraya las diferencias con el art. 8.1 LTRHA que excluye la impugnación. Y concluye destacando que

no parece justa una visión general de los reconocedores de complacencia como personas frívolas o inconstantes, cuyos caprichosos cambios de opinión no pueda el Derecho tolerar: a las que deba privárseles de toda posibilidad de reconstruir su vida afectiva y familiar, aunque se haya quebrado la convivencia con la madre del reconocido a pesar de lo que, en la normalidad de los casos, preveían y deseaban que ocurriera. La solución de que, aun siendo reconocedores de complacencia, puedan tener esa posibilidad abierta durante los breves plazos de caducidad establecidos con carácter general en los arts. 136 y 140.II CC, nos parece una solución moderada, que conjuga adecuadamente los intereses en juego.

La doctrina del Tribunal Supremo se justifica con una claridad pasmosa y que es digna de alabar. En el fondo, el Tribunal Supremo es consciente de los inconvenientes a que conducen las tesis extremas en punto al reconocimiento de complacencia: ni le satisface la nulidad absoluta de ese reconocimiento, ni su inimpugnabilidad. Y, puestos a inclinarse por una solución intermedia⁴⁶, opta por la aplicación de los criterios (y, sobre todo, de los plazos) de los arts. 136 y 140.II CC⁴⁷.

El problema práctico con el que se encontrará, más tarde o más temprano, el Tribunal Supremo es fácil de predecir: la experiencia demuestra que la impugnación de los reconocimientos de complacencia suele ser consecuencia de una ruptura de la relación de pareja. Es altamente improbable que quien mantiene esa relación se decida a impugnar el reconocimiento mientras perdure esa relación. Siendo así, los plazos de los arts. 136 y 140.II CC no ofrecen una solución adecuada. ¿De qué le sirve a quien reconoció y contrajo

⁴⁶ Considerada como la más adecuada *de lege ferenda* por Quicios Molina (2005: 465-467).

⁴⁷ ¿Cómo afecta el criterio del Tribunal Supremo a los supuestos en que, conscientes los cónyuges de la no paternidad, se contrae matrimonio antes del nacimiento? La paternidad se imputa al marido por el art. 116 CC. La aplicación del desconocimiento previsto en el art. 117 CC se excluirá, aun cuando el nacimiento se produzca dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, por el conocimiento del embarazo de la mujer (la hipótesis de declaración conjunta de ambos cónyuges es extraordinariamente infrecuente en un supuesto ya de por sí muy improbable). Pero el marido podrá impugnar su paternidad, por falta de veracidad biológica, al amparo del art. 136 CC, en el plazo de un año desde la inscripción del nacimiento en el Registro Civil siempre que el marido conozca ese nacimiento.

matrimonio que se le ofrezca la posibilidad de impugnar durante un año? Obviamente, lo que esa persona desearía es poder impugnar en el plazo de un año desde la ruptura de la relación. Y lo mismo cabe decir del reconocimiento de complacencia de filiación no matrimonial. Como tantas otras veces, en sede de filiación, la clave está en el *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción⁴⁸.

Hay otros dos aspectos de esta doctrina jurisprudencial que merecen ser destacados. En primer lugar, el Tribunal Supremo se centra en la posición del reconocedor de complacencia. Y, ciertamente, lo más habitual es que sea ese reconocedor quien pretenda impugnar su paternidad. Ahora bien, tampoco es descartable que la impugnación proceda de otros sujetos, cuya legitimación podrá verse afectada en función de su carácter matrimonial o no. El caso más dudoso es la posición de la madre que, habitualmente, será quien haya consentido el reconocimiento de complacencia (art. 124.I CC), siendo perfectamente conocedora de la falta de relación biológica. La cuestión estriba, pues, en determinar si la impugnación del reconocimiento de complacencia por parte de la madre que consintió debe verse sometida, o no, a reglas especiales⁴⁹. Teniendo en cuenta que, sea filiación matrimonial o no, la paternidad se determinó a través de un reconocimiento, se constata la falta de coherencia en la aplicación de criterios tan diferentes como los que se desprenden de los arts. 136 y 137 CC, por un lado, y del art. 140 CC, por otro⁵⁰. Remitiéndonos a la aplicación de esas normas, se aprecia que el Código Civil continúa poniendo el acento en el carácter de la filiación, en lugar del modo en que se determinó, en lo que se refiere a los plazos y la legitimación para impugnar⁵¹.

⁴⁸ Ahora bien, la posible comparación con la situación del marido que, antes de la reforma del art. 136 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, no podía impugnar su paternidad por desconocer su falta de vínculo biológico, no es acertada. El reconocedor de complacencia sabe, por sus propias características, que no es padre biológico. Tiene por tanto razones ejercitar la acción de impugnación. Cuestión distinta es que no ejercite esa acción mientras se mantenga la convivencia con la madre biológica.

⁴⁹ Un ejemplo puede verse en la STS de 30 de junio de 2016: véase, *supra*, nota 40.

⁵⁰ En cambio, la combinación de los arts. 138 y 141 CC conduce a un régimen unificado cuando se trata de impugnar un reconocimiento (haya dado lugar a una filiación matrimonial o no) por vicios en el consentimiento. Conviene releer, pues, las consideraciones de la STC 18/2005, de 26 de mayo. La cuestión estriba en determinar si lo que justifica el diferente régimen impugnatorio de los arts. 136 y 140 CC es simplemente el carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación, o por el contrario, el modo (presunción o reconocimiento, básicamente) en que se determinó la paternidad.

⁵¹ El Tribunal Supremo señala que «[e]sta sala tiene bien establecido que las diferencias de régimen jurídico de la impugnación de la paternidad, en atención al carácter no

Sinceramente, no resulta fácil de justificar por qué si el reconocimiento da lugar a una filiación matrimonial (como evidencia el art. 138 CC) el plazo es de un año, mientras que, si establece una filiación no matrimonial, el plazo es de cuatro años. La posibilidad de reconocimientos que desemboquen en filiación matrimonial evidencia la conveniencia de revisar los criterios de impugnación de la paternidad del Código Civil.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo apunta que, cuando se trata de filiación no matrimonial, la aplicación del art. 140.II CC supone que el transcurso de cuatro años, si ha existido posesión de estado, implica la caducidad de la acción, y ello «aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción». La razón por la que el Tribunal Supremo efectúa esta precisión parece bastante clara. Para el Tribunal Supremo, como consecuencia de la diferente trascendencia de la posesión de estado en los arts. 136 y 140 CC⁵² sería una diferencia poco justificable que si el reconocimiento de complacencia hubiera dado lugar a una filiación matrimonial, el marido solo dispusiera del plazo inexorable de un año y que, en cambio, si el reconocimiento de complacencia hubiera dado lugar a una filiación no matrimonial, el reconocedor no solo dispusiera de un plazo superior (cuatro años), sino que además pudiera hacer nacer (o renacer), a voluntad, esa acción de impugnación mediante el cese de las relaciones con su hijo reconocido. No podemos dejar de señalar, sin embargo, que esa supeditación a la posesión de estado en las relaciones familiares ofrecía una vía para conectar la impugnación del reconocimiento de complacencia al mantenimiento de las relaciones de pareja, aunque en tal caso se planteara el problema de la diferencia con la situación de los hijos sobrevenidamente matrimoniales.

(c) La última cuestión que aborda el Tribunal Supremo es la que, en realidad, constituye el objeto del recurso de casación. Según el Tribunal Supremo,

en caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de este, la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el art. 136 CC, durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el art. 140.II CC, en cuyo caso, el

matrimonial o matrimonial de la impugnada, no constituye discriminación contraria al art. 14 CE (STS 1012/2008, de 29 de octubre, y 1177/2008, de 5 de diciembre)».

⁵² Pero, en sede de impugnación de la filiación matrimonial, el art. 137 CC demuestra que la posesión de estado sí que puede ser relevante.

reconocedor no podrá ejercitar la acción del art. 136 CC: el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto.

Nuevamente, con una claridad que es de aplaudir, el Tribunal Supremo explica las razones de su doctrina. Señala que el carácter sobrevenidamente matrimonial de la filiación implica un robustecimiento que dificulta su impugnación. Relativiza el Tribunal Supremo la expresa referencia a «progenitores» en el art. 119 CC; y destaca que el Código Civil no contiene una regla similar a la del art. 235-7 CCCat. Indica que

el orden temporal en el que hayan tenido lugar el matrimonio y la determinación legal de la filiación (el reconocimiento de la paternidad en lo que interesa) es irrelevante para la consecuencia de que la filiación adquiere a todos los efectos el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio [...]. Si el reconocimiento es posterior al matrimonio, el *dies a quo* del plazo de caducidad de un año será el día de la perfección del reconocimiento. Si el matrimonio es posterior, el día de su celebración; aunque, si hubiera caducado antes la acción para impugnar la paternidad no matrimonial, debería denegarse también al reconocedor la acción del art. 136 CC, pues no parece lógico que disponga de un mayor plazo para impugnar por el simple hecho de haberse casado con la madre [...]. No se nos alcanza razón alguna para que lo que antecede no deba valer igual porque sea de complacencia el reconocimiento que determine legalmente la paternidad del hijo de la cónyuge del reconocedor.

3. IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS

1. Aunque el problema se había apuntado tímidamente en épocas anteriores, un aspecto colateral que está resurgiendo con cierta fuerza en los últimos tiempos es la posible reclamación del padre que ha visto estimada su pretensión de impugnación de filiación para que le sean abonados los alimentos a los que hizo frente mientras era considerado oficialmente padre⁵³. Se pone con ello de manifiesto la situación de quienes legalmente han sido calificados como padres y como tales se han comportado socialmente, como consecuencia de un error o de un engaño. Se plantea, pues, el problema de la contradicción entre la paternidad social y la paternidad biológica, y la consolidación de los efectos ya producidos.

