

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE
GRADO EN DERECHO



TRABAJO DE FIN DE GRADO

CURSO ACADÉMICO 2020/2021

**DETERMINACION DE LA FILIACION. ESPECIAL
REFERENCIA A LOS DAÑOS Y PERJUICIOS
DERIVADOS DE UNA FILIACION FALSA O
INDETERMINADA**

Sheila Gómez Arques
Tutora: María Encarnación Aganzo Ramón

RESUMEN

La determinación de la filiación, así como la responsabilidad civil entre los cónyuges, es un tema novedoso planteado por la doctrina y la jurisprudencia. En este trabajo se realizará un análisis de la determinación de la filiación comenzando a desarrollar desde sus cuestiones generales y efectos que produce, hasta entrar de lleno en las acciones de reclamación e impugnación. Además, estudiaremos la responsabilidad civil entre los cónyuges en supuestos que en la actualidad están muy presentes como el daño derivado de la ocultación de la paternidad, el daño derivado de la ausencia de la filiación y el daño derivado de la paternidad robada. Analizaremos y valoraremos el daño moral causado por esa serie de supuestos que acabamos de mencionar. Para finalizar expondremos la situación actual de la gestación subrogada en España con mención de una sentencia muy significativa.

ABSTRACT

The determination of parentage, as well as civil liability between the spouses, is a new issue raised by doctrine and jurisprudence. In this work, an analysis of the determination of parentage will be carried out, beginning to develop from its general issues and effects that it produces, until entering fully into the claim and challenge actions. In addition, we will study the civil liability between the spouses in cases that are currently very present, such as the damage derived from the concealment of paternity, the damage derived from the absence of filiation and the damage derived from stolen paternity. We will analyze and assess the non-pecuniary damage caused by that series of assumptions that we have just mentioned. Finally, we will present the current situation of surrogacy in Spain with mention of a very significant sentence.

INDICE

1.- INTRODUCCION.....	4
2.- ABREVIATURAS.....	6
3.- DETERMINACION DE LA FILIACION	7
3.1 CONCEPTO Y CUESTIONES GENERALES	7
3.2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	7
3.3 CODIGO CIVIL Y LEGISLACION APLICABLE.....	12
4.- CLASES DE FILIACION	13
4.1. FILIACION POR NATURALEZA O BIOLOGICA: MATRIMONIAL O NO MATRIMONIAL	13
4.2 LA FILIACION ADOPTIVA.....	16
4.3- LA FILIACION POR REPRODUCCION ASISTIDA.....	17
5. EFECTOS DE LA FILIACION.....	18
6. ACCIONES DE FILIACION	21
6.1 LEGITIMADOS PARA RECLAMAR LA DECLARACION DE LA FILIACION NATURAL.	21
6.2. CLASES DE ACCIONES DE LA FILIACION.	21
6.2.1. <i>Acción de reclamación de la filiación</i> (Arts. 131 a 134 CC y Arts. 764 a 768 LEC).	22
6.2.2. <i>Acción de impugnación de la filiación. (Arts. 136 a 141 CC y arts. 764 a 768 LEC).</i>	24
6.3. CUESTIONES ACERCA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA	26
6.4 ACCIONES EN CASOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	32
7. CONSECUENCIAS DE LA FALSEDAD DE LA FILIACION DECLARADA. DAÑOS Y PERJUICIOS.....	37
7.1 DAÑO DERIVADO DE LA FALSA IMPUTACIÓN DE LA PATERNIDAD	38
7.2 DAÑO DERIVADO DE LA AUSENCIA DE FILIACIÓN.....	48
7.3 DAÑO DERIVADO DE LA PATERNIDAD ROBADA	50
7.4 CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL	56
8.GESTACION SUBROGADA. ESTADO EN CUESTION.....	59
8.1 SENTENCIA, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010, DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, NÚM. 15, DE VALENCIA.	63
9.CONCLUSIONES	67
10.BIBLIOGRAFIA.....	70
11.ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	74
12.TEXTOS LEGALES	75

1.- INTRODUCCION

En general, la palabra “filiación” cuando la utilizamos a pie de calle, se suele interpretar como una aproximación al sinónimo de hijo, pero ese uso común no está bien establecido. La filiación, trata de designar la procedencia de los hijos respecto a los padres y las consecuencias jurídicas que conlleva. Dicha realidad está recogida en nuestro Ordenamiento Jurídico, el cual, según su reconocimiento, distribuye derechos y obligaciones entre padres e hijos, en consecuencia, constituye, a su vez, un hecho jurídico.

En la actualidad establecer el concepto de filiación no es cuestión sencilla, ya que existen nuevos modelos de familias; heterosexuales, homosexuales, monoparentales, que no se rigen por lo que tradicionalmente se conoce por “familia”. La relación paterno-filial puede ser biológica, pero la fecundación puede originarse de manera natural a través del acto sexual y en otras ocasiones la fecundación será mediante asistencia médica, a través de las técnicas de reproducción humana permitidas legalmente. Por tanto, habrá que estimar la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, debido a que con mayor frecuencia se están sometiendo a las mismas, no solo parejas heterosexuales y homosexuales, casadas o en unión de hecho, sino también de manera individual hombres y mujeres. Por todo ello, el vínculo familiar puede venir determinado de manera natural, biológicamente o a través de un acto jurídico como es la adopción.

Nuestro estudio, en primer lugar, estará presidido por las nociones generales de la filiación. Como en cualquier exposición de un tema, empezaremos a realizar un breve análisis de su origen, definición, sus principios constitucionales y donde podemos encontrar su fundamento legal.

En segundo lugar entraré de pleno en el estudio de las clases de filiación así como en los efectos que produce y en las acciones de reclamación y de impugnación de manera extensa y profunda.

En tercer lugar haré especial mención a los daños derivados de la ocultación de la paternidad, este supuesto de responsabilidad civil son daños autónomos que se causan por ocultar al cónyuge la verdadera paternidad biológica de un hijo extramatrimonial. La responsabilidad civil entre cónyuges es un tema novedoso planteado por la doctrina y la

jurisprudencia. En este trabajo se realiza un análisis de la responsabilidad civil en supuestos de ocultación de la paternidad, dando un punto de vista concreto con base en las opiniones doctrinales sobre esta materia. En este punto se realiza un estudio profundo en los requisitos de daño e imputación subjetiva, por ser los que crean más controversia. También realizaré un especial hincapié tanto en los daños derivados de la ausencia de filiación como en los daños derivados de la paternidad robada.

En cuarto lugar, se exponen los problemas que surgen para la cuantificación del daño moral como consecuencia de la inexistencia de una norma legal que determine las reglas valorativas a seguir por nuestros Tribunales a la hora de cuantificar el perjuicio causado. A la vista de ello, la práctica judicial ha ido confeccionando ciertos criterios a tener en cuenta, y, en los últimos tiempos, el legislador ha ido incluyendo en algunas normas ciertos criterios a tener en cuenta para poder cuantificar el daño moral, al objeto de facilitar las resoluciones en esta materia.

En quinto lugar en el presente trabajo analizaremos la maternidad subrogada, a los efectos de demostrar la necesidad de una urgente regulación que de una respuesta actualizada y útil al elevado número de cuestiones planteadas. Para ello estudiaremos la situación actual y como repercute su prohibición legal en España, en base a los derechos humanos que entran en juego.

Finalmente, como conclusión se expondrá el balance de la situación actual sobre los temas planteados, concretando qué asuntos quedan pendientes de resolución y cuáles serán las perspectivas de futuro en relación con los mismos.

2.- ABREVIATURAS

- ADN: Ácido Desoxirribonucleico.
- ART: Artículo.
- ARTS: Artículos.
- CC: Código Civil.
- CE: Constitución Española.
- CDN: Convenio de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.
- CIPPDF: Convención Internacional para la Protección de todas las personas. contra las Desapariciones Forzadas.
- DGRN: Dirección General de régimen y notariado.
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
- LTRHA: Ley de tecnología de reproducción humana asistida.
- MF: Ministerio Fiscal.
- N°: Número.
- RAE: Real Academia Española.
- R.C: Registro Civil.
- RRC: Reglamento del Registro Civil.
- Ss: Siguietes.
- FIV: Fecundación in vitro.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TS: Tribunal Supremo.

3.- DETERMINACION DE LA FILIACION

3.1 CONCEPTO Y CUESTIONES GENERALES

La palabra filiación deriva del vocablo latín filatio-onis, perteneciente a su vez a la raíz filius, cuyo significado es hijo.

Según el Diccionario panhispánico de la RAE, la filiación puede definirse como el conjunto de los datos identificativos de un individuo y, en especial la procedencia de una persona respecto de unos determinados padres.

Puede ser vista desde dos perspectivas: desde el punto de vista jurídico, es el vínculo que une a los progenitores con sus hijos y que se reconoce jurídicamente; y desde el punto de vista del estado civil, constituye la especial posición de una persona en relación con su sociedad, tipificada normativamente.

Este vínculo entre los hijos y sus padres genera una serie de derechos y obligaciones como los apellidos, la nacionalidad, el derecho de cuidado y alimentos, la guarda, custodia y patria potestad y los derechos sucesorios.

El estado de filiación alcanza, no solo a los que pertenecen al grupo familiar, sino a los que nacen fuera del matrimonio, existiendo igualdad en ambas situaciones. Por tanto, como dijo Santos Briz: “la generación origina un estado, que es la posición que el individuo ocupa en la familia como hijo ante todo y de la que derivan derechos y obligaciones”

3.2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La protección jurídico-constitucional de la familia se encuadra dentro del catálogo de los llamados derechos sociales y como tales su llegada a los textos constitucionales y a las declaraciones internacionales está temporalmente hablando ubicada en siglo XX.

En la anterior regulación en materia de filiación se partía de una distinción que atendía a la idea del pecado de concebir a los hijos fuera del matrimonio (filiación ilegítima), y en consecuencia, se ofrecía una mayor protección a los derechos de los hijos concebidos dentro del matrimonio (filiación legítima), al entender que de este modo se aseguraba el orden familiar preestablecido. Esta distinción llevó a la discriminación entre hijos, la cual se acentuó al establecer la distinción dentro de la filiación ilegítima entre los hijos ilegítimos naturales, aquellos cuyos progenitores eran aún hábiles para contraer matrimonio, y los hijos ilegítimos incestuosos o adulterinos, aquellos cuyos padres no podían contraer matrimonio porque ambos o uno de los progenitores estaba ya sujeto a una relación matrimonial¹. Además existían otras teorías que partían de la idea de que aún aceptando que existan familias que no resulten del matrimonio, a las familias que se originan debido al matrimonio tendrán siempre preferencia respecto de las familias no resultantes del matrimonio

La promulgación de la Constitución supuso un vuelco definitivo a la regulación de esa materia, ya que lo que realmente identifica a una familia es la existencia de vínculos paterno filiales y en menor medida el estado civil de los padres, esto es, la situación de las personas físicas determinada por sus relaciones de familia provenientes del matrimonio o del parentesco que establece ciertos derechos y deberes. La Constitución descarta aquellas posiciones doctrinales que veían al matrimonio como la única forma de conformación de la relación familiar. Por ello, a los efectos de las previsiones del artículo 39 de la CE es irrelevante si la familia se ha constituido por ejercicio del derecho del 32 de la Constitución o por otro tipo de vínculo social.

Respecto a la discusión parlamentaria, no fue un artículo que generase grandes disputas entre las fuerzas políticas presentes en el proceso en ese momento, pero si que se podría apuntar como curiosidad que el precepto del Anteproyecto Constitucional comprendía solamente tres apartados, en los cuales no aparecía la mención a la protección del niño (art 39.4CE) y tampoco aparecía la referencia a que la ley posibilite la investigación de la

¹ DÍEZ-PICAZO, J.L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. IV (tomo I), Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. 11a Ed., Tecnos. Madrid, 2012. Página 233

paternidad prevista en el apartado segundo, que fue introducida por enmienda del Senador Villar Arregui en el debate de Pleno del Senado.

A continuación se expondrán los principios que consagra nuestra Constitución a favor de la filiación:

- El principio de protección del hijo. Es un reflejo constitucional, debido a que los progenitores o sus representantes legales están obligados a cumplir esa protección y asegurar la igualdad de los hijos con independencia de su filiación y además favorecer el interés de los hijos basado en: el interés en su protección, el interés en el conocimiento de su identidad y el interés en la estabilidad de su situación. El Tribunal Constitucional señaló que toda norma que rompa la unidad de determinación filiar será discriminatoria por razón de nacimiento y contraria a la Constitución. Al igual que sucede con los hijos, se reconoce expresamente la situación de igualdad de las madres más allá de su estado civil. Este principio de la mujer está relacionado con la integración laboral de seguridad social y otros derechos de carácter social de la mujer. Es importante destacar aquí la incidencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, que ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial, entre otras vid. STC. 81/2010 de 3 noviembre, así como de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (3/2007 de 22 de marzo) conocida popularmente como "ley de igualdad", que desde la misma exposición de Motivos de la ley señala: "El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la Ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140

años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos".²

- El principio de igualdad. La ley 11/1981 de 13 de mayo: los principios constitucionales de igualdad entre todos los hijos se consagran por esta Ley, que ajusta nuestro derecho a la realidad social de una España moderna. La Constitución de 1978 acaba con esta concepción tradicional de la filiación y establece claramente el principio de igualdad entre todos los hijos que se consagra en los Art. 14 CE y 39.2 CE. La única diferencia legal contemplada en la actualidad es la relativa a hijos matrimoniales y no matrimoniales, que luego veremos. Esta diferencia no determina desigualdad alguna de derechos o trato entre unos y otros, sino simple diferencia en cuanto a los mecanismos de determinación de la filiación. Excepciones al principio de igualdad: En todo caso, la igualdad no es absoluta, pues existen pequeñas diferencias o residuos que determinan una pequeña distinción de trato, que se revela en: Sucesiones: el usufructo viudal recae sobre 1/2 de la herencia y no sobre 1/3 cuando la viuda concurre con hijos no matrimoniales del causante concebidos constante matrimonio. En las acciones de filiación: son distintas las normas de legitimación y de caducidad de acciones en uno y otro caso. Ya lo veremos al tratar sobre las acciones de filiación.
- Favor Filii. Principio proclamado a favor del hijo o del menor³ El principio del favor filii es: “aquel principio informador que vincula tanto a la producción normativa como a las resoluciones de los tribunales en materias donde aparezcan los menores. La aplicación de dicho principio supone que los intereses en juego en un procedimiento como en el de filiación no pueden ser indiferentes para el

²ELVIRO ARANDA ALVAREZ; SARA SIEIRA; ALEJANDRO RASTROLLOS: Sinopsis artículo 39

³ Principio favor filii

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ListaResultados.aspx?params=H4sIAA_AAAAAEAHVPPU_DMBD9NXiphEDMHkjagYGAgnRxbm2J5I7Y59D8-9xsUTVge193T29r4xxdXhSGyKxp0Cy2cMicbOniciklYXX2bqY0SgMyd4Z8Jph2oq392dMCzoYii5xxNisBaWjfhew0AGUhBuI9R5SotQKa5TpabS7QeTTbduquzWgfUaFSnvgA55fIUR_fIVCSmOekVVuIYWT8YHsoPz2G7h5gD9cnPHK2XXtS-f6x974-fqm8I_aUirm_6xcZl--U3rnsjnBVIW6rUabrCp8Cf8AyRn_z18BAAA=WKE

legislador, y en su caso el juzgador, sino que entre ellos debe primar el interés preferente es el del menor.”

- Protección a la familia. Este principio está declarado en el apartado primero del art 39 de la CE y tiene su razón de ser en lo relativo a la presunción de paternidad que veremos más tarde, a la protección de situaciones preexistentes de convivencia familiar y a la paz social.
- Predominio de la verdad biológica. En este sentido y en virtud de lo dispuesto en el Art 39.2 de la Constitución, es necesario hacer referencia a la libre investigación de la paternidad, que sirve para fundamentar constitucionalmente el principio de la verdad biológica. El mismo viene a decir que en principio el padre jurídico es, también, el padre biológico. Sin embargo, es importante recordar que “el principio de veracidad biológica no tiene carácter absoluto por lo que en ocasiones estará limitado”⁴

Es decir, la Constitución establece la obligación del legislador a abrir la posibilidad de investigar la filiación mediante los procesos jurisdiccionales. En el ámbito civil se llevara a cabo conforme a la Ley de Enjuiciamiento civil, la cual establece un procedimiento especial para la investigación de la verdad biológica y, en consecuencia, para su determinación de la filiación.

De lo expuesto, cabe destacar la importancia de este principio en los procedimientos de filiación ya que a raíz de su protección se configura la regulación del proceso de filiación, por esta razón este principio será nuevamente comentado, más extensivamente, cuando hablemos de la finalidad de la actividad probatoria en los procesos de filiación, ya que es donde esta máxima interviene con mayor relevancia.

⁴ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.); DE PABLO CONTRERAS, P. y PÉREZ ALVAREZ, M.Á.: *Curso de derecho civil (IV): Derecho de Familia*. 2aEd. Colex. Madrid, 2008. Página 299 y siguientes.

A todo esto habrá que añadir, por ser fundamental en la materia que nos ocupa el interés superior del menor, como principio general de nuestro ordenamiento. El concepto del interés superior del menor ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas”, se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”, “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”. El concepto del interés superior del menor ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas”, se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”, “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

3.3 CODIGO CIVIL Y LEGISLACION APLICABLE

Nuestro C.C, regula la filiación de los hijos, pero esta materia ha sufrido algunas modificaciones y reformas, por lo que el contenido a veces ha podido verse afectado.

Tras la aprobación de la ley 11/1982 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, esta distinción desapareció ya que la nueva reforma se basaba en el principio de igualdad y el de protección a la familia y a la infancia; principios consagrados, en los artículo 14 y 39 de la Constitución.⁵ En virtud de estos dos preceptos esta ley ofreció una nueva distinción que respondía a las nuevas actitudes sociales y al nuevo modelo de familia.

Así pues, la reforma estableció la actual regulación de la filiación en virtud de la cual ésta puede ser por naturaleza, en cuyo caso la base es el hecho natural de la procreación pero que legalmente sólo quedará determinada cuando concurren los requisitos que exige la

⁵ Ley 11/1982 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

norma, o puede ser por adopción, la cual deriva del acto jurídico de adopción en virtud del cual establece una relación de filiación entre dos personas que no están unidas por vínculos de sangre.

La regulación que encontramos en el Libro II, Capítulo V del Código Civil de Catalunya, también responde a estos preceptos de la Constitución de tal manera que el Código Civil de Catalunya también efectúa esta distinción, concretamente está establecida en el artículo 235-1.

4.- CLASES DE FILIACION

Según el Art. 108 del C.C: “la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

Ambos tipos de filiación tienen los mismos efectos. La ley 20/2011, de 21 de Julio⁶ hace referencia al principio de equiparación de filiaciones y elimina toda referencia a la filiación no matrimonial, equiparando sus efectos a la matrimonial, ya que ambas se derivan del principio fundamental de dignidad humana.

4.1. FILIACION POR NATURALEZA O BIOLOGICA: MATRIMONIAL O NO MATRIMONIAL

La filiación biológica es el resultado de la unión sexual de un hombre y una mujer, estén casados o no, aun cuando fuesen desconocidos.

La filiación matrimonial, como su propio nombre indica tiene su origen en el matrimonio y por ello ha sido históricamente la institución filial socialmente aceptada por la influencia de la tradición romanista y de la moral judeo cristiana, la cual considera a la unión

⁶ Ley 20/2011, de 21 de Julio del Registro Civil.

conyugal como un sacramento y como la única forma moral y legal de formar una familia.⁷

Podemos decir que tiene su fundamento en los artículos 108 y 116 del CC, de los cuales podemos extraer que serán hijos matrimoniales aquellos en los que el padre y la madre estén casados entre sí. En este punto, hay que hacer una distinción para saber si el hijo matrimonial es de origen si en el momento de la concepción los padres estaban casados o si por el contrario el hijo matrimonial es sobrevenido, esto es si en el momento de la concepción los padres no estaban casados entre sí, pero lo hacen antes de que nazca el hijo.

La determinación de la filiación matrimonial se basa en el matrimonio de los esposos, la maternidad de la mujer y la paternidad del marido y esto se hará: con la inscripción del nacimiento del hijo más la del matrimonio de los padres; o por sentencia firme.⁸

La maternidad se demuestra probando que la interesada dio a luz y que el hijo que nació es aquel cuya filiación se trata.

En cuanto a la paternidad, se aplica una presunción que constituye el núcleo central de la determinación de la paternidad matrimonial⁹.

Aún en caso de cese de la presunción, el Art. 118 CC¹⁰ permite que la filiación matrimonial se determine por consentimiento de ambos cónyuges

Continuando con el CC en su Art. 117¹¹, esta presunción cede en el caso de que el hijo nazca durante el matrimonio dentro de los 180 días siguientes a su celebración, siempre

⁷ Cfr. Cánones 1012 y 1012 del Código de Derecho Canónico de 1917 y Cánones 1055 y 1056 del Código de Derecho Canónico de 1983.

⁸ Artículo 115 del Código Civil: “La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1. ° Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2. ° Por sentencia firme.”

⁹ Artículo 116 del Código Civil: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”

¹⁰ Artículo 118 CC: “Aún faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos”

¹¹ Artículo 117 CC: “Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con

que exista una declaración auténtica del marido en contrario formalizada dentro de los 6 meses siguientes al conocimiento del parto.

Ahora bien, es necesario que no concurra ninguno de los supuestos que prevé el propio Art. 117 CC:

- Reconocimiento expreso o tácito del hijo.
- Haberse casado conociendo el embarazo de su futura mujer

En relación a la filiación matrimonial del nacido antes del matrimonio de los progenitores, el Art. 119 CC ¹²establece que: “La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo”

En cuanto a la filiación no matrimonial, como hemos podido observar, no se encuentra regulada en el art. 108 C.C, ni tampoco en otro precepto del Código. Para poder definir la misma, deberemos encajarla haciendo una interpretación a sensu contrario¹³ del Art. 108 C.C.

Este tipo de filiación surge cuando los hijos vienen de un hombre y una mujer que no están casados entre sí. En los primeros tiempos de Roma, no era posible distinguir la diferencia entre los descendientes de matrimonio y los habidos fuera de esta institución. Sin embargo más tarde el derecho justinianeo los distinguió de forma tajante¹⁴.

anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo”

¹² Artículo 119 CC: “La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente.”

¹³ *Sensu contrario* (en sentido contrario): Respecto de la interpretación de una norma o de hechos o actos jurídicos (subsunción jurídica de los hechos o aplicación del derecho a hechos concretos), se emplea comúnmente esta forma de razonamiento para deducir una consecuencia, por oposición con algo expuesto anteriormente como principio consagrado probado. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/a-contrario-sensu/a-contrario-sensu.htm>.

¹⁴ Cfr. IGLESIAS, Juan, Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado, 9ª ed., Ariel, España, 1987, p.552.

De tal manera que la presunción de paternidad del Art. 116 C.C no puede aplicarse en este caso. Asimismo, para poder determinarla atenderemos a lo dispuesto en el Art. 120 C.C¹⁵:

“ La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

1. En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.
2. Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
3. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.
4. Por sentencia firme
5. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.”

4.2 LA FILIACION ADOPTIVA

La adopción es una institución jurídica de protección de menores en la que, entre los sujetos intervinientes en ella, nacen los mismos vínculos jurídicos que entre los padres (y las familias de éstos) y sus hijos biológicos y se extinguen los vínculos jurídicos entre adoptado y su familia biológica.

Por ello la evolución que ha seguido la adopción, se caracteriza por un continuo avance legislativo que ha ido llevando su régimen jurídico hasta el cumplimiento del principio conforme el cual la adopción imita la naturaleza –*adoptio imitatur naturam*-, por ello se ha reconducido la idea de satisfacer los deseos de paternidad y maternidad de quienes no tienen hijos, a la primacía del interés superior del menor¹⁶ .

¹⁵ Artículo 120 CC: Determinación de la filiación no matrimonial.

¹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Colex, 4o Edición, 2013, P. 425.

Todavía hoy en día, por la complejidad de la legislación civil de nuestro país, en el que existen 33 Códigos Civiles, podemos decir que en nuestro sistema normativo se regulan dos tipos de instituciones adoptivas, la adopción plena y la simple. ¿qué quieres decir?, no existen 33 C.C.

La adopción simple tiene como característica principal que sólo va a generar derechos y deberes entre el adoptante y el adoptado, por lo cual la filiación y el parentesco solo se generan entre ellos y no es extensivo a la familia del o los adoptantes. Por su parte, la adopción plena es regulada como única institución filial en diversos Códigos Civiles, por la consideración de que solo con esta modalidad se garantiza la incorporación de los descendientes hasta sus últimas consecuencias, pues la relación jurídica no se restringe sólo al adoptado y adoptante, sino también a la familia extendida del adoptante. A pesar de ello, la filiación sólo se genera entre el adoptante y adoptado, quien tendrá la calidad de hijo consanguíneo¹⁷.

La adopción es un acto solemne a través del cual el adoptado se integra en la familia del adoptante. Según el tipo de familias adoptivas se distinguen dos formas de adopción: la adopción conjunta o simultánea y la adopción individual o monoparental. Desde la promulgación de la Ley 13/2005 por la que se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo se reconoce la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción a matrimonios homosexuales.

4.3- LA FILIACION POR REPRODUCCION ASISTIDA

La aparición de los nuevos modelos de matrimonio, entre parejas del mismo sexo, como los problemas de infertilidad o fisiológicos que les impida procrear a las parejas homosexuales, así como la necesidad que tienen los hombres y mujeres de ser madres o padres de manera voluntaria, hacen que cada día se utilice más las técnicas de reproducción asistida. Los importantes y rápidos avances científicos y tecnológicos en esta técnica generan una serie de conflictos, produciendo en numerosos casos problemas de identidad importantes en el nuevo ser concebido, así como en aquellos casos donde no

¹⁷ Código Civil para el Distrito Federal (Artículo 410-A); Ley para la Familia del Estado de Hidalgo (Artículo 250); Código Familiar del Estado de Zacatecas (Artículo 355); Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos (Artículos 367 y 368); Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo (Artículos 382 y 383); Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí (s.n. art)

se conoce realmente la identidad de los progenitores o no son reconocidos por los mismos. En palabras de Romero Coloma, “el conocer los orígenes biológicos puede constituirse en una obsesión, afectando a la psique humana e impidiendo que el ser humano, en estas condiciones, sea verdaderamente feliz y desarrolle una vida plena y sin traumas¹⁸.”

Todos y cada uno de nosotros tenemos derecho a conocer nuestra procedencia, pero el camino para alcanzar ese objetivo es a veces duro e incluso llegando en ocasiones a ser imposible.

La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida nos obliga a modificar la ley existente para ir solventando los conflictos que han ido surgiendo debido a los cambios sociales y graves avances científicos, tecnológicos y de investigación.

La regulación básica de esta técnica de reproducción humana asistida tiene sus aspectos más relevantes en la Ley 14/2006 de 26 de Mayo, que derogó a una de las primeras leyes sobre esta materia, la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre, así como la Ley 45/2003 de 21 de Noviembre, que modificó la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre técnicas de reproducción asistida.

5. EFECTOS DE LA FILIACION

Una vez determinada la filiación, se producen una serie de efectos:

En primer lugar, la persona tendrá derechos a unos apellidos, los cuales podrán los padres decidir el orden de los apellidos de común acuerdo antes de la inscripción en el Registro

¹⁸ ROMERA COLOMA, A.M., “La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos” (BIB 2009\1874)

Civil. Para poder cambiar este orden habrá que esperar a la mayoría de edad del sujeto en cuestión. (Art.109 CC)¹⁹

La Ley 40/1999 ha dado nueva redacción al art. 109 CC y al art. 55 LRC. Conforme al art. 109 CC, "si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la Ley".²⁰

En relación con el orden de los apellidos, dispone el art. 109 CC que: "El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo".

"El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos".

La LO 1/2004 relativa a la violencia de género ha añadido un nuevo párrafo al art. 58 LRC:"2. Cuando se den circunstancias excepcionales, y a pesar de faltar los requisitos señalados anteriormente, podrá accederse al cambio por RD a propuesta del Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado. En caso de que el solicitante de la autorización del cambio de sus apellidos sea objeto de violencia de género y en cualquier otro supuesto en que la urgencia de la situación así lo requiriera, podrá accederse al cambio por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados por el Reglamento".

El art. 55, sigue manteniendo una línea de absoluta continuidad en la materia, permitiendo el cambio de apellidos "por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados reglamentariamente".

En términos generales, el art. 49 sigue afirmando que "la filiación determina los apellidos", por lo que sigue siendo necesario distinguir entre los casos de que la filiación esté determinada por ambas líneas y aquellos en que sólo hay una filiación conocida.

Para los supuestos de doble filiación, establece el art. 49.2 que "los progenitores acordarán el orden de transmisión de su primer apellido, antes de la inscripción registral", esto es de

¹⁹ Artículo 109 del Código Civil: la filiación determina los apellidos con arreglo lo dispuesto en la ley y artículo 198 del Reglamento del Registro Civil: trata de la inversión de los apellidos por hijos mayores de edad y para la regulación ortográfica de los mismos.

²⁰ <https://derechoured.com/libro/familia/5042-los-efectos-de-la-filiacion-los-apellidos>

por acuerdo de la pareja cabe tanto anteponer el apellido paterno cuando el materno, aunque ha de tenerse en cuenta que, al final del apartado, se subraye que dicho orden vinculará el orden de los posteriores nacimientos con dicha filiación.

En segundo lugar, lo relativo a la patria potestad que es la responsabilidad parental frente a los hijos, comprendiendo tanto derechos como obligaciones, siempre que el hijo sea menor de edad o incapacitado.(Art.154 CC)²¹ . En este aspecto el progenitor quedará excluido de la patria potestad cuando haya sido condenado en sede penal por relaciones sexuales que produjeron la procreación y cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. De este modo, el hijo no ostentará el apellido del progenitor salvo que lo necesite él mismo o su representante legal. Las exclusiones anteriormente dichas podrán anularse si así lo determina el representante legal del hijo aprobada judicialmente o por propia voluntad del hijo cuando goce de plena capacidad (Art. 111 C.C)²²

En último lugar, el Código Civil señala que tanto el padre como la madre, aunque no tengan la patria potestad están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos(Art.110 CC)²³

Podemos destacar una sentencia basada en la obligación de prestar alimentos y que la misma creó jurisprudencia. Tal y como establece la STS, Sala de lo Civil, 202/2015 del 24 de Abril²⁴, este caso habla de un “supuesto” padre que durante muchos años prestaba

²¹ Artículo 154 del Código Civil: patria potestad.