⁵³ Véase Belhadj Ben Gómez (2015).

2. La cuestión ha sido objeto de la STS de 24 de abril de 2015⁵⁴. El matrimonio se había celebrado en 1985. La hija había nacido en 1990. La sentencia de separación, de 2003, impuso al marido el pago de una pensión de alimentos a favor de la hija de 300 euros mensuales, conforme a un previo convenio regulador de diciembre de 2002. El divorcio se produjo en 2005. Ante las dudas acerca de su paternidad biológica, el padre instó la realización de pruebas de paternidad y, dado su resultado, impugnó la filiación, siendo estimada en primera y en segunda instancia (por sentencia de 23 de marzo de 2009).

El exmarido (y expadre) reclama de su exmujer los alimentos que pagó desde el inicio del convenio regulador hasta la sentencia de la Audiencia Provincial, que confirmó la inexistencia de relación filial, con base en los arts. 1895 y ss. CC y en el cobro de lo indebido.

3. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima en lo sustancial la demanda, considerando que la acción ejercitada es la de enriquecimiento injusto (y no la de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC), concurriendo los requisitos del art. 1895 CC. La Audiencia Provincial revoca la sentencia, por entender que la acción del art. 1902 CC está prescrita y que no concurren los requisitos del art. 1895 CC, «dado que el pago de las pensiones alimenticias obedece al cumplimiento de las resoluciones judiciales que las determinan, esto es, existe justa causa para el abono de las mismas que solo decae, como es lógico, cuando se declara judicialmente la no filiación matrimonial de la hija».

4. El Tribunal Supremo reconoce que la postura de las Audiencias Provinciales es dispar: desde aquellas que consideran aplicable sea el art. 1895

⁵⁴ RJ 2015\1915. Véase Quicios Molina (2015: 266-267); Pérez Conesa (2015), y De la Iglesia Monje (2016: 1553 y ss.).

Las STS de 29 y 30 de septiembre de 2016 [JUR 2016\209799 y 210389] se han ocupado de si, determinada judicialmente la paternidad de una persona, quien ha abonado en exclusiva los gastos del hijo común puede ejercitar una acción de reembolso por esos gastos. El Tribunal Supremo rechaza la pretensión de las madres, proyectando al ámbito de los alimentos derivados de la relación paterno-filial la previsión del art. 148.I CC. Señala el Tribunal Supremo en la segunda de esas sentencias que «[s]i el legislador, con la norma del art. 148.I 'in fine' CC, ha querido proteger al deudor de alimentos [...] frente al acreedor de los mismos [...], denegando a éste acción para exigir los alimentos correspondientes al periodo mediante entre la fecha en que se produjo el supuesto de hecho generador de la obligación [...], y la fecha en que se interpuso la demanda [...], comportaría una contradicción valorativa palmaria que tal protección legal decayera a favor de quien prestó aquellos alimentos [...] en lugar del deudor, y viene luego a reclamar a éste que le reembolse su importe».

CC, sea el art. 1902 CC, a aquellas otras que entienden que mientras no se declare que el padre que lo era ha resultado no serlo, no se aplica el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos. El Tribunal Supremo acoge esta última lectura, puesto que las reglas del cobro de lo indebido no se trasladan sin más en materia de alimentos para conceder legitimación al alimentante, que alimentó a una hija que luego se demostró que no era suya, para que se le restituya lo abonado, y pasiva a quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de la hija común, como tampoco para considerar que hubo error al pagarlos.

El Tribunal Supremo reprocha que «solo se reclama lo que pagó por sentencia tras la ruptura matrimonial, lo que en sí mismo resulta incongruente pues tan indebido sería lo invertido antes como después, puesto que ambos cónyuges, aun divorciados, seguían comprometidos al pago de los alimentos por deber de patria potestad».

Según el Tribunal Supremo, los alimentos

han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida de la niña porque la función de protección debía cumplirse y a la hija debía de alimentarse, sin que pueda solicitarse su devolución por todo el periodo de vida de la niña, ni por supuesto, por el que ahora se reclama, por el hecho de que no coincide la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. La no devolución tiene su origen en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, 'de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida'. No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan [...] los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido.

El Tribunal Supremo subraya que el efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación, previsto en el art. 112 CC, opera cuando este sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario. Y concluye señalando que

es cierto que las relaciones de paternidad tienen como base principal la realidad biológica, pero existe el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia

consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar⁵⁵.

IV. EL FUNDAMENTO DE LA FILIACIÓN Y SU FUNCIÓN

1. ¿A QUÉ LLAMAMOS FUNDAMENTO DE LA FILIACIÓN?

Hay coincidencia en entender que el fundamento de la filiación consiste en aquel elemento fáctico que un ordenamiento identifica como justificación del establecimiento de la relación jurídica de filiación. Se trata, pues, de fijar cuál es el elemento extrajurídico al que debe responder la relación jurídica⁵⁶.

La identificación de ese fundamento queda teñida de un cierto relativismo. Es cuestión que queda al arbitrio de cada legislador, en cada momento histórico⁵⁷, la fijación de cuál debe ser el elemento que, con carácter preponderante o exclusivo, ha de tenerse en cuenta para configurar su transcendencia jurídica (la verdad biológica, la voluntad de los interesados, las relaciones sociales ya estable-

⁵⁵ Hay un interesante voto particular, formulado por los magistrados don Antonio Salas Carceller y don Francisco Javier Orduña Moreno, que además contiene sugerentes reflexiones sobre la caracterización actual del Derecho de familia.

⁵⁶ Pero, como advierten Forder y Saarloos (2013: 6), desafortunadamente en la identificación de esos elementos ningún legislador procede de modo sistemático.

⁵⁷ Barber Cárcamo (2009: 7) subraya que puede hablarse de tres generaciones del derecho de filiación. La primera es la de los códigos, regida por la discriminación de la filiación no matrimonial, la prevalencia del criterio formal sobre la verdad biológica: es un derecho dictado desde la perspectiva del progenitor. La segunda supera la discriminación y se admite la investigación de la paternidad: se considera preeminente el interés del hijo y la filiación es un instrumento más para su protección. La tercera extiende la no discriminación no solo a los efectos, sino a los modos de determinación «[y] la investigación de la paternidad, que nace como un mecanismo defensivo a esgrimir por el hijo contra la irresponsabilidad del progenitor, se pone también en manos de éste, para otorgarle el poder de obtener tanto la declaración de su paternidad como la impugnación de la incierta. Desde el desenvolvimiento de los derechos fundamentales del progenitor, éste desplaza al hijo como eje o centro del Derecho de filiación: al menos, han de compartirlo. El interés del hijo parece desplazarse del ámbito de la determinación de la filiación al de sus efectos [...]. Se llega a una separación inédita entre la relación de filiación y las instituciones tuitivas del hijo: la determinación de la primera puede no conllevar la atribución de éstas». Véase también García Vicente (2011: 50 y ss.); Barber Cárcamo (2013a: 21-23 y 33-35), y Baker (2008: 656 y ss.). En relación con la evolución normativa de la investigación de la paternidad, véase Quesada González (2012: 35 y ss.).

cidas)⁵⁸. Incluso es posible que, en función del medio utilizado para establecer esa relación jurídica (presunciones legales, manifestaciones de voluntad, decisiones judiciales), el legislador confiera mayor relevancia a uno u otro hecho⁵⁹. Se trata, en consecuencia, de un problema de política jurídica, condicionado por las pautas constitucionales e internacionales y el contexto social⁶⁰.

2. LA FUNCIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA FILIACIÓN

Expuesto cuál es (o cuál puede ser) el fundamento de la filiación en abstracto, es el momento de plantearse cuál es la función que desempeña en nuestro sistema, esto es, qué significa jurídicamente ser considerado padre de una persona⁶¹.

La Constitución española no proporciona una respuesta a estos interrogantes. Es más: se ha señalado⁶² que la Constitución española parte de la previa determinación del padre, pero no se preocupa de quién sea el padre; no impone que cada hijo tenga un padre, y mucho menos que este coincida con el genético o biológico; la Constitución establece que quien asuma esa función, o a quien se le atribuya esa cualidad por el ordenamiento jurídico, debe asumir una serie de deberes, cargas y facultades en interés del hijo; la Constitución no impone que la adopción dé lugar a un estado de filiación, pero sí que si la adopción se califica de filiación (lo cual es también una cuestión de política jurídica) deba merecer el mismo tratamiento⁶³.

⁵⁸ En nuestro ordenamiento, el análisis de estas cuestiones se ha planteado en términos puramente jurídicos. Apenas han tenido relevancia otros enfoques, como el antropológico, donde se cuestiona hasta qué punto el parentesco se debe basar en el acto fisiológico de la reproducción y el nacimiento o si se trata de una «construcción social de relaciones sociales»: una aproximación en Bestard (1998: 41, 168 y ss., y 201 y ss.; y 2009: 83 y ss.).

⁵⁹ Pero, como demuestra el art. 26.1 LJV, es necesario en cada ámbito jerarquizar los criterios para propiciar una solución uniforme frente a casos similares.

⁶⁰ Este relativismo permite apreciar el grado de libertad de configuración que compete a cualquier legislador (por ejemplo, ¿qué grado de fidelidad a la verdad biológica se exigirá en los mecanismos de fijación voluntaria?) y contribuye a descubrir en las particulares normas sobre la filiación concretas decisiones normativas, atendiendo a la pluralidad de intereses y valores en presencia.