²² Artículo 111 del Código Civil: exclusiones de la patria potestad y demás funciones tuitivas.

²³ Artículo 110 del Código Civil: obligación de prestar alimentos de los padres, aunque no tengan la patria potestad.

²⁴ STS, Sala de lo Civil, del 24/04/2015 (RJ202): la obligación de prestar alimentos no tiene efectos retroactivos. : *“Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres (artículo 154 CC) -velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes- y el propio hecho de la filiación (artículo 111 CC), 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*

la obligación de alimentos a su “supuesta” hija, pero tras una crisis matrimonial se divorciaron y ante la duda de saber si era el padre se sometió a la prueba de paternidad, la cual, concluyó de manera negativa, por tanto, este cliente reclamaba las cantidades pagadas por la inexistencia de filiación con la niña. La conclusión que se puede extraer de la misma es que la obligación de prestar alimentos no presenta efectos retroactivos. Los efectos de la filiación se extienden además a otros ordenamientos²⁵ como al orden penal, en el que la filiación puede alterar el castigo de un delito, ya sea suavizando la pena o endureciéndola y también se extiende al orden administrativo, ya que la filiación puede afectar a la nacionalidad de los hijos en función de la legislación aplicable.

6. ACCIONES DE FILIACION

6.1 LEGITIMADOS PARA RECLAMAR LA DECLARACION DE LA FILIACION NATURAL.

En relación a la acción de reclamación de filiación no matrimonial, disponía el artículo 133 del CC que cuando falte la respectiva posesión de estado, ésta corresponde al hijo durante toda su vida. Sin embargo este párrafo ha sido declarado inconstitucional por las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 273/2005, de 27 octubre (BOE de 29 de noviembre) y la nº 52/2006, de 16 febrero (BOE de 16 de marzo), en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado.

6.2. CLASES DE ACCIONES DE LA FILIACION.

Las acciones de filiación tienen por objeto la determinación legal o la impugnación de una legalmente determinada y en función de su objeto, se pueden clasificar: acciones de

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."

²⁵ Efectos de la filiación: <https://www.sanchezbermejo.com/efectos-de-la-filiacion/>

reclamación o impugnación²⁶. Así lo dispone el artículo 764.1 de la LEC: “Podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil.”

El principio constitucional primordial para la regulación de las acciones es: la libre investigación de la paternidad biológica (Art.39.2 CE).

6.2.1. Acción de reclamación de la filiación (Arts. 131 a 134 CC y Arts. 764 a 768 LEC).

La acción de reclamación de filiación es aquella relativa al estado civil de la persona y que se interpone para obtener un pronunciamiento judicial respecto a una filiación no determinada o distinta a la determinada en el Registro Civil.

La legitimación activa²⁷, para poder ejercitarla tiene en cuenta dos criterios: la existencia o no de posesión de estado²⁸ y el de carácter matrimonial o no de la acción reclamada.

- La legitimación activa, si la filiación se basa en la posesión de estado y no es contraria a otra determinada legalmente, cualquier persona con interés legítimo podrá ejercitar esta acción imprescriptible (art. 131.1 CC). Destaca la citada STS 267/2018, 9 de Mayo de 2018 que Art.131 CC extiende la legitimación para reclamar una filiación manifestada por constante posesión de estado a cualquier persona con interés legítimos a acción, como tiene declarado el TS en sentencia de 9 de julio de 2002 es imprescriptible, pues no tendría sentido que lo fuera la acción de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial cuando no hay

²⁶ Artículo 8 de la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas: “1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.* 2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*”.

²⁷ QUESADA GONZÁLEZ, M.a., La determinación judicial de la filiación, Bosch, Barcelona, 2012, p.223 y ss.

²⁸ Posesión de estado : “*La posesión de estado es un conjunto de circunstancias de hecho que poseen valor de derecho en relación con el estado civil de las personas*”

<http://www.monografias.com/trabajos87/posesion-estado/posesion-estado.shtml#ixzz5E3qOKx4v>

posesión de estado (Art 132 y 133 CC) y fuera prescriptible si lo hay. Por tanto, mientras haya interés legítimo, habrá acción, sin someterse a plazo de prescripción.

- La legitimación pasiva la tendrán las personas a las que tengan atribuido la condición de progenitores y de hijo, siempre que no hubieran sido éstos los que hubieran puesto la acción (Art. 766 LEC)

Hay que diferenciar entre las cuatro clases de acciones de reclamación²⁹

- Reclamación de la filiación manifestada por la posesión de estado. En este caso si la filiación, ya sea matrimonial o no matrimonial, se basa en la posesión de estado y no es contraria a otra determinada legalmente, cualquier persona con interés legítimo podrá ejercitar esta acción imprescriptible (Art 131.1 CC)
- Reclamación de la filiación matrimonial sin posesión de estado. Están legitimados según el art 132 CC: “A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo. Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.”. Por tanto, quiere decir, que corresponderá al hijo y al progenitor del mismo.
- Filiación no matrimonial sin posesión de estado. Este supuesto se encuentra regulado en el Art. 133 CC conforme al cual se otorga legitimación al hijo durante su vida y también a sus herederos bajo determinadas condiciones (siempre que el hijo fallezca antes de que transcurran 4 años desde que alcanzó la plena capacidad o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda).
- Reclamación de la filiación que contradice a otra legalmente determinada. El ejercicio de la acción de reclamación por el hijo o por el progenitor permitirá la impugnación de otra filiación contradictoria (art. 134CC y art 131.1 CC)

²⁹ ÁLVAREZ et al., *Manual de derecho civil. Derecho de familia*. Bercal, Madrid, 2015, p.232 y ss.

En relación con la reclamación de una filiación no matrimonial paterna el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de febrero de 2018³⁰ ha señalado que “la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no constase beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor. Precisamente por no constar ese beneficio, siempre bajo el interés superior del menor, es por lo que procede la estimación del recurso.”. Este es un caso de una menor que lleva solo el apellido de la madre y así lo disponía en el RC, pero el “supuesto padre” se practica toda clase de pruebas y resulta ser el padre de esa niña, por lo tanto, solicita que lleve su apellido en primer lugar. Concluye la misma en que por interés del menor llevará primero el apellido de su madre y luego el primer apellido del padre.

6.2.2. Acción de impugnación de la filiación. (Arts. 136 a 141 CC y arts. 764 a 768 LEC).

La acción de impugnación de la filiación es aquella que pretende interponerse bien porque la filiación no coincide con la biológica o porque el título mediante el cual se otorgó es nulo. Hay diferentes tipos de impugnación que veremos a continuación:

- Impugnación de la paternidad matrimonial por el marido (Art. 136 CC)³¹: Aquí el marido es la primera persona legitimada para poder interponer este tipo de acción cuando este prevea que su paternidad matrimonial no coincide con la biológica.

³⁰ STS, Sala de lo Civil, de 20-02-2018 (RJ93).

³¹ art.136 CC: “1. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.3. Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo”

En este punto, podemos destacar una sentencia que planteó una cuestión de inconstitucionalidad para el plazo de la impugnación de la filiación sobre dicho artículo y es la STC, de 26-05-2005 (RJ138)³²

- Impugnación de la paternidad matrimonial por el hijo. El hijo matrimonial tendrá legitimación para poder interponer una acción de impugnación de la paternidad, estará limitada al plazo de un año y para su computo, habrá que atender al Art. 137 del CC³³.
- Impugnación de la maternidad (Art. 139 CC). La persona que aparece como madre de otro podrá interponer esta acción de impugnación, justificando la suposición del parte o no ser cierta la identidad del hijo.
- Impugnación de la filiación no matrimonial. Si en la filiación no matrimonial falta la posesión de estado, interpondrán la acción la persona que quede perjudicada en cualquier momento (art. 140 párrafo 1o y 2o del CC). En cambio, si la filiación no matrimonial conlleva posesión de estado, la acción por el perjudicado que puede poner esta limitada en el tiempo (art. 140.2)³⁴



³² STC, de 26-05-2005 (RJ138): “Tal opción legislativa no resulta tampoco contraria al art. 24 CE y a la tutela judicial efectiva por cuanto es evidente que el precepto no supone una restricción absoluta al acceso a la justicia y, por el contrario, en aras de la protección preferente, permite hacer efectiva la impugnación de paternidad en un plazo razonable y que considero proporcionado de acuerdo con la finalidad perseguida por la norma constitucional.”.

³³ El Artículo 137 del Código Civil: “1. La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos. El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.2. Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la recuperación de la capacidad suficiente a tales efectos, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.3. Cuando el hijo falleciere antes de transcurrir los plazos establecidos en los párrafos anteriores, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.4. Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.”

³⁴ El artículo 140.2 del Código Civil: “Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.”

- Impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento (Art. 141 CC)³⁵. Aquí, debe impugnarse la acción siempre que hubiese conllevado error, violencia o intimidación (vicios del consentimiento) y la interpondrá la persona perjudicada.

6.3. Cuestiones acerca de la prueba biológica

La prueba del análisis del ADN (ácido desoxirribonucleico), es actualmente la prueba biológica más habitual y que garantiza mayor seguridad y certeza que cualquier otra. Esta prueba tiene su nacimiento en la unión de dos células (una proveniente de la madre y otra del padre) y, en consecuencia, se forma una única célula que contendrá toda la información genética de sus progenitores.

Con anterioridad, para averiguar la filiación se solía utilizar la prueba hematológica o de grupos sanguíneos, el fundamento es el mismo que para la prueba del ADN, pero esta última, permite obtener las pruebas no solo a través de la sangre sino también de: restos óseos, saliva, cabellos y esto ha permitido que se pueda buscar la paternidad de una persona a través de otra persona que se encuentra ya fallecida.

Hoy en día, con este tipo de prueba se consigue una probabilidad de exclusión de la paternidad cuyo porcentaje ostenta el 99.9%, esto quiere decir, que, de 1000 supuestos padres, se excluyen 999 y solo uno de ellos puede resultar ser el padre (probabilidad de exclusión a priori de la paternidad).

El análisis del ADN debe realizarse para obtener la certeza de la verdad biológica cuando sea necesario para que el tribunal pueda decidir correctamente sobre la reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad.

Que las pruebas biológicas no son contrarias a la Constitución ha sido establecido por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que se destacan las de 14 de octubre de 1.985, 14 de junio de 1.988 y 30 de noviembre de 1.989, que postula: "hay que tomar en consideración el preponderante interés concedido a la filiación y con él a los legítimos

³⁵ El artículo 141 del Código Civil: "La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año".

y superiores de toda sociedad de estado cultural avanzado en que se potencian los intereses familiares y sociales frente a los estrictamente individuales, representados por la protección que se dispensa a la intimidad y a la integridad, consagrados en los arts. 15 y 17 de la Constitución". La constitucionalidad de estas pruebas biológicas también ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en los autos num. 103/1.990, de 9 de marzo, num. 221/1.990 de 31 de mayo, y la recientísima sentencia de 17 de enero último.

El Tribunal Supremo ha reconocido la alta fiabilidad de las pruebas biológicas en múltiples sentencias, así en la de 27 de julio de 1.987 se refiere "la llamada heredobiológica o antropomórfica, de fiabilidad creciente, pero aún relativa, y la de análisis de grupos sanguíneos, de fiabilidad absoluta para descartar la paternidad y casi completa para acreditarla". En igual sentido la de 14 de julio de 1.988 "...y se condenaría al inocente al privarle de todo medio de prueba, más aún si se tiene en cuenta la fiabilidad absoluta, hoy por hoy, en cuanto a la exactitud de la prueba biológica negativa y al elevadísimo porcentaje de fiabilidad en cuanto a aquellas otras que determinan la posibilidad de la paternidad en el caso concreto".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1.994, en el fundamento jurídico segundo también reconoce la elevada fiabilidad de las pruebas biológicas al decir "la ciencia biológica y la Jurisprudencia muestran que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99%".

La mayor parte de la doctrina incluye dentro del concepto de la paternidad a la maternidad, por eso según ICIAR CORDERO CUTILLAS: "aunque en base al principio *mater semper certa est*³⁶ se suele investigar la paternidad, la maternidad también deberá hacerse cuando nos encontremos ante un falso parto o falta de certeza de la identidad del hijo"³⁷.

³⁶ *Mater semper certa est* (la madre es siempre conocida).

³⁷ ROMERO COLOMA, A. M., *Identidad genética frente a la intimidad y pruebas de paternidad*, Bosch Editor, Barcelona, 2009, p. 128.

El análisis del ADN es una prueba pericial (art. 348 LEC) que el tribunal deberá valorar conforme a las reglas de la sana crítica³⁸, el problema viene a la hora de saber si el sometimiento al análisis afecta a algunos derechos y libertades fundamentales en concreto a: la libertad de las personas, derecho a la intimidad, derecho a la integridad física y psíquica. Debemos resolver en este apartado una serie de cuestiones:

¿Vulnera la prueba del ADN derechos fundamentales?

¿Existe un deber de colaboración con la justicia?

¿Qué ocurre en el caso de que una persona no colabore con la justicia?

Resolviendo las cuestiones, podemos decir que la prueba del ADN vulnera o no derechos fundamentales dependiendo del caso. Si estamos hablando de una madre que solicita una prueba de paternidad al supuesto padre biológico y este se niega a someterse, pues podríamos decir que, en este caso, se estaría vulnerando el principio a la tutela judicial efectiva (art.24 CE) de la mujer. Esto ocurre, porque es el otro individuo, el que tiene en su mano el poder para esclarecer el asunto y no lo hace. Por otro lado, también se podría estar vulnerando pues el artículo 39 CE, porque toda persona tiene derecho a conocer su verdadero origen.

El artículo 118 de la CE establece que: “es obligatorio cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos efectos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”. De este precepto podemos afirmar, que si existe una obligación de los ciudadanos de colaborar con la justicia. De este modo, en el ámbito que nos concierne, se puede trasladar esa obligación a la persona que debe someterse a la prueba de ADN y tendrá que hacerlo para no incumplir ese mandato constitucional. En este sentido, esa persona es la única que puede esclarecer la verdadera filiación, de no hacerlo así, se estaría vulnerando el art. 39 de la CE porque no se estaría prestando la total asistencia a los hijos. En cualquier caso, el art. 767.4 de la LEC sostiene que: “la negativa injustificada a la prueba biológica de la paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que

³⁸ Sana crítica: es que los tribunales deben valorar las pruebas practicadas de manera lógica y coherente. Disponible en: <http://juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/articulosinteres/ZUBIRI.pdf> . p. 61

existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios”.

La STC, Sala 2a, de 17-07-1995 (RJ16)³⁹ habla de las fuentes de prueba que se encuentran en poder de una de las partes del litigio, esta tiene la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 C.E.). Esto supone, que dicho individuo es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Se hace así, para que no pueda vulnerarse la tutela judicial efectiva, así como que ambas partes deben tener la misma igualdad de condiciones en el proceso.

El tribunal a la hora de decidir en un proceso referido a la filiación valorará la actitud que tenga la parte que ha de someterse al análisis del ADN, positiva o negativamente.

La nueva LEC, está obsoleta sobre esta cuestión y prácticamente ha quedado como estaba regulada anteriormente, ya que la misma admite la realización de las pruebas biológicas, pero no establece como se debe realizar su práctica. Dispone que las personas que estén demandadas y tengan que someterse a la prueba no será obligatoria, solo se sanciona su negativa injustificada

Una sentencia interesante es la STS, Sala de lo Civil, de 18-07-2017⁴⁰, en este caso la parte actora interpone una demanda para que se reconozca la filiación de su hija que nació fruto de una relación no matrimonial. Aquí el demandado no reconoce que estuvo saliendo con la parte actora, pero ambos reconocen que iban al mismo gimnasio y “se veían” en algunas ocasiones y que la hija por su fecha de nacimiento podría estar concebida en la fecha de dichos encuentros. Para resolver esta duda, la parte actora solicita que se someta a una prueba biológica, puesto que es el único que puede probarlo. La parte demandada se niega a realizarse dicho análisis y el tribunal pese a que no hay unos indicios “relevantes” que son necesarios para declarar la paternidad, falla alegando que, aunque no sean suficientes, lo importante en este caso es que ambos reconocen que

³⁹ STC, Sala 2a, de 17-07-1995 (RJ16)

⁴⁰ STS, Sala de lo Civil, de 18-07-2017, (RJ 460)

se veían en el gimnasio y que puede que en dichos encuentros haya una probabilidad de que sea el padre y concluye declarándolo padre biológico de la hija de la demandante.

De acuerdo con el TS, la negativa al sometimiento de la prueba biológica no puede ser considerada como una ficta confessio y tiene que tener la condición de un indicio probatorio que unido a otras pruebas en el procedimiento tiene que ser ponderado por el Juzgador y para ello deben examinarse las razones por las que se ha llevado a cabo esa decisión y las pruebas que se han aportado.⁴¹

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

Por lo tanto, el artículo 767.4 de la LEC dice que se permite la atribución de la paternidad o maternidad siempre que existan una serie de indicios que han de ser acreditados por la parte demandante como acreditar con todo tipo de pruebas una coincidencia o relación sentimental y además acreditar mediante una prueba testifical que esa relación entre ambos es algo más que una relación de amistad, laboral, etc. El TS, ante estos indicios expresa: *“» La conclusión a la que debe llegarse es la de que, ofreciendo una especial relevancia como indicio la negativa a la práctica de la prueba biológica, al menos cuando, como ocurre en el presente caso, esta negativa no ha sido acompañada de ninguna razón significativa que la justifique, los demás indicios concurrentes no es exigible que generen una virtualidad probatoria plena por sí mismos, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que solo basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o*

⁴¹ <https://www.mundojuridico.info/negativa-a-la-practica-de-la-prueba-biologica-de-paternidad/>

razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado de las cosas, acreditado por la experiencia, para corroborar el indicio especialmente significativo derivado de la negativa a la práctica de la prueba pericial biológica».

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

La prueba del ADN se debe realizar con la intervención del juez para garantizar la imparcialidad y que la práctica se haga de manera correcta, dando una mayor seguridad y fiabilidad. Es cierto que existe la práctica extrajudicial del ADN, bien por empresas privadas u otros organismos similares y no hay una regulación expresa de ello. Por todo ello, es necesario que se realizara una regulación entorno a dicha materia, debido a que esa práctica extrajudicial se puede realizarse sin el consentimiento de alguna de las partes y podría estar vulnerando algún derecho fundamental⁴².

El TC ha considerado que el deber de colaboración con la justicia es obligatorio⁴³, pero no hace referencia a si cabe coacción o sanción. Una Sentencia 1296/ 1988 del Alto

⁴² QUESADA GONZÁLEZ, M.a., La determinación judicial de la filiación, Bosch, Barcelona, 2012, pp.201-204

⁴³ ROMERO COLOMA, A, M., Identidad genética frente a la intimidad y pruebas de paternidad, Bosch Editor, Barcelona, 2009, p. 165.

Tribunal afirmo: “que el Juez no tiene poderes coactivos bastantes para obligar a la práctica de tales pruebas”. Asimismo, también ha determinado que son los órganos judiciales los que otorgan el valor de la negativa⁴⁴. Por último, podemos concluir que los jueces y tribunales no podrán forzar la realización de la prueba biológica a una persona, al tratarse de una prueba no obligatoria y si se permite la negación a la misma si esta justificada (que sea desproporcionada, que se pueda obtener por otros medios menos lesivos y si afectara a la salud del demandado).

6.4 Acciones en casos de reproducción asistida

Este tipo de filiación deriva del uso de técnicas de medicina genética, que son utilizadas por personas infecundas, para salvar obstáculos orgánicos o funcionales, que impiden tener descendencia, mediante la cópula o coito normal. Los métodos de reproducción asistida están perfectamente determinado en el ámbito de la medicina, no así en el campo de Derecho, en el que ninguna legislación determina cuales son dichas técnicas para tener descendencia fuera del proceso natural.

Por ello, es preciso citar y delimitar en el ámbito de la doctrina médica los cuatro métodos de reproducción asistida⁴⁵:

a) Inseminación artificial y fecundación extrauterina o FIV.

En primer lugar, la inseminación artificial es un método de reproducción asistida que se lleva a cabo dentro del vientre de la mujer, al inocular el semen mediante jeringas, para después depositarlo en el cuello vaginal y buscar así reducir la distancia entre el óvulo y los espermatozoides, de forma que se incrementen las posibilidades de fecundación⁴⁶

En segundo lugar, la fecundación extrauterina o in vitro es el método de reproducción asistida que se realiza fuera del cuerpo de la mujer, al unir el óvulo y el espermatozoide en una placa de laboratorio, en el cual se obtienen embriones ya

⁴⁴ STC, de 14-02-2005, (RTC29).

⁴⁵ Cfr. Zannoni, Eduardo, Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina, Astrea.

⁴⁶ Cfr. Zannoni, Eduardo, Inseminación artificial..., op. Cit., p. 44.

fecundados y se transfieren al útero para que evolucionen hasta conseguir el embarazo⁴⁷

Tanto la inseminación artificial como la fecundación extrauterina pueden a su vez ser de dos formas: Homólogas o heterólogas, dependiendo de las aportaciones genéticas que intervengan en estas técnicas. Serán homólogas cuando en la concepción del descendiente, los aportes genéticos provienen de ambos miembros de la pareja. En cambio, serán heterólogas, cuando en la fecundación del descendiente hayan intervenido uno o dos componentes biológicos extraños a los miembros de la pareja. La determinación de la filiación en los casos de la inseminación artificial y fecundación extrauterina homólogas, no presentan problemas porque los aportes genéticos provienen de ambos miembros de la pareja. Si embargo, no sucede lo mismo en el caso de la inseminación artificial y fecundación extrauterina heterólogas, en los cuales se desecha la exigencia genética, toda vez que el descendiente no fue concebido con los aportes de ambos miembros de la pareja, ya que la concepción como anteriormente hemos mencionado pudo haber sido con el componente genético de alguno de ellos o el de ninguno, y a pesar de esta circunstancia, el descendiente es hijo legal de ambos.⁴⁸

El problema de la determinación de la filiación en el caso del uso de la inseminación artificial o fecundación extrauterina, independientemente de la intervención de componentes genéticos ajenos a la pareja, ha sido resuelto por el CC para el Distrito Federal, en su artículo 293 segundo párrafo⁴⁹. De este modo, no importa si el descendiente es o no descendiente biológico de la pareja o de la mujer que fue sometida a cualquiera de estas técnicas, pues legalmente se configura el parentesco por consanguinidad.

Por último, se recomienda acudir a tu ginecólogo antes de someterse a una técnica de reproducción asistida para que evalúe donde se encuentra el problema de infertilidad, y así poder someterte al procedimiento que mejor se adecúe a tus necesidades.⁵⁰

⁴⁷ Cfr. Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, La Fecundación In Vitro y la Filiación, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 13, 16 y 17.

⁴⁸ Dialnet-[Algunas Reflexiones Acerca De La Inseminación Artificial-5084795.pdf](#)

⁴⁹ Art. 293 del Código Civil para el Distrito Federal, segundo párrafo: "...se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que haya procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora."

⁵⁰ <https://muysaludable.sanitas.es/padres/reproduccion-asistida/diferencias-inseminacion-artificial-fecundacion-in-vitro/>

b) Clonación.

Otro método de reproducción asistida es la clonación, técnica a la cual también se le denomina gemelaridad provocada, al tratarse de un proceso de manipulación genética, por el que se obtienen individuos genéticamente idénticos, a partir de un solo individuo. El procedimiento para llevar a cabo la clonación requiere la existencia de dos células, una sexual y otra no sexual, a las cuales se les debe extraer el núcleo, para después colocar en la célula sexual el núcleo de la no sexual, y obtener así, la célula sexual clonificada, misma que será implantada en un útero para su desarrollo, tal como ocurre en el caso de la fecundación in vitro.

c) Maternidad Gestante o Gestación por sustitución.

La Gestación por sustitución, tal y como la conocemos hoy en día, fue definida por primera vez en el informe WARNOCK como: “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un bebé para otra mujer, con la intención de entregarlo una vez nacido”⁵¹.

Son varias las definiciones que se han presentado acerca de qué es la GpS. Así, por ejemplo, para GÓMEZ SÁNCHEZ “se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste”⁵².

El art. 10.1 LTRHA establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la Gestación por sustitución: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Se trata de una nulidad que se produce ipso iure, por ministerio de la ley, siendo apreciable de oficio. Dicha nulidad también es absoluta erga omnes, de manera que tiene efecto general, que alcanza a todos y es definitiva, por no estar sujeta a plazo de prescripción ni la convalidación ni la confirmación.

⁵¹ WARNOCK, M. A question of Life. The Warnock Report. Human Fertilisation & Embriology. Basil Blackwell United Kingdom, 1985.

⁵² GÓMEZ SANCHEZ, Y. El derecho a la reproducción humana, Madrid, 1994, pág. 136.

La filiación del niño nacido por virtud de este contrato se determinará por el parto con base al axioma romano *mater semper certa est* (art. 10.2 LTRHA).

No obstante, no se trata de una nulidad absoluta, puesto que el convenio puede producir algunos efectos para las partes con base en el art 10.3 LTRHA que dispone que al menos uno de los comitentes puede reclamar la paternidad siempre y cuando hubiera aportado material genético. Así a tenor del citado artículo: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 enero 2014, considera que «la razón de compatibilidad» entre la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida «viene informada, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento..., así como por la debida ponderación, cada vez más primordial, del interés superior del menor». Hace referencia al «carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos», la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo aúna tales consentimientos con la posesión de estado para considerar fundada en ésta la legitimación de la expareja accionante y la prueba de la filiación reclamada. Seguidamente, parece identificar el interés legítimo a que se refiere el art. 131 Cc. con la aspiración de ser madre de la demandante, «claro interés moral o familiar plenamente legitimado (...) cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada».

Y la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con una cuestión similar en Sentencia 277/14 de 23 de diciembre, señalando que “Lejos de reproducir en esta resolución el contenido de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y las técnicas surgidas de la misma como es ésta de la transferencia de gametos, que consiste en extraer los gametos femeninos (óvulos) y los gametos masculinos (espermatozoides), y a las pocas horas transferir los ovocitos junto con los espermatozoides más capacitados para que fecunden dentro del útero, formándose con ello el embrión dentro de la mujer; lo que debe plantearse la Sala, como así se hizo ya

en la instancia, es si existe prueba determinante para la estimación de las pretensiones de la actora. Y de ello no cabe la menor duda, pues así queda constancia con la prueba documental que no fue impugnada por el demandado, el que únicamente se limitó para oponerse a la demanda con afirmar que no existió entre ellos una relación extramatrimonial y que una donación de semen no puede considerarse como la atribución de una paternidad. Pero debemos manifestar que ello es así, pero una cosa es una donación anónima y otra es una donación consentida, como es el caso que nos ocupa. Dice el artículo 5 de la Ley citada: 1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. 2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor. 3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación. 4. El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. 5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en

circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes. Debemos concluir que no estamos ante una donación anónima sino plenamente consentida, por lo que la evidencia es que el hijo es común de ambos y por tanto debe serle reconocida la paternidad reclamada”.

7. CONSECUENCIAS DE LA FALSEDAD DE LA FILIACION DECLARADA. DAÑOS Y PERJUICIOS.

De la institución del matrimonio surgen una serie de deberes que asumen recíprocamente ambos cónyuges y se encuentran regulados en el art. 68 CC, donde destacamos el deber de guardarse fidelidad. La doctrina actual, como nos indica PÉREZ GALLEGO⁵³, salvo excepciones, entiende que los deberes conyugales regulados en el artículo antes mencionado no constituyen una obligación jurídica propiamente, sino que su naturaleza hay que entenderla como unos deberes ético-morales cuyo cumplimiento se encuentra sometido a la conciencia de cada uno de los cónyuges, no siendo posible la exigencia de su cumplimiento forzoso.

Ahora bien, que no estemos ante obligaciones jurídicas “stricto sensu”, no quiere decir que no se originen consecuencias jurídicas, pues en situaciones en las que la infidelidad da lugar a la concepción de un hijo y se le oculta la verdadera paternidad biológica al marido, se pueden originar tanto daños morales como patrimoniales.

De este modo entramos a estudiar los daños morales derivados de la ocultación de la paternidad biológica.

⁵³ PÉREZ GALLEGO, ROBERTO, “Nuevos Daños en el Ámbito del Derecho de Familia: los Daños Morales y Patrimoniales por Ocultación de la Paternidad Biológica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio 2015, pág. 143.

7.1 Daño derivado de la falsa imputación de la paternidad

Debe tenerse en cuenta el impacto que tiene en la vida de una persona una circunstancia como es la paternidad, de la que legalmente derivan principalmente obligaciones y que puede llegar a condicionar decisiones vitales. Además resultan previsibles los graves trastornos que produce en quien creía ser el progenitor de sus hijos tanto el descubrimiento de la verdad biológica, como la posible pérdida de la filiación legal y de la relación paterno-filial.

Las personas responsables civilmente por ocultación de la paternidad o paternity fraud⁵⁴ suelen ser cónyuges que incumplen previamente el deber de fidelidad. Sin embargo, no hay un análisis acerca de la posible indemnización al padre biológico al que le ocultan la paternidad, posiblemente porque no se ha interpuesto demandas en este sentido. En estos casos, no se daría ruptura u obstrucción de la relación paterno-filial, ni siquiera se tendría la posibilidad de comenzar esa relación, porque ha perdido la oportunidad de relacionarse con su hijo.

Por otro lado, surge la duda de que ocurrirá en la ocultación a la paternidad de parejas estables⁵⁵. No existe igualdad entre realidad matrimonial y extramatrimonial, se respeta la voluntad de no casarse⁵⁶. Por ello, no tiene sentido la existencia de indemnizaciones por ruptura de la relación entre convivientes. Solo pueden haber consecuencias jurídicas si así se ha pactado entre los convivientes⁵⁷.