⁶¹ En realidad, el problema puede ser abordado a la inversa, es decir, cabe interrogarse acerca de qué funciones debe cumplir un padre, y luego establecer quién debe ser tenido como tal.

⁶² Blasco Gascó (1991: 709).

⁶³ Ampliamente, Verdura Server (1999: 311 y ss.) y Durán Rivacoba y Carbajo González (2012: 9 y ss.).

Del Código Civil puede desprenderse que la paternidad⁶⁴ implica la obligación de los padres de velar por sus hijos menores y de prestarles alimentos (arts. 110 y 111 CC). A ello deben añadirse los correspondientes efectos sucesorios. La atribución de la patria potestad puede verse afectada por diferentes factores (art. 111 CC) y el régimen de los apellidos se somete a reglas propias (art. 109 CC)⁶⁵. Son manifestaciones que en buena medida entroncan con lo previsto en el art. 39.3 CE⁶⁶.

El problema radica en que, en nuestro sistema, los efectos de la filiación se han asignado con carácter general a quien ostenta la condición jurídica de padre, sin permitir excesivos matices⁶⁷. Relacionado con el fundamento más difundido de la filiación, ello suponía que quien era biológicamente progenitor de una persona, debía ser considerado jurídicamente su padre y debía atribuírsele la plenitud de efectos de esa relación.

3. LA CRISIS DEL FUNDAMENTO BIOLÓGICO DE LA FILIACIÓN

La tendencia que prevalece hoy en nuestro derecho, al igual que sucede en la mayoría de ordenamientos afines, evidencia que la relación biológica constituye el hecho al cual deba ajustarse con carácter preponderante la filiación jurídica (al menos, en la denominada filiación por naturaleza)⁶⁸. Este fundamento biológico no deja de coincidir con lo que socialmente se entendía por paternidad, aunque las cambiantes relaciones actuales y su multiplicación

⁶⁴ Sobre el contenido mínimo de la filiación, véase, por todos, Barber Cárcamo (2013a: 61 y ss.).

⁶⁵ Con más claridad, dice el art. 235-2.1 CCCat que «[l]a filiación determina la potestad parental, los apellidos, los alimentos y los derechos sucesorios y comporta la asunción de responsabilidades parentales hacia los hijos menores y los demás efectos establecidos por las leyes». El art. 235-2.2 CCCat se ocupa del orden de los apellidos.

⁶⁶ Sobre las diversas justificaciones de por qué los progenitores deben velar por sus hijos, véase Eekelaar (1991: 340 y ss.). Baker (2008: 660 y ss.) destaca el interés del Estado desentenderse de la responsabilidad económica de los niños, lo cual repercute en los modelos de crianza en función de la economía de los padres. Menciona también Baker (2004: 6 y ss.) que el deber del padre biológico de velar por sus hijos no matrimoniales se originó en Inglaterra en 1576, como parte de las leyes británicas de pobreza [igualmente, Harris (2008: 7 y ss.)]. Véase también Jacobs (2006: 843 y ss.).

⁶⁷ Véase arts. 111 CC y 235-14 CCCat.

⁶⁸ Véase, por todos, Barber Cárcamo (2013a: 15-16 y 36 y ss.). Señala Martínez de Aguirre Aldaz (2013a: 121; y 2013b: 1423) que «[l]a dimensión biológica [de la filiación] es la más radical pero, sobre todo en el caso de la paternidad, no es en sí misma evidente; ello pone en primer plano la dimensión jurídica [...]».

de posibilidades comenzaron a quebrar el monolitismo de ese planteamiento. La paradoja a la que asistimos es que, justamente, cuando más fácil, sencillo y barato resulta establecer sin asomo de dudas quién es padre biológico de una persona es cuando más se plantea la conveniencia de dar relevancia a otros fundamentos de filiación.

Pero es erróneo pensar que cualquier relación jurídica de filiación constituye, en nuestro sistema actual, una pura y simple traducción de una vinculación biológica. Esta constatación resulta especialmente clara si se tienen en cuenta dos aspectos: a) la admisión de otros tipos de filiación distintos a la tradicional filiación por naturaleza (adopción y técnicas de reproducción asistida), y b) la valoración de intereses diferentes a los de la mera relación biológica, incluso en los casos de filiación por naturaleza⁶⁹. El ordenamiento toma en consideración otros elementos a la hora de delimitar los medios a cuyo través se establece la paternidad/maternidad jurídica⁷⁰. Por decirlo de una manera gráfica, ni todo progenitor es padre, ni todo padre es progenitor⁷¹.

⁶⁹ Obviamente, en estos casos, el problema se traslada. Y se debe determinar bajo qué circunstancias esos otros factores podrán imponerse a la verdad biológica como criterio decisivo en el ámbito de la filiación.

⁷⁰ La presencia de diversos factores en conflicto (y la diversidad de soluciones nacionales) se constata también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: basta fijarse, por citar solo algunas de las más recientes, en las STEDH de 6 de julio de 2010 (Caso Backlund c. Finlandia) [TEDH 2010\81]; de 21 de diciembre de 2010 (Caso Anayo c. Alemania) [JUR 2010\410022]; de 21 de diciembre de 2010 (Caso Chavdarov c. Bulgaria) [JUR 2010\410034]; de 26 de julio de 2011 (Caso T.C. y H.C. c. Turquía) [TEDH 2011\63]; de 6 de diciembre de 2011 (Caso Iyilik c. Turquía) [TEDH 2011\103]; de 15 de enero de 2013 (Caso Laakso contra Finlandia) [JUR 20013\15021]; de 29 de enero de 2013 (Caso Roman contra Finlandia) [JUR 2013\25511]; de 18 de febrero de 2014 (Caso A.L. contra Polonia) [JUR 2014\50334]; de 25 de febrero de 2014 (Caso Ostace contra Rumanía) [TEDH 2014\18]; de 3 de abril de 2014 (Caso Konstantinidis contra Grecia) [JUR 2014\101417]; de 9 de octubre de 2014 (caso Marinis contra Grecia) [JUR 2014\258391]; de 16 de julio de 2015 (Caso Nazarenko contra Rusia) [JUR 2015\185793]; de 14 de enero de 2016 (Caso Mandet contra Francia) [JUR 2016\11815], y de 19 de julio de 2016 (Caso C lin y otros contra Rumanía). Véase Büchler (2016: 35 y ss.). Para la jurisprudencia anterior, véase Barber Cárcamo (2006: 105 y ss.); García Vicente (2011: 61 y ss.), y Gonzales Pérez de Castro (2013: 128 y ss. y 211 y ss.).

⁷¹ La STC 138/2005, de 26 de mayo, aunque manifiesta que «la 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)», destaca «la presencia de concretos valores constitucionalmente relevantes, cuales son la protección de la familia en general (art. 39.1 CE) y de los hijos en particular (art. 39.2 CE) así como la seguridad jurídica

La extendida conexión entre fundamento biológico de la filiación, determinación y efectos debe ser analizada con perspectiva histórica. Es obvio que la visión de la filiación que tenía el Código Civil en 1889 encajaba perfectamente con sus presupuestos ideológicos⁷²: su defensa de la familia basada en el matrimonio exigía que la paz de esas relaciones se asentara en la obstaculización de la impugnación de la filiación matrimonial y de la reclamación de la filiación no matrimonial, así como en el favorecimiento en el plano de los efectos de los hijos matrimoniales frente a los no matrimoniales.

Tras el breve paréntesis que, también en este ámbito, supuso la Segunda República, no es sino hasta la promulgación de la Constitución de 1978 cuando comienzan a socavarse los cimientos de esa construcción. Conviene reseñar que anteriormente la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, implicó un cierto avance frente a los criterios del Código Civil, incorporando no solo unas soluciones más adecuadas a su época (por ejemplo, con la previsión del expediente registral del art. 49 LRC 1957 y más, en general, para facilitar el establecimiento de la filiación), sino también unos criterios técnicos que más tarde recogerá el Código Civil⁷³.

Como consecuencia de la vigencia de la Constitución, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, introdujo un nuevo régimen de la filiación en España. Destaca, evidentemente, la supresión de cualquier discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE), pero aunque el legislador procuró borrar toda desigualdad en el plano de los efectos mantuvo importantes diferencias en el sistema de determinación de la filiación. La propia existencia del matrimonio, y la correspondiente presunción de convivencia matrimonial (arts. 68, 69 y 102.1º CC), permitían prever un mecanismo de determinación extrajudicial de la paternidad, la llamada presunción *pater is est...*, cuya paralela previsión en sede de filiación no matrimonial se enfrentaba a graves dificultades y problemas. Ahora bien, si se examina el régimen establecido en 1981 para las acciones de filiación se detectará sin profundizar en exceso que también las acciones relativas a la filiación matrimonial presentaban unos elementos subje-

(art. 9.3 CE) en el estado civil de las personas», que han de ser compatibilizados con aquella previsión.

⁷² Véase también Quesada González (2012: 37-40), en relación con los planteamientos del Código Civil francés.

⁷³ Resulta curioso constatar cómo, en un cierto viaje de ida y vuelta, la Ley del Registro Civil de 1957 incide en la reforma de 1981 del Código Civil, y cómo esta reforma de 1981 es el punto de partida, al menos parcial, que justifica algunas de las modificaciones introducidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, por la Ley 19/2015, de 13 de julio.

tivos y temporales sustancialmente distintos a los dispuestos para las acciones de filiación no matrimonial.