El TC afirma que el régimen matrimonial no es equiparable en parejas estables⁵⁸. El artículo 5.1 de la ley foral 6/2000 sobre parejas de hecho refleja la autonomía de la voluntad que ostentan los convivientes para articular su relación⁵⁹. En el caso de que dañante y dañado sean pareja de hecho, no existe la obligación legal de fidelidad, y sin embargo, el daño derivado de la ocultación es indemnizable independientemente del deber de fidelidad.

⁵⁴ FARNÓS AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución a la paternidad” en Derecho privado y Constitución, num. 25, 2011, pag.10.

⁵⁵ ROMERO COLOMA, A.M. La indemnización entre cónyuges, ex cónyuges..., Cit. Págs. 59-60.

⁵⁶ LIÑAN GARCIA, A. “Diversas consideraciones sobre las uniones de hecho en los ordenamientos jurídicos español y canónico” en Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 35, 2015, Págs. 1-31.

⁵⁷ LOPEZ AZCONA, A. “La ruptura de las parejas de hecho” en Cuadernos de Aranzadi Civil, núm. 12, 2002, págs. 11-66.

⁵⁸ STC, Pleno, núm. 93/2013, 23/04/2013, (RTC 2013/93)

⁵⁹ EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.A. “Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: STC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013” en Aranzadi civil-mercantil, Vol. 2, núm. 5, 2013, págs.. 75-115.

Según Farnós Amorós⁶⁰, la mayoría de las demandas por ocultación a la paternidad son iniciadas por ex maridos, y afirma que deberá ser indemnizable si la ocultación afecta al conviviente de hecho que reconoce al hijo habido durante la unión. Lo difícil de esto es la prueba de que el reconocimiento se hace con desconocimiento de que no es su hijo. En estos casos no opera la presunción de paternidad, pero el hijo puede ser reconocido por uno de los convivientes y si después se descubre que no es su hijo biológico, el daño producido por esta ocultación de la paternidad será indemnizable.

La sentencia 22 julio 1999⁶¹, es la primera que desestima una demanda de responsabilidad civil extracontractual derivada de la ocultación de la paternidad con base en la inexistencia de dolo por parte de la esposa. Hasta el momento, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto en más ocasiones de responsabilidad civil por ocultación de paternidad. Las Audiencias Provinciales sí que se han pronunciado en gran número de sentencias acerca del posible resarcimiento de estos daños. La jurisprudencia no es uniforme en cuanto a los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1902 del CC en los daños por ocultación de paternidad, entre otros motivos, por la ausencia de sentencias del Tribunal Supremo que traten sobre el fondo del asunto en este tipo de supuestos. La obligatoriedad o no de resarcir los daños patrimoniales causados al marido que cumplen las obligaciones paternos-filiales del verdadero padre biológico es otra de las cuestiones controvertidas⁶².

a) Daño por ocultación de la paternidad

En la mayoría de supuestos, existe un daño moral. Por supuesto, un suceso dañoso puede provocar además un daño patrimonial y es normal que así suceda⁶³. El daño patrimonial es el que se causa como consecuencia de la aportación dineraria en atención al cumplimiento de las obligaciones paternos filiales⁶⁴. No se discute sobre la posibilidad de indemnizar el daño moral⁶⁵.

⁶⁰ FARNÓN AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit., págs. 27-28.

⁶¹ STS, Sala de lo Civil, núm. 701/1999, 30/07/1999, RJ 1999/5726; STS, Sala de lo Civil, núm. (687/1999), 22/07/1999, (RJ 1999/5721).

⁶² ALVAREZ OLALLA, P. Ob. Cit. Pág. 2: “Mientras dos resoluciones del Tribunal Supremo de 1999 denegaron la procedencia de indemnización, varias resoluciones dictadas por Audiencias Provinciales han dado luz verde a Tales reclamaciones”.

⁶³ GOMEZ POMAR, F. Ob. cit., pág. 3

⁶⁴ MURILLAS ESCUDERO, J.M. Ob. Cit. Págs.. 114.

⁶⁵ BELHADJ BEN GOMEZ, C. “Ocultación de paternidad y daños morales” en Revista Aranzadi Doctrinal,

Es muy representativa la STS, Sala de lo Civil, núm. 1163/2003, 9/12/2003, (RJ 2003\8643): “Nuestro Código civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de “todos” (...). Si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, (...) han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro”.

Se distingue además entre daños permanentes y daños continuados. Esta diferenciación es muy relevante en la prescripción de la acción porque afecta al dies a quo de la acción de responsabilidad civil. La STS, Sala de lo Civil, Sección 1a, núm. 512/2009, 30/6/2009, (RJ 2009\5490) desestima la prescripción de la acción por entender que en la obstrucción de la relación paterno-filial (supuesto diferente a la ocultación de la paternidad) existen daños continuados, que no son consumados hasta que cesa la patria potestad.

En cambio, en la STS, Sala de lo Civil, Sección 1a, núm. 445/2010, 14/07/2010, (RJ 2010\5152), en un supuesto de ocultación de paternidad, el TS no entra a conocer del fondo del asunto, afirma que los daños son permanentes y estima que la acción ha prescrito. El dies a quo queda fijado en la fecha de la sentencia que declara la inexistencia de la relación paterno-filial. Por tanto, el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad no puede ser considerado como un daño continuado.

En lo relativo a la prueba del daño moral, en la SAP Valencia, Sección 7a, núm. 597/2004, 2/11/2004, AC 2004\1994, el daño moral existe y deriva de la ocultación de la paternidad. El demandante acredita en este caso lesiones psicológicas, entre otras, un trastorno depresivo ansioso. La carga de la prueba de este daño psíquico o físico recae sobre el demandante⁶⁶. En la SAP Barcelona, Sección 18a, núm. 27/2007, 16/01/2007, el daño

⁶⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio...” cit. Pág. 7.

queda probado con “el contenido de los documentos médicos aportados que acreditan el seguimiento de un tratamiento psiquiátrico por dicho motivo.”

La SAP Valencia, Sección 10a, núm. 241/2012, 28/03/2012, (AC 2012\910) establece qué conceptos entran dentro del daño moral. Uno de ellos es “la ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia.” Este es el concepto que encaja en los supuestos de daños por ocultación de la paternidad.

Según BELHADJ BEN GÓMEZ⁶⁷, el daño es un requisito que se tiene que probar por parte del demandante de forma indubitada. La víctima es la que debe acreditar el daño moral⁶⁸ (dolor, zozobra, ruptura de lazos afectivos, etc.). Sin embargo, la SAP Madrid, Sección 9a, núm. 222/2014, 9/05/2014, (AC 2014\1397.), en su F.J. 4o afirma que “hechos como los descritos en la demanda implican de por sí un padecimiento moral para quien los sufre”, (...) “de modo que la actuación de la demandada al engañar a su marido consciente y premeditadamente sobre la paternidad de la hija que tuvo en mayo de 2011 ha causado al que era su marido daños morales (...)”. De esta forma, se facilita la prueba del daño moral.

En cuanto a la valoración del daño moral, la SAP Barcelona, Sección 18a, núm. 27/2007, 16/01/2007, considera que el marido sufre un daño moral claro y lo equipara al daño sufrido por la muerte de un hijo⁶⁹. Esta equiparación puede derivar de la dificultad que existe para la valoración de los daños morales, y parte de un concepto de filiación biológica. Otro criterio que utiliza para su cuantificación es el tiempo transcurrido desde el nacimiento del menor hasta el conocimiento de la verdad biológica. Sin embargo, la entidad del daño sufrido varía en función de las circunstancias de cada caso.

⁶⁷ BELHADJ BEN GÓMEZ, C. Ob. cit. pág. 102.

⁶⁸ FARNÓS AMORÓS, E. “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad”, en InDret, núm. 4, 2007, págs. 1-21.

⁶⁹ FARNÓS AMORÓS, E.: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” cit., pág. 41.

Se tienen en cuenta distintos parámetros como el número de hijos que han resultado ser extramatrimoniales, la duración del engaño en la paternidad y la ruptura o no de la relación paterno-filial⁷⁰. Estos parámetros encajan con los establecidos en los PETL para la valoración de daños no patrimoniales. El art. 10:301 establece que “se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño.”

En la SAP Cantabria, Sección 2a, núm. 71/2015, 3/03/2016, La AP desestima el recurso de apelación, afirmando que la cantidad de 30.000 euros por daños morales derivados de ocultación de paternidad de hija que estableció el juzgado de 1a instancia era adecuada, sin concretar ningún criterio de valoración⁷¹. Esta ausencia de criterios es muy común en las sentencias que estiman daños morales. La valoración debe ser motivada, explicando las razones por las que el juez ha llegado a la conclusión de que se debe de pagar una cantidad determinada.

MURILLAS ESCUDERO⁷² expone unos criterios objetivos para su valoración: la gravedad de las secuelas físicas o psíquicas del demandante causadas por el descubrimiento de que no era el padre; el número de hijos extramatrimoniales, su edad, el tiempo que haya durado la convivencia con ellos, y valorar la posibilidad o no de mantenimiento de la relación afectiva con el que supuestamente era su hijo.

Sobre la valoración del mantenimiento o no de la relación afectiva, cabe interpretar que el sufrimiento tras saber fehacientemente que no se es padre, quizás no conlleve la ruptura

⁷⁰ SAP Barcelona, Sección 18a, núm. 27/2007, 16/01/2007, JUR 2007\323682. : “En el caso de autos se evidencia, sin género de duda, el daño moral causado al demandante (...) pues durante más de cuatro años, (...) ha vivido con el convencimiento de que Ana era su hija, habiéndose creado los naturales y lógicos vínculos de afectividad entre ambos, y planteado un proyecto de vida familiar que incluía como es natural a la niña, (...) que se han visto mutilados como consecuencia de la verdad biológica impuesta, causando una pérdida de afectos y un vacío emocional que puede considerarse equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido (...). El padecimiento emocional y las consecuencias psicológicas que se derivan del mismo, han quedado cumplidamente acreditadas con el contenido de los documentos médicos aportados que acreditan el seguimiento de un tratamiento psiquiátrico por dicho motivo.”

⁷¹ MARÍN GARCÍA, I. “Sentencia de 30 de junio de 2009” en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 84, 2010, pág. 1379.

⁷² MURILLAS ESCUDERO, J.M. Ob. cit., pág. 124.

de la relación paterno-filial⁷³. En este sentido, LÓPEZ DE LA CRUZ⁷⁴ afirma que “quizá lo que habría que plantearse es la constitución de un nuevo vínculo jurídico lo que supondría no tener necesariamente que perder el contacto y mantener el derecho a relacionarse con ellos.”

b) Imputación objetiva.

El nexo causal no es un requisito que suscite problemas en los casos de responsabilidad civil derivada de la ocultación de la paternidad. En la SAP Barcelona, Sección 18a, núm. 27/2007, 16/01/2007, (JUR 2007\323682), se argumenta que “no resulta cuestionable la concurrencia del nexo causal entre la conducta negligente de la madre que no hizo en su día las comprobaciones pertinentes en cuanto a la paternidad y el resultado producido cual es la extinción de la relación paterno-filial.”

Otro supuesto que demuestra la facilidad probatoria del nexo causal es la SAP Cádiz, Sección 8a, núm. 88/2014, 16/05/2014, (JUR 2014\203955.) “Ya se ha contestado con anterioridad respecto al nexo causal el daño moral y/o psicológico existe, nos parece que es algo que está fuera de toda duda, de alguna manera es consustancial a situaciones como la descrita en la generalidad de los casos; de hecho es así contemplado por todas las audiencias que se han pronunciado al respecto.”

En este supuesto, el nexo causal se prueba mediante informe pericial de un psicólogo que diagnostica que el demandante presenta una “síntomatología leve depresiva con síntomas de carácter hostil”, y afirma que la ocultación de la paternidad le ha podido generar “sentimientos de humillación que le han desestabilizado y que se encuentre en un estado en el que no reacciona ni afronta de forma flexible sus nuevas circunstancias”.

En la SAP Cantabria, Sección 2a, núm. 71/2015, 3/03/2016, la ocultación así como el nexo causal quedan acreditados. La demandada duda de la paternidad verdadera desde la

⁷³ FARNÓS AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit., pág. 42: “De existir estos lazos y pretender el actor consolidarlos (...) podría solicitar con éxito un régimen de relaciones personales en los términos del art. 160.2. o CC, pues su posición encajaría con facilidad en lo que el precepto califica de otros parientes o allegados

⁷⁴ LÓPEZ DE LA CRUZ, L. Ob. cit., págs. 29-30.

gestación, da testimonio de ello en la declaración testifical, corroborado por el testimonio de su propia hija, a la que sí le comunicó sus dudas. El informe pericial del psiquiatra establece que el demandante padece un trastorno ansioso depresivo desde la ruptura matrimonial, que se agravó desde el conocimiento de que no era el padre biológico de hasta la que entonces era su hija. Sobre el requisito de la imputación objetiva tampoco se plantean problemas, puesto que la causa (ocultación de paternidad) es adecuada para producir un resultado lesivo.

c) Imputación subjetiva.

El requisito que analiza la conducta del causante del daño es uno de los más discutidos en los daños derivados de la ocultación de la paternidad. Es previsible que el descubrimiento de que se tiene por hijo biológico a quien no lo es, genere un daño, que se podía haber evitado notificando al cónyuge las dudas en cuanto a su paternidad. En el presente trabajo se realiza un análisis de las dos tendencias jurisprudenciales diferenciadas respecto a la imputación subjetiva. Algunas Audiencias Provinciales, siguiendo la STS de 22/07/1999, entienden que es necesaria una conducta dolosa⁷⁵, mientras que otras abogan por la aplicación general del requisito de imputación subjetiva de culpa.

El TS afirmó en esta sentencia que “Una reparación por el daño causado, (...) puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos (...) debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora.” La STS se ha tomado como base por parte de las Audiencias Provinciales para, con una interpretación *sensu contrario*, estimar casos de ocultaciones de paternidad dolosas.

En la SAP Valencia, Sección 7a, núm. 597/2004, 2/11/2004, AC 2004\1994, se entiende que la concepción del hijo no puede ser un caso fortuito, por ser previsible y evitable la producción del daño, al concebir 3 hijos en 4 años. DE VERDA Y BEAMONTE⁷⁶ afirma que esta sentencia es de gran importancia por ser pionera en la estimación de

⁷⁵ PÉREZ MAYOR, A. Ob. cit., pág. 1.

⁷⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de...” Cit., pág. 152.

responsabilidad civil entre cónyuges, pero discrepa en la exigencia en el criterio de imputación subjetiva basado en el dolo.

Lo que se valora es la actuación de la demandada respecto a los actos realizados en cuanto a la paternidad, y no la infidelidad⁷⁷. En este sentido, la SAP Valencia, Sección 7a, núm. 597/2004, 2/11/2004, (AC 2004\1994), interpreta que sólo serán indemnizables los daños derivados de la ocultación de la paternidad si existe dolo⁷⁸ de la demandada. La Sala concluye y resuelve finalmente que los demandados (ambos progenitores) actuaron de forma dolosa⁷⁹ en su ocultación al demandante. Según RODRÍGUEZ GUITIÁN⁸⁰, se debe requerir que dicha lesión sea causada con dolo o culpa grave, en aras de conciliar los principios directrices del Derecho de Familia y el Derecho de Daños, así, por ejemplo, en aras de respetar la paz familiar.

La SAP Cantabria, Sección 2a, núm. 71/2015, 3/03/2016, alega que “la mayoría de resoluciones dictadas (...) siguen exigiendo la presencia de dolo o culpa grave asociado al hecho de ocultar la verdadera paternidad.” La SAP Cantabria también restringe el criterio de imputación al dolo y reitera que “el dolo también se forma por la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe”. Sobre la diligencia exigible, explica que le comunica la información a su hija y omite la información al padre e interpreta que una conducta apropiada le obliga a

⁷⁷ SAP Valencia, Sección 7a, núm. 597/2004, 2/11/2004, AC 2004\1994: Por este motivo, la apreciación de dolo (...) es decisiva, dejando de lado cualquier alusión a una concepción negligente de los hijos, que en ningún caso puede constituir un fundamento indemnizatorio. Así, imaginemos que (...) Adela hubiese decidido confesar la verdad a su marido (...). En este caso, Carlos no hubiera tenido derecho a obtener una indemnización por daños morales.

⁷⁸ SAP León, Sección 2a, núm. 1/2007, 2/01/2007, (JUR 2007\59972). La SAP afirma que lo determinante para que surja el derecho a una indemnización es el dolo a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor.

⁷⁹ SAP Coruña, Sección 3a, núm. 424/2010, 8/11/2010, (AC 2010\2303). La AP no estima la demanda por entender que la conducta dolosa no se ha probado, y que no es exigible a la madre la realización de pruebas de paternidad aunque existan dudas en cuanto a la paternidad.

⁸⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio...” Ob. cit., Pág. 7.

resolver sus dudas en la paternidad del hijo antes de que se le atribuya la paternidad al cónyuge por el juego de la presunción de paternidad matrimonial.

Otras sentencias no exigen necesariamente dolo para indemnizar los daños derivados de la ocultación de la paternidad. En este sentido, la SAP Barcelona, Sección 18a, núm. 27/2007, 16/01/2007, (JUR 2007\323682), que es la primera sentencia que se aparta de la restricción del criterio de imputación subjetiva, interpreta que la culpa o negligencia a que se refiere el art. 1902 constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa, bastando que la conducta sea culposa o negligente⁸¹. En la misma línea, SAP Cádiz, Sección 2a, núm.125/2008, 3/04/2008, JUR 2008\234675.

La citada SAP Barcelona de 16 de Enero de 2007⁸², explica que el TS exige una conducta dolosa para aplicar el artículo 1902 del CC. Sin embargo, la sentencia tiene en cuenta el cambio del contexto social, dando relevancia a los avances de la ciencia en materia de prueba biológica, y la accesibilidad que existe hoy en día para la realización de pruebas biológicas que determinan con certeza la paternidad de una persona para terminar concluyendo que “la demandada debió adoptar las medidas necesarias para resolver las dudas acerca de la paternidad.” Se califica esa omisión de medidas⁸³ como conducta negligente y se estima la indemnización de responsabilidad civil extracontractual.

Algunas sentencias⁸⁴ condenan al demandado a indemnizar el daño no sólo cuando se da un engaño, también cuando se guarda silencio en cuanto a la verdadera paternidad (omisión negligente). Según ÁLVAREZ OLALLA⁸⁵, la atribución de la paternidad al

⁸¹ ALGARRA PRATS, E. Ob. cit., pág. 34.

⁸² Sin embargo, la SAP Granada, Sección 5a, núm. 1253/2014, 13/06/2014, (AC 2014\1628), en su F.J.4o establece que “la simple duda de la paternidad por parte de la esposa, no es determinante en todo caso, de responsabilidad (...)” y que es necesario “valorar si la esposa debió sopesar la conveniencia de comunicar la realidad de sus relaciones”.

⁸³ FARNÓS AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit., pág. 18.: “La omisión de las medidas para determinar la paternidad biológica es especialmente reprochable si tenemos en cuenta la facilidad cada vez L en el acceso a las pruebas de ADN.

⁸⁴ SAP Valencia, Sección 7a, núm. 466/2007, 5/09/2007, (JUR 2007\340366).

⁸⁵ ÁLVAREZ OLALLA, P. Ob. cit., pág. 3.

cónyuge cuando el padre biológico es un tercero es un abuso de su confianza, y nadie tiene el derecho de beneficiarse de la relación de pareja para atribuir responsabilidades a quien no le compete. Si la conducta es dolosa o meramente culposa (incluyendo en este concepto las negligencias), genera la obligación de indemnizar.

El TS aplica el requisito general de imputación subjetiva de la responsabilidad civil en la STS, Sala de lo Civil, Sección 1a, núm. 512/2009, 30/6/2009, (RJ 2009\5490), en un supuesto de daños ocasionados entre ex cónyuges, por impedir la relación paterno-filial al padre biológico del hijo que ostentaba la guarda y custodia del menor. Como se puede apreciar, son supuestos diferenciados a los que no se aplica el mismo criterio de imputación subjetiva⁸⁶.

Resulta de gran interés la SAP Cádiz, Sección 8a, núm. 88/2014, 16/05/2014, (JUR 2014\203955)⁸⁷. La AP se desmarca de la aplicación de la doctrina del TS en este ámbito: “Anticipemos ya que nuestra posición será contraria a la del alto Tribunal, que por lo demás es discutible que haya sentado jurisprudencia al tratarse de resoluciones con fundamento al menos parcialmente diverso. (...) Los cambios normativos fuerzan necesariamente una adaptación de la doctrina a la situación normativa actual.”

La AP de Cádiz afirma que no es necesaria la exigencia de dolo en la conducta de la demandada. La AP interpreta que “no es necesaria la concurrencia de una conducta adicional al mero mantenimiento de relaciones simultáneas con ambos hipotéticos progenitores (...) si al resultar embarazada sigue ocultando al marido su infidelidad.” Se presume que la demandada sabe o puede saber que existe más de una paternidad posible y debe hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica.

En cuanto la carga de la prueba de la culpa, corresponde al demandado. Se ha dado una inversión de la carga de la prueba de la culpa, que ha pasado a ser la regla general, puesto

⁸⁶ MARÍN GARCÍA, I. Ob. cit., pág. 1375: “La ruptura de la convivencia en común de los progenitores comporta la formación de dos núcleos familiares separados y, por tanto, el criterio de imputación subjetiva vuelve a ser la culpa o negligencia, puesto que en el momento de producción del daño no media entre víctima y dañante relación de parentesco o afectividad alguna.”

⁸⁷ Esta sentencia confirma los razonamientos de la SAP Cádiz, Sección 2a, núm.125/2008, 3/04/2008, (JUR 2008\234675).

que antes debía ser acreditada por el demandante. En la actualidad, el demandado ha de acreditar que ha sido diligente⁸⁸.

7.2 Daño derivado de la ausencia de filiación

DÍEZ-PICAZO define la patria potestad como “el conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores sobre sus hijos menores o en situación de capacidad de obrar limitada por sentencia”⁸⁹.

Del artículo 154 CC se desprenden dos principios “velar por ellos” y “tenerlos en su compañía”⁹⁰. Ambos principios se identifican con la guarda y custodia de los hijos por lo que se podría identificar como “aquellas funciones de la patria potestad que requieran de la convivencia con el hijo”⁹¹.

Abarca además de la convivencia con el hijo y la relación personal, el conjunto de situaciones, necesidades y actuaciones que se desenvuelven en el día a día cotidiano de los menores, que comporta, para los padres el procurar las atenciones y cuidados precisos, tanto materiales como jurídicos, la alimentación, la educación y formación, la prevención de peligros y la vigilancia de sus intereses⁹².

Por lo tanto, la patria potestad se refiere a la representación general de los hijos, mientras que la guarda y custodia se centra en la convivencia habitual o diaria con ellas.⁹³ Por eso

⁸⁸ BELHADJ BEN GÓMEZ, C. Ob. cit., pág. 102.

⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A; Sistema de Derecho Civil, tomo I, (2012), página 271.

⁹⁰ Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, artículo 154 “...1o Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral...”

⁹¹ PINTO ANDRADE, C. “La custodia compartida, 2009, página 36.

⁹² GETE-ALONSO Y GALERA, MARIA DEL CARMEN Y SOLÉ RESINA, JUDITH. “Custodia compartida, derecho de los hijos y de los padres”, (2015), página 456.

⁹³ www.ilisastiguiaabogados.com, “Lo que necesitas saber sobre la guarda y custodia” - 18/04/2017.

cuando se produce una ruptura matrimonial, lo normal es que ambos cónyuges mantengan la patria potestad, cosa que no tiene porque ocurrir con la guarda y custodia.

Como he dicho anteriormente, la regla general es que el ejercicio de la patria potestad sea conjunto, sin embargo hay excepciones que se dan en supuestos en que existe un desacuerdo entre los cónyuges sobre el ejercicio de la patria potestad. Nuestro código civil prevé soluciones:

- En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio, y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.
- Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá adoptar, por un periodo no superior a dos años: A) Atribuir la total a uno de los padres. B) Atribuir la parcialmente a uno de los progenitores. C) Distribuir entre ellos sus funciones.

La patria potestad se deberá ejercer siempre y en todo caso en beneficio de los hijos; siguiendo el principio latino de favor *filii*⁹⁴, también conocido como principio de interés superior del menor, según el cual siempre deberá de primar el interés de éste⁹⁵. Así lo expresa también nuestra Constitución en su artículo 39 (3o apartado): “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”.

De igual forma, corrobora esto la Sentencia de 24 de abril de 2000, afirmando que:

*“La patria potestad es una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden [...]”*⁹⁶

⁹⁴ Urbón Llaca, A., “Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos” (disponible en <http://www.zarraluqui.net/articulos/225-distintos-tipos-de-guardia-y-custodia-y-requisitos-jurisprudenciales-del-tribunal-supremo-para-conseguirlos>, última consulta 7/04/2019).

⁹⁵ Ravetllat Ballesté, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 2012, pp. 97

⁹⁶ STS, de la sala primera de lo Civil, de 24 de abril 415/2000 relativa a la privación de la patria potestad.

La sentencia afirma que es una institución jurídica de protección, de educación, de cuidado, y también funciona como medio para suplir todo tipo de incapacidad. Y sobre todo, hace hincapié, en que siempre se defenderá de forma primordial el interés del menor.

7.3 Daño derivado de la paternidad robada

Los casos de “niños robados” son aquellos casos de sustracción de menores y suposición de parto en los que, según las denuncias, una mujer daba a luz a un niño maduro y sano y a los pocos días se le comunicaba que éste había muerto, atribuyendo el fallecimiento a diferentes causas.

Existen también otras realidades que, aun compartiendo elementos comunes con los casos de “niños robados”, no encajan propiamente dentro de esta problemática debiéndose deslindar dichas realidades de los supuestos de “niños robados”. Así, podemos referirnos a situaciones en las que las madres, en situación de vulnerabilidad extrema (mujeres solteras, jóvenes y generalmente primíparas) fueron sometidas a presiones y coacciones para que entregaran en adopción a sus hijos recién nacidos, a madres que entregaron al bebé de forma voluntaria, en algunas ocasiones acuciadas por la necesidad y en otras, para evitar que trascendiese el hecho del embarazo y el alumbramiento y que ahora desearían saber de él; casos reales de nacimientos de fetos muertos o niños que fallecían a las pocas horas de nacer y que, bajo la concepción paternalista de la relación médico-paciente imperante y con el objetivo de evitar sufrimientos a los padres, no se informaba de las circunstancias de su fallecimiento ni se les mostraba el cadáver. Actuaciones de este tipo, indudablemente rechazables, en muchos casos han generado dudas lógicas en las familias acerca de si el bebé sustraído todavía permanece con vida. También, nos referimos a aquellas denuncias que se limitan a expresar una vaga sospecha de la sustracción del menor (en algunos casos provenientes de informaciones proporcionadas por los medios de comunicación por coincidencia de fechas o de lugar de alumbramiento) pero que, no obstante, tras la investigación puede acreditarse el nacimiento y

fallecimiento del menor y descartar la sospecha inicial, y, por último, casos reales de partos prematuros de criaturas abortivas⁹⁷.

Esto permite llegar a la conclusión de que, dada la amplitud de la casuística, no todos los supuestos relacionados con la muerte de bebés en el momento del parto deben ser reconducidos a lo que venimos entendiendo por “niños robados”. Lo que en estos casos no se puede negar es que, en general, los datos aportados por los padres resultan decisivos para determinar el origen biológico de los niños.

sólo un análisis de ADN puede verificar la identidad de alguien que sospecha que las personas que creía que eran sus padres no lo son, aunque ello no sería prueba suficiente para determinar la comisión de un delito de su adopción. Y solo un contraste con el ADN de quien haya perdido un hijo o pariente en situación que le hiciera sospechar su robo, podría dar lugar a descubrir la verdadera filiación⁹⁸.

La obtención de prueba documental que permita demostrar el cambio de identidad y origen biológico de los menores, así como la existencia de posibles adopciones irregulares requiere el cruce de datos entre historias clínicas y libros de Registro de nacimientos, libros de bautismo, defunciones, prohijamientos y adopciones en las instituciones, tanto parroquiales como de titularidad pública, que efectuaron los registros⁹⁹.

Los problemas de acceso a los documentos mencionados han generado graves obstáculos en el proceso de la investigación.

El origen de la punición de la sustracción de menores se encuentra en el CP de 1822, en el que se castigaba el rapto de niños impúberes, y el robo de menores sometidos a la patria potestad o tutela. Posteriormente, el CP de 1944 introdujo un tipo que sancionaba la

⁹⁷ ÁLVAREZ TABOADA, L. “Las denuncias en los casos de los “niños robados”.

⁹⁸ GIL GIL A. “La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la Guerra Civil y el Franquismo: Aspectos Penales: Sobre “El caso de los niños perdidos del Franquismo. Crimen contra la humanidad” de Miguel Ángel Rodríguez Arias, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 1 (2009), pág. 55.

⁹⁹ BARBER BURUSCO S. “Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 194.

sustracción de un menor de siete años, tipificando en el CP de 1973 la conducta en los arts. 484 y 485 CP. Cabe destacar que se castigaba la sustracción de menores de siete años con independencia del grado de su capacidad personal, que sería nula en el supuesto del recién nacido.

El tipo básico del delito de detención ilegal se encuentra tipificado en el art. 163.1 CP y sanciona lo siguiente: “El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años”. En consecuencia, tanto cuando se encierra como cuando se detiene a una persona, el resultado es el mismo: la privación de la libertad deambulatoria, con cuya realización se consuma el delito, aunque dicha consumación pueda prolongarse indefinidamente.

La CIPPDF define en su art. 2 como “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley¹⁰⁰. La CIPPDF considera el delito de desaparición forzada de extrema gravedad y, por ello, insta a los Estados que forman parte de ella a establecer penas asociadas al tipo penal en consonancia con su trascendencia, con la potestad de incorporar como agravante el que la víctima sea menor de edad¹⁰¹.

El art. 25 CIPPDF es la disposición más importante con respecto a la protección de los niños frente a las desapariciones forzadas¹⁰². En dicho precepto se insta a los Estados a

¹⁰⁰ ONU, ASAMBLEA GENERAL, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, A/RES/47/133, 18 de diciembre de 1992.