Esta Ley 11/1981, que solo puede ser juzgada adecuadamente si se sitúa en el contexto de su promulgación, suponía un indudable avance en la configuración de un régimen de la filiación más acorde con los planteamientos sociales, pero aun mantenía ciertas inercias, que justificaban las diferencias entre la determinación de la filiación matrimonial y no matrimonial y que se explicaba con detalle en la exposición de motivos del Proyecto de Ley. El resultado final era que la verdad biológica tenía un gran peso en la determinación de la filiación, pero no tenía una vigencia absoluta y excluyente frente a otros fundamentos.

Por ello solo situando la prevalencia del principio de verdad biológica⁷⁴ en su contexto puede comprenderse adecuadamente. Tanto la Constitución Española de 1978, al aludir a que «[l]a ley posibilitará la investigación de la paternidad» (art. 39.2 CE), como la reforma de 1981 del Código Civil, pretenden, entre otros objetivos, reaccionar claramente frente al régimen legal precedente que restringía el establecimiento de la filiación no matrimonial sin el consentimiento del presunto padre⁷⁵. Se permitían con ello casos relativamente frecuentes en que los hijos no matrimoniales (y sus madres) se encontraban en una situación sustancialmente peor que el resto de familiares del presunto padre: esos hijos ni siquiera podían aspirar a que constara quién era realmente su padre, con un indudable perjuicio tanto personal como patrimonial. Desde esta perspectiva, es comprensible que las acciones de reclamación de paternidad debieran tender hacia la verdad biológica y eliminar las restricciones que impedían al hijo ver establecida esa filiación, y entroncan claramente con el principio de «protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación» (art. 39.2 CE). Pero el problema es si la verdad biológica debe tener alcance general: ¿debe servir también para justificar la reclamación no por el hijo, sino por el progenitor? ¿Debe permitir la impugnación de la paternidad cuando se constata que no responde a la verdad biológica? ¿Debe prevalecer la verdad biológica frente a otros factores como la decisión de que nazca el hijo o la situación de quienes durante años han mantenido una relación paternal con ese hijo?⁷⁶

⁷⁴ De «bionormatividad» habla Baker (2008).

⁷⁵ Véase Quesada González (2012: 42-45).

⁷⁶ Decía la STC 116/1999, de 17 de junio, que «la Constitución ordena al legislador que «posibilite» la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en

La idea que merece ser revisada con detenimiento es hasta qué punto la verdad biológica no tiene un carácter instrumental en el establecimiento de la paternidad⁷⁷. Esta instrumentalidad se aprecia claramente en su contexto histórico. La verdad biológica, por lo menos hasta el momento, presenta como indudable ventaja que identifica necesariamente la relación del hijo con sus progenitores y que esta identificación, concretada en el acto de la generación, es independiente de la voluntad o del comportamiento posterior. Por ello, desde el punto de vista genético, de cualquier persona puede predicarse que tiene un padre y una madre⁷⁸. Dicho de otro modo: la proyección jurídica de la verdad biológica no es un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter instrumental.

Partiendo de ese carácter instrumental de la verdad biológica, hay que preguntarse si cuando una persona ya tiene quienes han manifestado formalmente su voluntad de ser padres o pacíficamente desempeñan las funciones que legalmente corresponden a los que ostentan esa condición, es necesario anteponer la verdad biológica a otros intereses⁷⁹. En otras palabras: si la fina-

todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor».

⁷⁷ Comentando la STC 116/1999, de 17 de junio, Roca Trias (2000: 429) considera que la Constitución concibe la paternidad como una forma de protección del individuo, la estructura funcionalmente y para ello encuentra un medio, la investigación de la paternidad. Ello significa que ésta no se concibe constitucionalmente como un derecho «a se» con la finalidad de permitir a los hijos el conocimiento de la identidad de sus padres, sino como un derecho destinado a descubrir quién es el auténtico progenitor obligado a prestar al hijo la protección debida, en función, pues, de sus necesidades. Como Ferrer Riba (2006: 750) señala, «[l]a investigación de la paternidad, en la sistemática interna del art. 39 CE, enlaza con la protección de los hijos y de las madres», pero la doctrina del Tribunal Constitucional ha subrayado su conexión funcional con la identidad de la persona, vinculado a su vez con la dignidad. Véase también Quesada González [1994: 245 y ss. (aunque con otro planteamiento); y 2012: 55 y ss.], y Quicios Molina (2014b: 27).

⁷⁸ A ello se añade la actual fiabilidad de estas pruebas: véase Quesada González, 2005: 493 y ss. Esta fiabilidad, por cierto, permite difuminar ciertos mitos, como el de la frecuencia de las falsas atribuciones de paternidad: véase Larmuseau, Matthijs y Wenseleers (2016: 327-329).

⁷⁹ Decía Roca Trias (1999: 5) que «el derecho a la investigación de la paternidad reconocido en el art. 39.2 CE es concebido como absoluto, cuando ni se trata de un derecho fundamental, ni en sí mismo considerado puede ser calificado como tal. Efectivamente, la investigación se regula después de asegurar a los hijos la protección integral, que se atribuye después a los padres en el párrafo segundo del mencionado art. 39 CE. La paternidad, está pues concebida como una forma de protección,

lidad de la verdad biológica (identificar un padre y una madre para todo hijo) ya es alcanzada por otras vías, ¿tiene sentido adecuar la relación jurídica de filiación a esa verdad biológica? Subsidiariamente, si nadie desempeña esas funciones parentales, sí puede asignársele a la verdad biológica la misión de identificar quiénes deben asumir esas funciones⁸⁰.

4. LA TRANSCENDENCIA DEL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN BIOLÓGICO

Cuestión totalmente distinta es que el conocimiento del propio origen biológico de una persona no sea un aspecto que se conecte con el libre desarrollo de la persona y con su dignidad (art. 10 CE). Pero, debemos insistir en ello, este conocimiento puede perfectamente moverse en un plano totalmente diferente al de la relación jurídica de la filiación⁸¹: la filiación adoptiva es, como resulta obvio, el mejor ejemplo (art. 180 CC).

funcionalmente y para ello hay un medio: la investigación de la paternidad. Pienso, por tanto, que ésta no se concibe como un derecho del hijo cuya finalidad sea el conocimiento de la identidad de los padres, sino como un derecho concebido para que se descubra quién es el obligado a prestarle la protección que le es debida, según dispone el mismo art. 39.3 CE. La investigación es, por tanto, funcional y solo será necesaria cuando el hijo no tenga atribuida la protección adecuada. Esta opinión no se ajusta a la doctrina dominante, pero pienso que es la única forma de interpretar los preceptos constitucionales en una situación que ha cambiado radicalmente desde la entrada en vigor de la Constitución. Otra solución sería tanto como destruir la voluntad de quien ha asumido la paternidad». Aunque estas indicaciones se planteaban respecto de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, pueden ser extrapoladas a cualquier supuesto de filiación. Véase también Martínez de Aguirre Aldaz (2013a: 130-131; y 2013b: 1430).

⁸⁰ Para un enfoque de la paternidad desde la perspectiva de la responsabilidad, véase Bartlett (1988: 297 y ss.).

⁸¹ Ferrer Riba (2006: 755) sugiere que «parece recomendable ir hacia un sistema de determinación de la filiación muy abierto a la revelación de la verdad biológica y generoso en legitimación y plazos para los directamente afectados por la relación paterno y materno-filial, pero, en cambio, menos automático de lo que es hoy respecto de la producción de efectos personales, familiares y patrimoniales, particularmente, frente a los menores. Simplificando, lo que proponemos es atribuir mayor autonomía al derecho de filiación —un derecho de filiación de funciones más reducidas— respecto del de familia e incluso del de sucesiones». Véase también Jacobs (2006: 852 y ss.).

Para Quicios Molina (2015: 270), es necesario distinguir entre la verdad biológica como principio inspirador del sistema de filiación y como elemento de identidad personal.

En los últimos tiempos la investigación de la paternidad se desliga de sus aspectos funcionales (establecer quién debe asumir el «status» de padre⁸²) y se relaciona más intensamente con los derechos fundamentales. En este camino, se desvanece su conexión con la posición del hijo y se intensifica su proyección respecto de cualquier interesado⁸³. En la STC 138/2005, de 26 de mayo, ya se apuntaba que «la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), [es un] mandato del constituyente que 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 una proyección de la persona». Esta idea ha sido ampliamente desarrollada por la STC 273/2005, de 27 de octubre, al señalar que «aunque no pueda hablarse de la existencia de un derecho de los progenitores sobre los hijos como correlato de la existencia de los deberes que les impone el art. 39.3 CE, sin embargo, la investigación de la paternidad no puede quedar reducida a un derecho del hijo, con exclusión de toda iniciativa por parte de los progenitores, pues también a éstos alcanza un interés en el conocimiento de la verdad biológica»⁸⁴.

El problema surge, como es obvio por la íntima conexión que en nuestro sistema presenta la investigación de la paternidad, con la determinación de la filiación. La regla, a pesar, entre otros, de los límites de plazo y legitimación, sigue siendo que la determinación judicial de la filiación debe ser la consecuencia de la paternidad biológica. Frente a este planteamiento, se alzan las voces que sugieren cierta escisión entre ambos planos, desligando la averiguación de la paternidad genética, que puede relacionarse claramente con los derechos fundamentales de la persona, de la determinación de la paternidad, que puede responder a esa relación biológica, pero que puede tener en cuenta otros factores⁸⁵.