¹⁰¹ CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 50.

¹⁰² Art. 25 CIPPDF: “1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente: a) La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada; b) La falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el inciso a) supra. 2. Los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para buscar e identificar a los niños mencionados en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo y restituirlos a sus familias de origen conforme a los procedimientos legales y a los acuerdos internacionales aplicables. 3. Los Estados Partes se prestarán asistencia mutua en la búsqueda, identificación y localización de los niños a los que hace referencia el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo. 4. Teniendo en cuenta la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo y su derecho a

adoptar las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente la apropiación de niños sometidos a dichas desapariciones y la falsificación, ocultación o destrucción de documentos que prueben su verdadera identidad; a buscar e identificar a los niños por desaparición forzada y restituirlos a sus familias de origen, prestándose asistencia mutua entre los Estados para la búsqueda, identificación y localización de los menores.

Sin embargo, a pesar de la obligación que la CIPPDF establece para los Estados Partes, sus ordenamientos internos, en general, no reflejan específicamente los casos de sustracción de menores del art. 25. Por ello, la Convención ha creado un Comité de Desapariciones Forzadas estableciendo tres mecanismos de control: la elaboración de informes periódicos por parte de los Estados¹⁰³, la presentación de comunicaciones de personas que aleguen ser víctimas de violaciones de la Convención por un Estado parte y la presentación de comunicaciones de un Estado parte con alegación de que otro Estado parte no cumple con las responsabilidades de la Convención.

España presentó su primer informe a la CIPPDF el 26 de diciembre de 2012¹⁰⁴. Este informe fue cuestionado por diversas asociaciones¹⁰⁵ y contestado por parte del CDF emitiendo una serie de observaciones y recomendaciones al Estado español aclarando la competencia del Comité de acuerdo al art. 35.1 de la Convención¹⁰⁶, ya que España considera que los “niños robados” con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la

preservar y recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares reconocidas por la ley, deberán existir en los Estados Partes que reconocen el sistema de adopción u otra forma de colocación o guarda, procedimientos legales encaminados a revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de esos niños y, si procede, a anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada.5. En toda circunstancia y, en particular, para todo lo que se refiere a este artículo, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial y el niño con capacidad de discernimiento tendrá derecho a expresar libremente su opinión, que será debidamente valorada en función de su edad y madurez”.

¹⁰³ CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 54 y 61-63.

¹⁰⁴ https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CED-C-ESP-1_sp.pdf

¹⁰⁵ https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CED-C-ESP-1_sp.pdf

¹⁰⁶ Art. 35 CIPPDF: 1. La competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. 2. Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado.

Convención, 23 de diciembre de 2010, no son competencia del Comité. Sin embargo, las desapariciones forzadas de personas son un delito continuado y, con independencia de cuando hubieran comenzado y mientras aquéllas no se esclarezcan, la Convención es aplicable a todas ellas. Es decir, que la Convención se aplica a las desapariciones forzadas que comenzaron antes de su entrada en vigor, incluso cuando en dicha fecha las personas ausentes no hubieran aparecido todavía¹⁰⁷.

Los Estados Partes tienen obligación de tipificar la desaparición forzada como delito en su legislación penal¹⁰⁸ y de sancionarlo con penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad¹⁰⁹. El CP español no tipifica la desaparición forzada como delito autónomo. España considera que los tipos penales de “detención ilegal” o “secuestro con desaparición”, tipificados actualmente en los arts. 163 a 167 y 530 CP, serían suficientes para cumplir con la obligación establecida por el art. 4 de la Convención de tipificar la desaparición forzada como delito en la legislación penal¹¹⁰.

El CDF ha recomendado a España aprobar una definición del delito de desaparición forzada como delito aislado que esté en conformidad con la del art. 2 CIPPDF y que evite alteraciones del texto con cambios en el orden de los elementos de la frase o la introducción de nuevas expresiones. También ha reiterado en numerosas ocasiones que no basta con la tipificación de figuras penales relativas a la privación de libertad, la tortura, la intimidación o, el uso excesivo de la violencia para cumplir con el art. 4 CIPPDF, sino que es imprescindible tipificar como delito separado el propio acto de

¹⁰⁷ CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 64.

¹⁰⁸ Art. 4 CIPPDF: “Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal”.

¹⁰⁹ Art. 7 CIPPDF: “1. Los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad. 2. Los Estados Partes podrán establecer: a) Circunstancias atenuantes, en particular para los que, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada; b) Sin perjuicio de otros procedimientos penales, circunstancias agravantes, especialmente en caso de deceso de la persona desaparecida, o para quienes sean culpables de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, menores, personas con discapacidades u otras personas particularmente vulnerables”.

¹¹⁰ https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CED-C-ESP-1_sp.pdf págs. 13-15.

desaparición forzada ya que la existencia de una pluralidad fragmentada de delitos no refleja la complejidad y el carácter particularmente grave de la desaparición forzada.

El CDF indica que la situación actual en España es que tipifica varios delitos que pueden formar parte de un tipo de desaparición forzada, pero ninguno de ellos es suficiente para abarcar todos los elementos constitutivos de esa figura delictiva, y en muchos casos no conllevan sanciones que tengan en cuenta la extrema gravedad de ese delito, por lo que no llegan a garantizar una protección completa.

El art. 5 CIPPDF¹¹¹ establece que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de esa humanidad. Como he mencionado, el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional entiende como delito de lesa humanidad todo ataque masivo y sistemático realizado contra la población civil y por tanto, para calificarlo como tal deben concurrir dos requisitos: la existencia de un ataque sistemático que supone una línea de conducta con el fin de promover una política de un Estado o de una organización y que dicho ataque sea realizado contra la población civil¹¹².

España tipifica como delito la desaparición forzada cuando se produce en el contexto de un ataque generalizado contra la población civil, es decir, como delito de lesa humanidad por desaparición forzada. Por tanto, considero que no cumple con la obligación establecida en el art. 4 CIPPDF, porque tal y como está tipificado el delito no es posible aplicarlo cuando los hechos no son considerados como una trama organizada. Los casos de “niños robados” han sido calificados como hechos aislados. Si España hubiese tipificado el delito de desaparición forzada autónomamente y si consideramos que el Estado autorizó o apoyó estos hechos, podrían haberse calificado como delito de desaparición forzada. En dicho supuesto, como el delito de desaparición forzada es un delito permanente, el plazo de prescripción comenzaría a computarse cuando se elimina la situación ilícita. Por ello, nos encontraríamos con el obstáculo más evidente en estos casos: la prescripción.

¹¹¹ Art. 5 CIPPDF: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”.

¹¹² CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 70-71.

7.4 Cuantificación del daño moral

Siguiendo lo indicado por FARNÓS AMORÓS¹¹³, en un primer momento, nuestros Tribunales se mostraron reacios a otorgar indemnizaciones por los daños derivados de la ocultación de la paternidad, pues se basaban en el principio de inmunidad en el campo de las relaciones familiares y en la exigencia de cánones de responsabilidad cualificados, descartándose de ese modo la indemnización de los daños morales acaecidos en el seno de las relaciones familiares.

La primera sentencia que se pronuncia sobre reclamación de daños morales por ocultación de la verdadera paternidad es STS de 22 de julio de 1999, donde el presente caso surge porque Don Alfonso reclama a Doña Carolina la cantidad de 25 millones de pesetas, por el daño moral recibido por la actitud y comportamiento doloso de la demandada al ocultar la verdadera paternidad de aquel.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a Doña Carolina de las pretensiones deducidas contra ella, del mismo modo que hizo la Audiencia Provincial. Ante esta situación Don Alfonso presentó recurso de casación ocasionando la Sentencia que ahora mismo estudiamos.

El Tribunal argumentó que ha quedado probado y justificado en ambas Sentencias, que la Doña Carolina tuvo conocimiento que la paternidad de su hijo no correspondía realmente a Don Alfonso cuando se realizaron las pruebas de paternidad; y partiendo de esta conclusión, el TS concluye la imposibilidad de calificar como dolosa la actuación de la demandada, pues la misma no tenía conocimiento de la no paternidad.

De este modo, el TS desestima el recurso porque no aprecia un comportamiento doloso en la esposa, pues Doña Carolina no actuó de forma consciente y continuada al ocultar el hecho de la no paternidad de Don Alfonso, ya que con anterioridad a las pruebas de paternidad ella no tenía conocimiento que el padre de su hijo no era el demandante, pues

¹¹³ FARNÓS AMORÓS, ESTHER, “Remedios Jurídicos Ante la Falsa Atribución de la Paternidad”, *Derecho Privado y Constitución*, no 25, enero 2011, pág. 17

podrían existir posibilidades o sospechas de que así fuera, pero no un conocimiento pleno y total de certidumbre, por ende, el TS nos argumenta que para poder aplicar el art. 1.902 CC como consecuencia a una reparación por el daño causado, es necesaria la presencia de una conducta dolosa.

Añadimos, por último, que en la argumentación del Alto Tribunal establece que el daño moral generado por uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, sino que la consecuencia jurídica que está contemplada en nuestra legislación es la ruptura del vínculo conyugal.

La primera sentencia menor que estima la responsabilidad civil extracontractual en base al art. 1902CC fue la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, la cual versaba sobre la infidelidad de la esposa, en ese momento demandada, y su posterior ocultación de la paternidad de los hijos de los que su cónyuge, en aquel momento demandante, creía ser el padre biológico.

La AP estimó la existencia de unos daños morales y concedió la pertinente indemnización por el daño sufrido al entender probado que la demandada tenía conocimiento de que los métodos anticonceptivos utilizados no eran seguros, además entendiendo que, tanto ella como la persona con la que tenía las relaciones, actuaron de forma dolosa a la hora de ocultar la infidelidad al actor. El posterior conocimiento de los hechos por parte del esposo desencadena un daño que debe de ser resarcido, teniendo en cuenta, que al entendimiento de la AP y siguiendo lo establecido por Sentencia antes enunciada en sensu contrario, el daño moral derivado de la infidelidad conyugal no es susceptible de reparación económica, la indemnización surge por la procreación con ocultación dolosa a su cónyuge.

De este modo, la Audiencia otorgó una indemnización al demandante por 100.000€ por los daños morales sufridos.

Visto lo expuesto anteriormente, se observa que el dolo es el fundamento para que opere la responsabilidad civil por daños derivados de la ocultación de la paternidad, pero en otras circunstancias y a partir de una aplicación más flexible de lo expuesto en el art. 1902 CC, se considera que la producción de un daño, unido a la existencia de una culpa grave por parte de la demandada, pueden dar lugar a una posible indemnización.

En la práctica judicial, como nos indica FARNÓS AMORÓS¹¹⁴, las conductas de las cuales nuestros Tribunales observan la existencia de dicha culpa coinciden con conductas negligentes u omisivas. De este modo, cuando estamos ante una concepción que se ha llevado a cabo de manera negligente, unida a la omisión de las medidas dirigidas a determinar la paternidad, justifican la aplicación del art. 1902 CC y su pertinente derecho de indemnización.

El razonamiento seguido por nuestros Tribunales entiende que la esposa que mantiene relaciones sexuales con hombres distintos que su marido en período de concepción tiene, desde el momento en que el embarazo se confirma, razones suficientes para dudar de la paternidad biológica de su cónyuge. Por tanto, la madre que duda de la paternidad debe de hacer todo lo razonable para determinarla, evitando que puedan surgir lazos de paternidad biológica falsos.

En conclusión, para poder exigir la indemnización por los daños morales sufridos por la ocultación de la paternidad, debe de constatarse la existencia de dolo o culpa grave.

En aquellos casos en donde se estima el derecho a ser indemnizado por el daño moral recibido al descubrir que realmente no es el padre biológico, nuestros Tribunales tienen a fijar una indemnización a partir del criterio de asimilar el daño moral padecido por el actor a la pérdida físico de un hijo.

Como nos indica FARNÓS AMORÓS¹¹⁵, en algunas situaciones, el descubrimiento de la verdad biológica puede llegar a generar una pérdida de afectos y un vacío emocional que puede considerarse equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido, generando profunda frustración en la persona afectada.

Pero realmente, la dificultad cuantitativa de los daños morales da como resultado la no existencia de pautas legales para poder valorar el daño moral en este tipo casos, por ende,

¹¹⁴ FARNÓS AMORÓS, ESTHER, op. cit. pág. 23

¹¹⁵ FARNÓS AMORÓS, ESTHER, “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad”, Revista Para el Análisis del Derecho, Barcelona, octubre 2007, pág. 10

no es posible dar una respuesta unívoca sobre la cuantía indemnizatoria que recibirá el actor si ve estimada su pretensión.

De este modo, para poder cuantificar el daño moral sufrido, nuestro Tribunal deberá prestar atención al caso concreto ante el que se encuentren, y como nos indica MURILLAS ESCUDERO¹¹⁶, se deberá atender: a la gravedad de las secuelas físicas o psíquicas del demandante causadas por el descubrimiento de que no era el padre; el número de hijos extramatrimoniales, su edad, el tiempo que haya durado la convivencia con ellos, y finalmente, se debe considerar si es posible que pueda seguir manteniendo en el futuro una relación afectiva con el que creía hijo o hijos suyos.

Por último, los Tribunales deberán tener en cuenta la posibilidad de que el marido tuviera conocimiento de la verdadera paternidad biológica del hijo o hijos durante el matrimonio. Por ello, si el Tribunal tiene certeza que el marido conocía la falsa atribución de la paternidad durante el matrimonio, no procederá indemnización, pues ya con su actitud pasiva se entiende que estaba consintiendo la situación.



8.GESTACION SUBROGADA. ESTADO EN CUESTION

Para acercarnos al concepto de maternidad subrogada, en primer lugar, debemos conocer en qué consiste la subrogación; según la Real Academia de la Lengua Española, conocida por las siglas RAE, implica “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”. Desde una perspectiva jurídica, podría definirse como la situación jurídica en que una determinada persona adquiere los derechos y los deberes de otra. Por tanto, cuando hablamos de maternidad subrogada, en una primera aproximación, nos referiríamos a una madre o a un padre que sustituye u ocupa el lugar de otra persona, asumiendo sus derechos y obligaciones.

¹¹⁶ MURILLAS ESCUDERO, J.M., “La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal”, REDUR, diciembre 2015, págs. 123.

De forma más precisa, la abogada BAYARRI MARTÍ, M. L., define la gestación por sustitución como el “acuerdo de voluntades en virtud del que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquélla o a aquéllos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado”¹¹⁷.

En este sentido, el jurista PERALTA ANDÍA, J. R., considera la maternidad subrogada como “el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto”¹¹⁸.

Significativamente, los Tribunales españoles también se han atrevido a formular una definición del convenio de maternidad por subrogación, señalando que “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”¹¹⁹.

Con todo ello, se puede concluir, que esta técnica, también conocida como gestación por sustitución, vientre de alquiler, filiación por sustitución, gestación por contrato o maternidad disociada, entre otras, es el compromiso de una mujer, manifestado en un acuerdo o pacto, que lleva implantado en su cuerpo un embrión hasta su nacimiento, en entregar el niño o los niños que pudieran nacer a otra mujer, hombre o a una pareja, ya sea matrimonial o de hecho, heterosexual u homosexual.