Véase también (en sentido crítico) Quesada González (1994: 265 y ss.; y 2012: 55 y ss.); García Vicente (2006: 215-216), y Barber Cárcamo (2013: 1120; y 2014: 129-133).

⁸² La STC 7/1994, de 17 de enero, indicó que «[l]a 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, como ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo».

⁸³ Véase, *supra*, en nota 1 las interesantes consideraciones de la STS de 30 de junio de 2016.

⁸⁴ Véase Barber Cárcamo (2009: 11-13).

⁸⁵ Barber Cárcamo (2009: 37 y 47) se plantea, sin embargo, si en lugar de una previsión de una mera acción declarativa de paternidad sin los efectos que le son propios, puede tener mayor justificación «someter a límites ponderados desde la atención a los

V. LA ADAPTACIÓN DE LA FILIACIÓN A LA REALIDAD ACTUAL

1. TIPOS DE FILIACIÓN Y PLURALIDAD DE FUNDAMENTOS

El modelo tradicional de filiación (como sucede con el de familia) ha sido superado por la realidad social⁸⁶. En el sistema de los códigos civiles solo existía una filiación jurídica, la que derivaba (aparentemente) de la naturaleza y de la relación biológica. La asimilación, en cuanto a sus efectos, de la adopción fue progresiva y lenta en el tiempo⁸⁷. Y ni se planteaba la posibilidad de favorecer la paternidad mediante determinadas técnicas. Desde esta perspectiva, solo había una filiación⁸⁸ relevante jurídicamente. Por ello, se veía como algo lógico la afirmación de que la paternidad jurídica derivaba (o debía derivar) de la paternidad biológica. Más aun: cuando las dificultades para afirmar indubitadamente de la paternidad biológica eran enormes por las limitaciones científicas, era infrecuente que se planteara un conflicto entre los diversos

intereses en conflicto la declaración de la paternidad misma que, una vez producida ésta, sus efectos».

⁸⁶ Señala Rivas Rivas (2008: 183) que «[l]a disociación entre pareja conyugal, pareja parental y pareja progenitora como consecuencia de separar lo que hasta ahora iba unido, sexualidad, procreación, alianza y filiación, cuestiona el modelo biparental (padre/madre) dominante en la visión cultural del parentesco occidental y sin llegar a desaparecer, lo coloca como uno más junto con los modelos de homoparentalidad (dos padres o dos madres para el caso de una pareja homosexual), coparentalidad (un padre y una madre de dos parejas homosexuales), pluriparentalidad (varias madres y varios padres en el caso de los hogares recompuestos y los procesos de reproducción asistida), y monoparentalidad/monomarentalidad (hombres y mujeres solteros con hijos adoptados o procreados artificialmente) [...]. Lo que está en cuestión [...] es la construcción en unos casos, deconstrucción en otros, de los lazos de parentesco al margen de la 'certeza de la sangre': si ya la posición genealógica sustentada en el vínculo biológico no constituye razón suficiente para emparentar a las personas y dotarlas de una identidad común familiar, distribuidora de normas, roles y estatus, ¿en qué consiste ser pariente?, ¿qué quiere decir ser padre, madre, hijo, hija, hermano, hermana, abuelo, abuela...?». Véase también Moncó Rebollo y Rivas Rivas (2007: 1-2); y Tamayo Haya (2011: 2560 y ss.; y 2013: 261 y ss.).

⁸⁷ Basta recordar lo que señalaba García Goyena (1852: 148) al respecto: «[e]s un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres. Hubo por lo tanto en la Sección una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este título con la seguridad de que sería tan rara y extraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora [...]».

⁸⁸ Con independencia de la discriminación de la filiación no matrimonial.

fundamentos de la filiación. La razón era obvia, ya que el posible fundamento biológico era casi indemostrable.

Hay probablemente otra razón para la aproximación tradicional al régimen de la filiación por naturaleza, especialmente en lo que se refiere a las técnicas de reproducción asistida, y también en cierta medida a la adopción: el intento de restringir la publicidad del modo en que se ha accedido a la filiación [art. 7.2 LTRHA⁸⁹ y arts. 44.6 y 83.1.a) LRC'2011]. Pero frente a ello cabe señalar que la percepción social ante la adopción y las técnicas de reproducción asistida ha cambiado, y que hay situaciones en las que la propia relación de filiación evidencia que se ha producido o una adopción o la aplicación de una técnica de reproducción asistida (como ocurre con los hijos de parejas homosexuales).

Cuando el acceso a la relación de filiación se diversifica, se revela insostenible seguir manteniendo el mismo planteamiento⁹⁰. La filiación es la denominación por la que identificamos el conjunto de efectos jurídicos que se extraen del establecimiento jurídico de una relación de paternidad⁹¹. Actualmente, la unidad de la filiación no radica en el modo en que se ostenta esa condición, sino en cuanto a los efectos que se predicen de la misma⁹². No cabe pues confundir los términos: la unificación de efectos no tiene por qué comportar unificación de fundamentos⁹³. La cuestión nunca ha planteado dudas respecto de la filiación por adopción. Pero en el ámbito de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida se observa un esfuerzo, frecuentemente inútil, por aproximar su fundamento al de la filiación por naturaleza⁹⁴. Con

⁸⁹ Véase Verdera Server (2007: 236 y ss.).

⁹⁰ Como señala Benavente Moreda (2016: 5), «[n]o es adecuado seguir calificando los supuestos de filiación derivada del uso de TRHA con origen en la exclusiva «voluntad procreacional» o en el consentimiento, como de filiación por naturaleza». Más ampliamente, Benavente Moreda (2011: 91 y ss.).

⁹¹ Bartlett (1988: 297) apunta que desde los primeros tiempos del Estado liberal, la paternidad ha sido expresión de un intercambio: a cambio de las funciones parentales, los padres ostentaban derechos sobre sus hijos. Se trataba, pues, de un enfoque individualista y cuasi posesorio.

⁹² Para Laufer-Ukeles y Blecher-Prigat (2013: 422 y 428 y ss.), la paternidad funcional identifica a quienes asumen funciones parentales, sin ostentar legalmente ese «status».

⁹³ El problema puede surgir porque en ciertos casos fundamento y función coinciden: así sucederá cuando haya personas que desarrollen las funciones parentales.

⁹⁴ Con claridad indica Farnós Amorós (2015c: 8) que «[l]as normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la verdad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual la procreación no tiene origen en la reproducción sexual y la filiación se determina por la voluntad, como es el derivado

carácter general, la evidente disociación entre los aspectos formales o jurídicos de la paternidad y su sustrato genético o biológico ha sido considerada como constitucional en lo que se refiere a las técnicas de reproducción asistida⁹⁵. Y esa es la línea en la que se ha de profundizar. El planteamiento de nuestra legislación no ayuda, pero es necesario subrayar el diferente fundamento de cada filiación y, solo en un segundo momento, valorar la conveniencia de singularizar o unificar los mecanismos de determinación de la filiación.

La concreta articulación legislativa de las diversas posibilidades es una decisión de política jurídica. Cabe intentar reconducir todas esas tipologías al ámbito del Código Civil, o propiciar (esto es, mantener) la plasmación de textos separados⁹⁶. En lo que se ha de ser suficientemente riguroso es en la constatación de que los diversos tipos de filiación no responden al mismo fundamento⁹⁷.

No cabe duda de que los distintos fundamentos presentan caracteres distintos, es decir, sus ventajas y sus inconvenientes difieren. El fundamento biológico y genético de la filiación tiene un carácter universal. Hasta hace pocos años, de toda persona podía afirmarse que era la consecuencia de una relación sexual entre un hombre y una mujer. Hoy, de toda persona puede decirse que proviene de la conjunción de los elementos genéticos de un hombre y una mujer, y que ha sido gestado por una mujer⁹⁸. Esta es una importante diferencia con los otros fundamentos de la filiación (al menos, en lo que se refiere a la filiación que no sea adoptiva o derivada de técnicas de reproducción asistida).

del recurso a las TRA». Véase también Farnós Amorós (2011: 125 y ss.) y Storrow (2002: 639 y ss.).

⁹⁵ «Es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas contenidas fundamentalmente en los arts. 8 y 9» de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida (STC 116/1999, de 17 de junio).

⁹⁶ Como recordaba la STC 116/1999, de 17 de junio, «no existe precepto constitucional alguno que obligue al legislador a reunir en un sólo texto normativo todo el Derecho de familia».

⁹⁷ Un enfoque distinto en Pantaleón Prieto (1988: 31-32; y 1993: 138-140).

⁹⁸ Obviamente, mujer que gesta y mujer que aporta los elementos genéticos pueden coincidir, y así sucede en la mayoría de casos, pero ya no hay una equivalencia absoluta. Si a ello se une el peso del factor volitivo, captaremos la amplitud de posibilidades a disposición del legislador, que consisten en considerar jurídicamente como madre a: quien decide iniciar el proceso reproductivo; quien aporta el material genético, o quien gesta. Los problemas surgirán cuando un factor (por ejemplo, la gestación) se oponga a los otros dos (material genético y voluntad iniciadora).

Un fundamento voluntario o social⁹⁹ pone de manifiesto ciertas diferencias respecto del fundamento biológico y genético¹⁰⁰:

- el fundamento biológico y genético es indispensable y universal; el fundamento voluntario o social puede no concurrir.
- Sea el fundamento biológico, sea el genético, son únicos y excluyentes; el fundamento voluntario o social pueden ser varios (o ninguno).
- El fundamento biológico y genético puede establecerse sin o contra la voluntad de los interesados.

No puede negarse que el sistema actual de filiación previsto en el Código Civil peca de rigidez. Probablemente como reacción a los modelos precedentes, la plasmación jurídica de la relación biológica conduce, como regla (excepción hecha del art. 111 CC), a un único régimen. Ello implica que en caso de conflicto entre los diversos posibles fundamentos puedan producirse situaciones paradójicas: por ejemplo, constatada la caducidad de ciertas acciones, que se proclame como padre jurídico a quien no lo es biológicamente. A ello se replicará que es una consecuencia inevitable de la presencia de principios diferentes a la verdad biológica y que también merecen ser tenidos en cuenta. Pero obsérvese que, con este planteamiento, la discusión se sigue limitando a la prevalencia, o no, de la verdad biológica. Lo que quizá convenga analizar es la posibilidad de establecer consecuencias distintas en función de las diferentes situaciones y reconocer que la complejidad actual de las situaciones familiares no puede solventarse, sin más, con una decisión acerca de si se es padre o no¹⁰¹. La paternidad se concibe como una proposición de todo o nada¹⁰².

⁹⁹ Se alude a la paternidad funcional (acciones desarrolladas por una persona después del nacimiento del hijo) o a la paternidad intencional (declaraciones relevantes previas al nacimiento): Storrow (2002: 640); y Baker (2004: 17 y ss.). Sobre la conveniencia de disociar paternidad biológica y funcional, véase Harris (2008: 5 y ss.).

¹⁰⁰ Véase también Baker (2008: 653).

¹⁰¹ Ferrer Riba (2006: 756) apunta que el reto al que se enfrentará el jurista no es el de elegir entre la parentalidad genética, social o psicológica, sino el de acomodarlas. Pero, como indica Meyer (2006: 136), no se ha fijado todavía un criterio jurídico para solucionar los conflictos; más bien, el ordenamiento da tumbos en distintas direcciones.

Castells i Marquès (2015: 213-214) expone que la inestabilidad de las relaciones paterno-filiales derivada de la posibilidad de conocer la verdad biológica ha llevado a la doctrina norteamericana a sugerir la introducción de ciertas reformas legales, a partir de la concepción de la filiación como un hecho biológico o como una construcción social. Un sector de la doctrina ha defendido la realización de pruebas

Hay, por tanto, que afirmar la necesidad de (re)construir el régimen de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida desde bases distintas al de la filiación por naturaleza¹⁰³, como ya ocurre con la adopción. Es cuestión distinta, y que debe ser objeto de reflexión pausada, la importancia que se asigne en esos casos de reproducción asistida al elemento genético¹⁰⁴,

biológicas en el momento del nacimiento y que, en caso de negativa de los padres, no pueda luego impugnarse la paternidad. Esta solución es calificada por la autora como desproporcionada. Otro sector plantea un mayor reconocimiento legal del *social father*, en los casos de impugnación de la paternidad, sea proporcionándole una protección equivalente a la que tendría si fuera el padre biológico, sea admitiendo la *dual fatherhood*. No faltan, en fin, quienes propugnan la restricción del acceso a las pruebas biológicas por los particulares, o incluso su prohibición (salvo orden judicial), con imposición de sanciones civiles y penales en caso de incumplimiento.

Para Rivas Rivas (2009: 13), «[e]l aumento de los divorcios y los sucesivos matrimonios o uniones con hijos/as comunes y no comunes, las parejas homosexuales con hijos/as, la monoparentalidad en solitario, el recurso a la adopción internacional y a las técnicas de reproducción asistida o la transnacionalización de las familias han ido generando nuevas modalidades de emparentamiento que están despojando a la biología de su carácter simbólico en la construcción del parentesco, al cuestionarla como base «natural» y factor único en la creación del mismo. Esto no quiere decir que la elección y la voluntad hayan desplazado o sustituido a la biología y a la naturaleza en la construcción del parentesco, sino que asistimos a una tensión entre biología y elección [...]».

Todas estas cuestiones pueden verse afectadas si se prescinde de los límites numéricos de la paternidad, de manera que un hijo pueda tener tres o más padres: véase Meyer (2006: 126) y Jacobs (2006: 811-812; y 2007: 1 y ss.). Sobre las implicaciones económicas de la pluriparentalidad, véase Jacobs (2010: 218 y ss.).

¹⁰² Jacobs (2007: 15) y Laufer-Ukeles y Blecher-Prigat (2013: 421).

¹⁰³ Véase Verdera Server (2007: 217 y ss.).

¹⁰⁴ Como apunta Farnós Amorós (2015a: 193 y ss.; y 2016: 103 y ss.), en los asuntos *Mennesson y Labassee c. Francia* (SSTEDH de 26 de junio de 2014), el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado el vínculo biológico existente entre el padre comitente y las menores, para vincular paternidad biológica con identidad y con vida privada: «No puede considerarse en interés del menor privarle de una relación legal de esta naturaleza cuando la realidad biológica de la relación ha sido establecida y padre e hijo pretenden su pleno reconocimiento». Pero, en cambio, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (STEDH de 27 de enero de 2015), el Tribunal, para reducir el alcance de la cláusula de orden público, indica que «la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al estado con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo». Sobre esta jurisprudencia, véase Roca Trias (2015: 325 y ss.).

o incluso, en caso de maternidad, al factor genético o al biológico (gestante)¹⁰⁵. Ahora bien, seamos conscientes de que la realidad supera las previsiones normativas, como demuestran los casos de la denominada triple paternidad genética¹⁰⁶.

Rota la unidad de los fundamentos de la filiación y aceptada una visión funcional de la determinación, ¿hay algún modo de aproximar los diversos tipos de filiación? ¿Todavía podemos hablar de una única institución? La clave puede encontrarse en la diferenciación entre paternidad como proyección de una relación genética (y conectada con los derechos fundamentales de los interesados¹⁰⁷), paternidad como establecimiento formal de una relación jurídica y paternidad como titularidad y ejercicio de un conjunto de derechos, facultades, deberes y cargas respecto de los hijos¹⁰⁸. Diferenciados estos planos, búsquese la mejor denominación para cada uno de ellos.

Farnós Amorós (2015b: 5) añade que «[e]l Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) mai no s'ha pronunciat sobre l'abast del dret a conèixer els orígens dels concebuts mitjançant TRA. Sí que ho ha fet, però, respecte de menors tutelats per una administració pública o adoptats [...] o per fonamentar la procedència de les accions de reclamació de la paternitat no matrimonial [...], fins i tot més enllà dels límits temporals fixats per les legislacions nacionals per a l'exercici d'aquestes accions [...]. De tots aquests casos s'infereix que el dret a conèixer els orígens és un dret essencial per al desenvolupament de la pròpia identitat, que no necessàriament ha d'evolucionar cap a un vincle jurídic de filiació amb el progenitor o progenitors, i que forma part del dret a la vida privada reconegut en l'art. 8 del Conveni europeu dels drets humans (CEDH)».

¹⁰⁵ La distinción con la adopción parece sencilla, «a priori»: «[l]a primacía de la voluntad, que se formaliza a través del consentimiento y encuentra su máxima expresión en el proyecto parental común, permite distinguir esta forma de filiación de la adoptiva, en que si bien la voluntad de los adoptantes también es decisiva, no abarca la decisión de crear un ser, por lo que el consentimiento a la adopción se presta con posterioridad al nacimiento» [Farnós Amorós (2015: 51-52)]. Véase también Lamm (2012: 88-89).

¹⁰⁶ http://elpais.com/elpais/2016/09/27/ciencia/1474989059_678680.html [consultado el 5 de octubre de 2016].

¹⁰⁷ Barber Cárcamo (2013: 1127) apunta a la consagración de una acción de mera declaración de la paternidad, respecto de la realidad biológica, pero carente de los efectos propios del estado de filiación.

¹⁰⁸ Para la distinción entre *parentage* (relación genética), *parenthood* (relación jurídica) y *parental responsibility* (asunción de derechos y obligaciones vinculados a la condición de padre), y su posible disociación, véase Bainham (1999: 26 y ss.) y Herring (2007: 308-309).

2. NUEVAS FAMILIAS, NUEVAS FUNCIONES FAMILIARES

Conviene, para concluir, resaltar el diferente enfoque que ha presidido el análisis jurídico de la familia y de la filiación en los últimos tiempos¹⁰⁹. La STC 116/1999, de 17 de junio, subrayaba la amplitud del concepto de familia protegida constitucionalmente, por cuanto

nuestra Constitución «no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio», ni existe ninguna «constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural» (STC 222/1992 [...], reiterada en la STC 47/1993 [...]) [...]. No existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (SSTC 289/1993 y 114/1997) ni, como queda dicho, el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial (SSTC 184/1990 y 222/1992)¹¹⁰.

Acorde con la actual sensibilidad social, el Tribunal Constitucional muestra una flexibilidad en la configuración de la familia que permite calificar como tales situaciones que hace apenas unas decenas de años no hubieran merecido esa consideración.

Ahora bien, en lo que no se suele reparar es que la amplitud en los modelos de familia no va acompañada de una paralela flexibilidad en las concretas funciones o posiciones asumidas por los miembros de cada familia, que traduzca la complejidad de situaciones¹¹¹. El rol que jurídicamente desempeña cada concreta persona en el seno de la familia se subsume en categorías tradicionales y de perfiles conocidos: padre/hijo, cónyuge, conviviente. La posibili-

¹⁰⁹ Aunque Martínez de Aguirre Aldaz (2013a: 119) subraya que «la filiación (los hijos) aparece como la clave de bóveda del derecho de familia». Baker (2008: 651) destaca cómo la atención del derecho de familia se ha desplazado de las relaciones horizontales a las relaciones verticales.

¹¹⁰ Como señala Roca Trias (2007: 209), «la Constitución española parte de un concepto abierto, adaptable y no restrictivo, aunque hay que reconocer que el ordenamiento jurídico juega un papel muy importante en la determinación de los modelos familiares que van a ser mercedores de tutela jurídica en un determinado momento histórico [...]. La facultad de fijar qué modelos son dignos de ser regulados jurídicamente y cuáles no está atribuida a los poderes públicos [...]». Ampliamente, véase Roca Trias (1990: 1055 y ss.). Un enfoque distinto, pero igualmente sugerente, en Martínez de Aguirre Aldaz (2007a: 703 y ss.; y 2007b: 29 y ss.).

¹¹¹ Véase Rivas Rivas (2012: 39-40).

dad de que otras personas convivan con la familia y formen parte de la misma no implica que se les atribuya una función o posición específica, si no es reconducible a las categorías ya conocidas. La situación de los parientes y allegados (arts. 160 y 161 CC) se configura en nuestro sistema de modo borroso.

Esta constatación resulta especialmente relevante en lo que se refiere a la filiación. La frecuencia de familias reconstituidas, de duración en ocasiones variable¹¹², propicia la conveniencia de diseñar un régimen adecuado para quienes desempeñan funciones familiares sin existencia inicial de vínculos de paternidad¹¹³. Nos estamos refiriendo a la conveniencia de plantear la posición de quien ha contraído matrimonio o convive *more uxorio* con la madre o el padre. La falta de respuesta legal empuja a los reconocimientos de complacencia, como ejemplo paradigmático de negocio indirecto. Y ello es así porque en el Código Civil o se es padre o no se es nada. Y ante la alternativa de carecer de cualquier vínculo jurídico, hay quienes optan por una paternidad que, probablemente, excede de lo que realmente desean.

¹¹² Según Rivero Hernández (2011a: 60), las familias residuales y las reconstituidas se caracterizan por «a) su diversidad y complejidad, resultante de las combinaciones aleatorias de los miembros de la pareja (divorciados, viudos, meramente separados, convivientes *more uxorio* y su situación precedente) y de los hijos menores de edad (de uno u otro de aquéllos, o de ambos, hermanos y medio hermanos); b) la fluidez e inestabilidad de esas relaciones, mayor, en general, que las de las familias ordinarias, porque a los riesgos de éstas se añaden las componentes afectivas (positivas y negativas), las tensiones que crea la relación de ruptura y las interferencias exteriores». Véase también Rivero Hernández (2011c: 2190-2191); y Tamayo Haya (2013: 299 y ss.). Sobre sus causas, véase Garriga Gorina (2004: 4-6).

¹¹³ Se ha señalado [Rivas Rivas (2012: 30)] que los presupuestos ideológicos del modelo familiar que ha funcionado como paradigma dominante son «1. un sistema de filiación según el cual la filiación por la que se define la pertenencia a un grupo de parientes y los derechos/obligaciones que van asociados aparecen biológicamente fundados, la filiación jurídica se basa en el modelo de los lazos biológicos; 2. la biparentalidad, la creencia en la exclusividad de dos figuras parentales (solo un padre y solo una madre); 3. la especificidad de los roles de parentesco frente a otros como los de amistad; 4. la adscripción automática al grupo familiar bien por nacimiento o por adopción, es decir, el carácter no electivo de la pertenencia a un grupo de parientes y de los roles a desempeñar dentro del mismo: rol paterno, materno, filial, de hermandad, y, por último, la identificación y delimitación de los vínculos biológicos y genealógicos de parentesco a través de los términos que utilizamos para dirigirnos y referirnos a aquellos que reconocemos como nuestros parientes: madre, padre, hijo, hija, hermano, hermana, abuelo, abuela, etc.». Véase, desde otra perspectiva, Martínez de Aguirre Aldaz (2007a: 705 y ss.; y 2007b: 31 y ss.).

La doctrina ha puesto de relieve la laguna existente en cuanto a la situación jurídica de quienes han contraído matrimonio o conviven *more uxorio* con uno de los progenitores¹¹⁴. A diferencia del Código Civil¹¹⁵, en los ordenamientos aragonés y catalán sí que existe una previsión al respecto¹¹⁶, y su contenido constituye una base adecuada a partir de la cual dibujar los perfiles básicos de la institución.

Esta regulación permitiría no solo resolver más ajustadamente los casos en que está determinada únicamente la paternidad o la maternidad, sino también aquellos en que tanto la paternidad como la maternidad han sido establecidas previamente respecto de otras personas.

En el fondo, lo que se debe poner en discusión es la oportunidad de redefinir jurídicamente no solo los modelos de familia, sino las funciones asignadas a quienes forman parte de las mismas¹¹⁷. La simplicidad de los roles codificados merece ser revisada para ofrecer una respuesta más adecuada a la complejidad y a la diversidad de las situaciones actuales.

¹¹⁴ La cuestión ya fue planteada por Díaz Alabart (1992: 840 y ss.). Véase también Garriga Gorina (2004: 1 y ss.; y 2005: 9 y ss.); Carbone (2005: 1311 y ss., y 1328 y ss.); Tamayo Haya [2009: 137 y ss. (con interesantes indicaciones relativas a otros ordenamientos: 35 y ss.); y 2011: 2566 y ss.], y Navas Navarro (2014: 61 y ss.).

¹¹⁵ El planteamiento del Código Civil responde a unos planteamientos normativos de amplia difusión: véase Schwenzler (2007: 13 y ss.).

¹¹⁶ Ampliamente, Rivero Hernández (2011b: 163 y ss.; y 2011c: 2187 y ss.) y Duplá Marín (2010: 61 y ss.).

¹¹⁷ Y desde una perspectiva antropológica se subraya la conveniencia de distinguir entre parentesco (como situación jurídica) y parentalidad (como ejercicio de funciones relacionadas con la crianza y la educación de los menores y la atención a los mismos): «[l]a parentalidad [...] se refiere a funciones como concebir, criar, dar educación, transmitir un nombre, que son los que corresponden al status de padres, pero que los padres pueden dejar y/o compartir con otras personas, sin por ello perder el status de padres. Ser padres implica ejercer diferentes papeles y todos estos papeles en algunas sociedades pueden repartirse entre diferentes personas (pluriparentalidad), personas reconocidas, sin por ello, deshacer o disminuir el status de padres. Sin embargo, hasta ahora en nuestra cultura ha sido muy difícil pensar en la posibilidad de compartir estos papeles sin dañar el status de padre/madre, porque se piensan como términos excluyentes y en singular, un solo padre, una sola madre [...]» [Rivas Rivas (2012: 39)].

Laufer-Ukeles y Blecher-Prigat (2013: 422) consideran un error tratar de modelar la posición de los padres funcionales a partir de la de los padres formales y tratar de insertar a los padres funcionales en el mismo molde mediante la ampliación del término «padre».

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Bainham, A. (1999). Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinction. En A. Bainham, S. Day Sclater y M. Richards (eds.). *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis* (pp. 26-46). Oxford-Oregon: Hart.
- Baker, K. K. (2004). Bargaining or Biology? The History and Future of Paternity Law and Parental Status. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 14, 1-69.
- (2008). Bionormativity and the construction of parenthood. *Georgia Law Review*, 42, 649-715.
- Barber Cárcamo, R. (2006). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva. *Derecho Privado y Constitución*, 20, 105-150.
- (2009). Nuevos retos ante el Derecho Español de Filiación. *Revista de Derecho Privado*, 93, 3-47.
- (2013a). *La filiación en España: Una visión crítica*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2013b). Autonomía de la voluntad y derecho de filiación. En M. Cuenca, L.A. Anguita y J. Ortega (coords.). *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* (pp. 1111-1130). Madrid: Dykinson.
- (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales. *Derecho Privado y Constitución*, 28, 93-136.
- Bartlett, K. T. (1988). Re-Expressing Parenthood. *The Yale Law Journal*, 98, 292-340.
- Belhadj Ben Gómez, C. (2015). Ocultación de paternidad y daños morales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, BIB 2015\981.
- Benavente Moreda, P. (2011). La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual. *Anuario de Derecho Civil*, 64, 75-124.
- (2016). Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida. *Oñati Socio-legal Series*, en prensa.
- Berrocal Lanzarot, A. I. (2011). Reconocimiento de la filiación por complacencia. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 728, 3415-3450.
- Bestard, J. (1998). *Parentesco y modernidad*. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.
- (2009). Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social. *Revista de Antropología Social*, 18, 83-95.
- Blasco Gascó, F. (1991). La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación. *Anuario de Derecho Civil*, 44, 697-718.
- Büchler, A. (2016). The Right to Respect for Private and Family Life. The Case Law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family Forms. En A. Büchler y H. Keller (eds.). *Family Forms And Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe* (pp. 29-60). Cambridge: Intersentia.

- Carbone, J. (2005). The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity. *Louisiana Law Review*, 65, 1295-1344.
- Carrasco Perera, Á. (2006). *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos*. Madrid: Dilex.
- Castells i Marquès, M. (2015). L'absència de vincle biològic en la paternitat determinada legalment: conseqüències jurídiques. *Revista Catalana de Dret Privat*, 15 (2), 203-220.
- Castro Martín, T. y Seiz Puyuelo, M. (2014). La transformación de las familias en España desde una perspectiva socio-demográfica. En AA. VV. *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, (Documento de trabajo 1.1, pp. 1-35). Madrid: Fundación Foessa. Disponible en: http://www.foessa2014.es/informe/uploaded/documentos_trabajo/13112014045006_7884.pdf.
- De la Iglesia Monje, M. I. (2016). Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 755, 1553-1568.
- De Torres Perea, J. M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia*. Madrid: Iustel.
- Díaz Alabart, S. (1992). El pseudo «status familiae» en el Código Civil: Una nueva relación familiar. *Revista de Derecho Privado*, 76, 839-856.
- Díaz Martínez, A. (2015). Buena fe, retraso desleal y actos propios en el ejercicio de acciones de filiación. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 4, BIB 2015\1671.
- Duplá Marín, M. T. (2010). La autoridad familiar del padrastró o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice Foral de 1925 al artículo 72 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 717, 61-91.
- Durán Rivacoba, R y Carbajo González, J. (2012). Las desigualdades jurídicas entre las filiaciones adoptiva y por naturaleza. *Derecho Privado y Constitución*, 26, 9-63.
- Farnós Amorós, E. (2011). *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier.
- (2015a). La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2179, 175-201.
- (2015b). Anonimat del donant o dret a conèixer els orígens? *Butlletí del Comitè De Bioètica de Catalunya*, 15, 1-11.
- (2015c). La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología. *Anuario de Derecho Civil*, 68, 5-61.
- (2016). La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia. *Revista de Bioética y Derecho*, 36, 93-111.
- Ferrer Riba, J. (2006). Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad. *Revista Jurídica de Catalunya*, 105, 729-756.
- Forder, C. y Saarloos, K. (2007). The establishment of parenthood. A story of successful convergence? *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, 2007-1, 1-76.
- García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. T. I. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.

- García Vicente, J. R. (2005). Impugnación de la paternidad matrimonial determinada en virtud de reconocimiento de complacencia. Condena en costas. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 67, 433-448.
- (2006). La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas. *Derecho Privado y Constitución*, 20, 203-254.
- (2011). La filiación. En M. Yzquierdo y M. Cuenca (dirs.). *Tratado de Derecho de la Familia*. vol. V. *Las relaciones paterno-filiales (I)* (pp. 39-134). Cizur Menor: Aranzadi.
- Garriga Gorina, M. (2004). Las relaciones paterno-filiales de hecho. *InDret*, 3, 1-20. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/dc13_es.pdf.
- (2005). Las relaciones paterno-filiales de fet. *Revista Jurídica de Catalunya*, 104, 9-40.
- Gonzales Pérez de Castro, M. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Universidad de Piura/Dykinson.
- Guilarte Martín-Calero, C. (2014). *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Harris, L. J. (2008). The basis for legal parentage and the clash between custody and child support. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1334387.
- Herring, J. (2007). *Family Law*. Harlow: Pearson.
- Jacobs, M. B. (2006). My Two Dads: Disaggregating Biological and Social Paternity. *Arizona State Law Journal*, 38, 809-856.
- (2007). Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents. *Journal of Law and Family Studies*, 9, 1-28.
- (2010). More Parents, More Money: Reflections on the Financial Implications of Multiple Parentage. *Cardozo Journal of Law and Gender*, 16, 217-235.
- Kindregan, Jr. Ch. P. (2008). Collaborative Reproduction and Rethinking Parentage. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 21, 43-60.
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, 24, 76-91.
- Larmuseau M., Matthijs K. y Wenseleers, T. (2016). Cuckolded fathers rare in human populations. *Trends in Ecology and Evolution*, 31, 327-329.
- Laufer-Ukeles, P. y Blecher-Prigat, A. (2013). Between Function and Form: Towards a Differentiated Model of Functional Parenthood. *George Mason Law Review*, 20, 419-483.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2007a). Nuevos modelos de familia: la respuesta legal. *Revista Española de Derecho Canónico*, 64, 703-744.
- (2007b). A cada uno su familia, a cada familia su derecho: (aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad). *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 2, 29-47.
- (2013a). La filiación, entre Biología y Derecho. *Prudentia Iuris*, 76, 117-133.
- (2013b). Realidad, ficción y verosimilitud en la regulación de la filiación. En M. Cuenca, L.A. Anguita y J. Ortega (coords.). *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* (pp. 1423-1437). Madrid: Dykinson.

- Mayor del Hoyo, V. (1998). Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio). *Anuario de Derecho Civil*, 51, 917-936.
- Meyer, D. D. (2006). Parenthood in a Time of Transition: Tensions Between Legal, Biological, and Social Conceptions of Parenthood. *The American Journal of Comparative Law*, 54, 125-144.
- Moncó Rebollo, M. y Rivas Rivas, A. M. (2007). La importancia de ‘nombrar’. El uso de la terminología de parentesco en las familias reconstituidas. *Gazeta de Antropología*, 23, 1-14.
- Moreno Martínez, J. A. (1997). Impugnación de paternidad matrimonial. Conflicto de intereses de los cónyuges contendientes con respecto al hijo menor no emancipado cuya filiación se cuestiona. Exigencia de oficio del nombramiento de defensor judicial del menor. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 45, 1093-1104.
- Navas Navarro, S. (2014). Child’s Life, Step-Family and Decision-Making Process - European Overview. *Beijing Law Review*, 4, 61-70.
- Ocaña Rodríguez, A. (1998). Una sentencia que prescinde del papel del Fiscal en los procesos de filiación: la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997. *Diario La Ley*, 21612/2001.
- Pantaleón Prieto, Á. (1988). Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. *Jueces para la Democracia*, 5, 19-36.
- (1993). Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 15, 129-160.
- Pérez Conesa, C. (2015). Impugnación de filiación matrimonial y reclamación de pensión de alimentos. (STS de 24 de abril de 2015. Voto particular). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 6, BIB 2015\2592.
- Quesada González, M. C. (1994). El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico. *Anuario de Derecho Civil*, 47, 237-303.
- (2005). La prueba del ADN en los procesos de filiación. *Anuario de Derecho Civil*, 58, 493-594.
- (2012). *La determinación judicial de la filiación*. Barcelona: Bosch.
- Quicios Molina, S. (2005). Filiación matrimonial: determinación por medio de un reconocimiento de complacencia; impugnación por no ser conforme con la verdad biológica. Costas: circunstancias excepcionales. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 67, 449-471.
- (2011). Impugnación por el propio reconocedor de la filiación paterna no matrimonial determinada por medio de un reconocimiento de complacencia. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 90, BIB 2012\2989.
- (2014a). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013. ¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 95, BIB 2014\1929.
- (2014b). *Determinación e impugnación de la filiación*. Cizur Menor: Aranzadi.

- (2015). Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación. *Derecho Privado y Constitución*, 29, 263-303.
- Rivas Rivas, A. M. (2008). Las nuevas formas de *vivir en familia*: el caso de las familias reconstituidas. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 26, 179-202.
- (2009). Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico. *Revista de Antropología Social*, 18, 7-19.
- (2012). El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas. *Portularia: Revista de Trabajo Social*, 12-2, 29-41.
- Rivero Hernández, F. (1991). Comentario a los arts. 108 a 141 del Código Civil. En C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dirs.). *Comentario del Código Civil* (t. I, pp. 427-522). Madrid: Ministerio de Justicia.
- (2007). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson.
- (2011a). Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los progenitores. Incidencias y protección. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, 4, 57-90.
- (2011b). De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y madrastra. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, 4, 163-188.
- (2011c). El *status* jurídico del padrastro/madrastra en el Código Civil de Cataluña. En F. Blasco, M. Clemente, J. Orduña, L. Prats y R. Verdera (coords.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés* (vol. 2, pp. 2187-2211). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Roca Trias, E. (1990). Familia, familias y derecho de la familia. *Anuario de Derecho Civil*, 43, 1055-1092.
- (1999). Filiación asistida y protección de derechos fundamentales. *Derecho y Salud*, 7, 1-14.
- (2000). Embriones, padres y donantes. *Revista Jurídica de Catalunya*, 99, 415-432.
- (2007). Familia y Constitución. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 10, 207-227.
- (2015). *Dura Lex Sed Lex*: O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2179, 301-338.
- Rodríguez Guitián, A. (2015). Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2179, 85-174.
- Sanciñena Asurmendi, C. (2014). Reconocimientos de complacencia en la filiación. En L. Díez-Picazo (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (vol. 2, pp. 3223-3243). Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- Schwenzer, I. (2007). Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage. *Electronic Journal of Comparative Law*, 11.3, 1-24.
- Storrow, R.F. (2002). Parenthood By Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage. *Hastings Law Journal*, 53, 597-679.
- Tamayo Haya, S. (2009). *El estatuto jurídico de los padrastros: nuevas perspectivas jurídicas*. Madrid: Reus.

- Tamayo Haya, S. (2011). De la paternidad biológica a la paternidad social. En F. Blasco, M. Clemente, J. Orduña, L. Prats y R. Verdera (coords.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés* (vol. 2, pp. 2557-2583). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2013). Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas. *Revista Digital de la Facultad de Derecho (UNED)*, 6, 261-316.
- Verdera Server, R. (1999). Adopción y principio de igualdad: (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo). *Derecho Privado y Constitución*, 13, 297-378.
- (2007). Comentario a los arts. 7 y 8 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En J. A. Cobacho (dir.). *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (pp. 211-304). Cizur Menor: Aranzadi.
- (2010). La filiación en el Dret català: de la Compilació al Codi civil. *Revista Jurídica de Catalunya*, 109, 1051-1074.
- (2013). Comentario a los arts. 108 a 141 del Código Civil. En R. Bercovitz (dir.). *Comentarios al Código Civil* (t. I, pp. 1117-1441). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016). *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.