Hoy en día, una de las causas que lleva a recurrir a la gestación por sustitución es el problema de infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer sola o en pareja, que se debe

¹¹⁷ BAYARRI MARTÍ, M. L., “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, Noticias Jurídicas, 2015.

¹¹⁸ PERALTA ANDÍA, J. R., *Derecho de Familia en el Código Civil*, IDEMSA, Editorial Moreno, S.A., 2004, p. 372.

¹¹⁹ STC núm. 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (Sección 10a). [AC\2011\1561]. 2011 (Sección 10a). [AC\2011\1561].

por la aparición de enfermedades por las que el embarazo puede suponer un peligro grave para la mujer o para la vida del bebé, a la ausencia uterina, a la edad o a una causa genética.

La situación hoy en día es que en virtud de la LTRHA¹²⁰ 14/2006 la gestación subrogada en España es una práctica prohibida (art 10.1), no obstante dicha ley no prohíbe acudir a un país extranjero, donde sí que está permitido e iniciar un proceso de gestación subrogada. Sin embargo, cuando esto ocurre, pueden surgir problemas a la hora de inscribir al menor como hijo de los padres de intención.

Hasta el 2010, los padres comitentes debían luchar por conseguir la paternidad de su hijo, nacido en un país extranjero mediante la gestación por sustitución. Sin embargo, en octubre de 2010, la DGRN dictó una instrucción, referente al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada.

Esta instrucción permite la adjudicación directa de la filiación, siempre y cuando los padres de intención aporten una resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país donde ha nacido el menor. En ella, debe quedar establecida la filiación del nacido en favor de los padres intencionales y no de la gestante subrogada, conocida como madre gestante.

Una vez está claro que la Ley 14/2006 prohíbe la gestación subrogada en España considerando nulo de pleno derecho cualquier contrato en el que se renuncie, a la maternidad adquirida con el parto, en favor de otra persona, surge un problema que veremos a continuación.

El problema es en cuanto a la filiación, ya que el mayor inconveniente puede surgir al traer al niño de vuelta a España, ya que la filiación establecida en el país de nacimiento no tiene por qué ser reconocida en España. De hecho, en la mayoría de ocasiones no se reconoce. El único caso en que el Estado español adjudica directamente la paternidad a los padres intencionales o comitentes en casos de gestación subrogada llevados a cabo en otro país es cuando un juez establece la filiación por sentencia judicial. Esta resolución

¹²⁰ Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

judicial debe seguir los requisitos o exigencias establecidas por la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) en la Instrucción al respecto que publicó en 2010.

El estado español ofrece dos posibles soluciones en relación a la inscripción de los menores nacidos por subrogación uterina en un país extranjero:

1. La filiación por adopción, este tipo de filiación se aplica en aquellas situaciones donde no se dispone de sentencia judicial que determine la filiación del nacido. En estos casos la paternidad se adjudica al padre biológico y, posteriormente, la madre o el padre de intención debe realizar la adopción del hijo de su pareja. En estos casos, si el padre es el padre biológico, existe la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante gestación subrogada por los medios ordinarios regulados en la legislación española, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. Con ello se refiere a las acciones generales de determinación legal de la filiación reguladas en los artículos 764 a 768 de la LEC.
2. Tenemos la ya comentada filiación por sentencia judicial, en estos casos se celebra un juicio de filiación para determinar la paternidad y la maternidad de los padres intencionales. La resolución judicial obtenida, en la que constan los padres de intención, es reconocida directamente en España gracias a la Instrucción que la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) dictó en 2010.

Centrándonos ahora en la legislación actual, hay que decir que el art. 10.1¹²¹ de la Ley 14/2006 establece la nulidad de los contratos de gestación subrogada. Independientemente de cual sea la técnica utilizada. E art 10.2 CC¹²² establece que la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será siempre la madre biológica, “en

¹²¹ Artículo 10.1 Ley 14/2006: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

¹²² Artículo 10.2 Ley 14/2006: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

base al antiguo axioma romano *mater semper certa est*¹²³” y el hijo se inscribirá en el Registro Civil como suyo.

Por tanto, en palabras de DE VERDA Y BEAMONTE “el contrato de gestación por sustitución se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo”¹²⁴.

Según, el art. 10.3 de la Ley 14/2006, el cual establece que “queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Por lo tanto, en caso de que el padre comitente hubiera aportado el mismo, su material genético, podría interponer la acción de reclamación de paternidad y posteriormente, el hijo podría ser adoptado por la pareja de aquél, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC. No obstante, también podrá determinarse la filiación virtud de sentencia judicial si el proceso se realiza en uno de los países donde son emitidas como EEUU o Canadá. A continuación, analizaremos dichas posibilidades a través del caso judicial más emblemático de nuestro país en lo que se refiere a esta materia.

8.1 Sentencia, de 15 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia.

La creciente demanda de esta técnica de reproducción asistida en el extranjero y el aumento del turismo reproductivo a principios del siglo XXI, originó un conflicto a la hora de inscribir en el Registro Civil español a los recién nacidos en el extranjero por gestación subrogada, ya que esta técnica de reproducción asistida estaba prohibida en

¹²³ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación” cit., p 3.

¹²⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: Derecho Civil IV (Derecho de Familia). Tirant lo Blanc, Valencia, 2016, p.299

España, y no existía ninguna normativa registral española que permitiese la inscripción de estos niños¹²⁵.

El legislador empezó a plantearse la necesidad de crear un marco normativo registral en esta materia, a partir de la interposición de una demanda contra la DGRN por un matrimonio homosexual español, que había recurrido a la gestación subrogada en California para tener a sus dos hijos gemelos¹²⁶.

El motivo de la demanda contra la DGRN fue la denegación de la inscripción de los dos niños gemelos en el Registro Civil Consular español en California. Finalmente, el 18 de febrero de 2009, el Tribunal dictó Sentencia estimando la inscripción de los gemelos en el Registro Civil español, en virtud del interés superior del menor y del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil de 1958. El citado artículo disponía que: "el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales"¹²⁷.

En definitiva, la resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009, exponía que, aunque la gestación subrogada era nula en España, esta no se había llevado a cabo en el territorio español, y además, lo que aquí se discutía no era la nulidad de esta práctica, sino si una resolución judicial extranjera podía permitir la inscripción de los gemelos en el Registro Civil español¹²⁸.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal impugnó la resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009, por ser contraria al artículo 10 LTRHA. Tras la interposición de este recurso, el 15 de septiembre de 2010, el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, dictó

¹²⁵ LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 84-85.

¹²⁶ HEREDIA CERVANTES, I. op. cit., pp. 695-701.

¹²⁷ Resolución DGRN, de 18 de febrero de 2009, y HEREDIA CERVANTES, I. op. cit., pp. 695- 701.

¹²⁸ HEREDIA CERVANTES, I. op. cit., pp. 695-701.

Sentencia, dando la razón al Ministerio Fiscal y dejando sin efecto la inscripción de los gemelos en el Registro Civil español ¹²⁹.

Como consecuencia de esta resolución, el legislador, atendiendo al interés superior del menor¹³⁰ y a su derecho a tener una identidad determinada¹³¹, redactó un marco normativo para regular el régimen registral de la filiación de los recién nacidos por gestación subrogada: la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, DGRN, sobre Régimen Registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución¹³².

Finalmente, se recurrió la Sentencia, de 15 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, por parte del matrimonio español, aunque resultó ser confirmada en apelación por la Sentencia 826/2011, de 23 de noviembre de 2011, de la Audiencia Provincial de Valencia, la cual disponía que la prohibición de la gestación subrogada en España, persigue la defensa del interés superior del menor, ya que se pretende evitar que el menor sea objeto de comercio¹³³.

En concreto, esta Sentencia establecía que la alegación al interés superior del menor, no puede servir de coartada para infringir la legislación española. Además, consideraba que España, a diferencia de otros países, posee una alternativa normativa para la inscripción de estos niños en el Registro Civil, ya que el artículo 10.3 LTRHA faculta al padre intencional para interponer una reclamación de paternidad, siempre y cuando haya transmitido material genético al menor. Frente a esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, se interpuso un recurso de casación frente al TS (recurso núm. 245/2012)¹³⁴.

¹²⁹ LAMM, E. “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a los derechos humanos”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, pp. 68- 69.

¹³⁰ Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

¹³¹ Art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

¹³² LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 84-93.

¹³³ LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 87-93.

¹³⁴ LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 87-93.

Para dar una resolución a este caso, el TS se centró en analizar las pretensiones solicitadas por los recurrentes. Por un lado, el matrimonio español manifestó que la no permisión de la inscripción de los gemelos en el Registro Civil a favor de dos hombres resultaba una conducta discriminatoria. Asimismo, alegó que la denegación vulneraba el interés superior del menor y el derecho a su identidad determinada. Finalmente, declaró que la certificación registral californiana no era contraria al orden público internacional español, ya que pese a ser nulo el contrato de gestación subrogada en España, la inscripción de la filiación en el Registro Civil español de un niño nacido en el extranjero no estaba prohibida¹³⁵.

Por otro lado, el TS desestimó cualquier tipo de discriminación en la inscripción de los menores, puesto que la resolución hubiese sido igual “si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer”¹³⁶. En referencia a la alusión que hacen los recurrentes sobre el interés superior del menor, el TS declaró que “que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”. Por tanto, la gestación subrogada resulta ser contraria al interés superior del menor¹³⁷.

Asimismo, el TS manifestó que, pese a ser cierto que la inscripción de la filiación en el Registro Civil español de un niño nacido en el extranjero no está prohibida, en el presente caso la inscripción supondría la consecuencia directa de un contrato de gestación subrogada, práctica que actualmente sí se encuentra prohibida en España¹³⁸. Por todos estos motivos, el TS acabó resolviendo en la misma línea que los Tribunales de las instancias precedentes, y denegó la inscripción de los gemelos en el Registro Civil español.

¹³⁵ STC, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).

¹³⁶ STC, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).

¹³⁷ STC, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).

¹³⁸ STC, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).

9. CONCLUSIONES

A lo largo de la historia la filiación materna siempre ha sido considerada como susceptible de prueba directa, no así la filiación paterna, la cual en los sistemas de tradición romano canónica se determinan con base a presunciones legales, que si bien en principio evitan falsas imputaciones de paternidad, no constituyen una garantía absoluta, porque se basan en los deberes de cohabitación y fidelidad en el matrimonio, cuyo cumplimiento no se puede asegurar con toda certeza.

- I. Se puede decir que la filiación es una relación que surge entre padres e hijos y de la que derivan unos derechos y obligaciones, la misma puede ser matrimonial o no matrimonial y actualmente no se hace distinción entre los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio. La filiación forma parte de los procesos no dispositivos y es llevada a cabo a través de una serie de requisitos específicos. El proceso de filiación tendrá por objeto la reclamación o impugnación de la filiación y para poder interponer una demanda deben darse unos requisitos previos para que pueda ser admitida a trámite. El problema se agrava más, cuando se trata de determinar la filiación extramatrimonial, pues ésta sólo se establece con reconocimiento de los progenitores, o con la sentencia en la que se declare el vínculo filial controvertido. De acuerdo con esto, es posible concluir entonces que los problemas de filiación son en realidad problemas de Derecho probatorio, y no se debe perder de vista conforme al artículo 382 de CC para el Distrito Federal, se admiten para probar los vínculos filiales controvertidos, los medios de prueba ordinarios, reconociéndose expresamente las pruebas biológicas o provenientes del avance de los conocimientos científicos.
- II. Las acciones que pueden interponerse conllevan una serie de principios, destaca el del artículo 39 de la CE, de la verdad biológica, por el que toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico.
- III. Los daños por ocultación de paternidad han suscitado numerosas sentencias de Audiencias Provinciales que estiman que el daño moral es indemnizable porque vulnera la integridad psíquica del cónyuge que descubre que no es padre y atenta contra el principio de veracidad biológica.
- IV. En cuanto a los requisitos del art. 1902 del CC para que exista responsabilidad civil entre cónyuges, los problemas son similares en el incumplimiento del deber

de fidelidad y en la ocultación de paternidad. En la mayoría de los casos el daño será moral, con la consiguiente dificultad de su prueba y valoración. El nexo causal y la imputación objetiva no plantean problemas, puesto que la certeza de la causa material es demostrable con informes periciales y la causa es adecuada para producir el resultado lesivo.

- V. El requisito que suscita más controversia es el de imputación subjetiva. Mientras que el TS restringe el criterio al dolo, algunas Audiencias Provinciales aplican el criterio de culpa en sentido amplio y otras, siguiendo la doctrina del TS, interpretan que el daño es indemnizable únicamente si existe conducta dolosa. Es necesaria la aplicación del criterio general de culpa en sentido amplio, aplicando el requisito de que la conducta sea o grave o reiterada como especialidad del Derecho de Familia. El TS se debería pronunciar acerca de los requisitos necesarios para la estimación de las demandas entre cónyuges, puesto que en la actualidad no se aplican de una manera uniforme y cada AP los interpreta de una forma diferente, existiendo controversia, sobretodo en cuanto a la imputación subjetiva y a la gravedad o reiteración de la conducta. También se debería pronunciar acerca de la posibilidad de reclamar los daños patrimoniales por la vía extracontractual, al negar la posible indemnización por enriquecimiento injusto.
- VI. Finalmente queda claro que en España la gestación subrogada es una técnica ilegal, puesto que se encuentra prohibida. Sin embargo, al permitirse su realización en otros países es obvio que hay españoles que acuden a estos países solicitando estos servicios

En mi opinión, el hecho de que la gestación subrogada esté prohibida en España, pero que en la práctica se pueda realizar perfectamente en otros países, conlleva a que solo las personas con un elevado poder adquisitivo puedan alcanzar su deseo de tener un hijo gracias a esta práctica. Además, el hecho de que se encuentre prohibida, pero se pueda realizar en otros lugares, provoca una inseguridad debido a la imposibilidad de controlar las situaciones de riesgo o de explotación en los servicios ofertados, lo cual conlleva un incremento del riesgo a que se den situaciones de explotación de mujeres en países de Europa del este, donde si se permite la gestación por sustitución. No tiene sentido que la propia situación prohibida de la gestación por sustitución sea la creadora de un riesgo para aquello que se pretende defender, que son los derechos de las mujeres y niños involucrados en dicho proceso.

Por ello ante este sin sentido jurídico, este problema actual debería solucionarse bien reforzando las leyes considerándolo ilegal o bien crear una legislación adecuada donde se permita la gestación por sustitución, garantizando todos los derechos de las partes implicadas en el proceso, es decir debería de admitirse o prohibirse, con todas las consecuencias y dificultades jurídicas que ello conllevaría, pero no ocultarse.



10. BIBLIOGRAFIA

- ELVIRO ARANDA ALVAREZ; SARA SIEIRA; ALEJANDRO RASTROLLOS: Sinopsis artículo 39
- MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.); DE PABLO CONTRERAS, P. y PÉREZ ALVAREZ, M.Á.: Curso de derecho civil (IV): Derecho de Familia. 2aEd. Colex. Madrid, 2008. Página 299 y siguientes.
- Cfr. Cánones 1012 y 1012 del Código de Derecho Canónico de 1917 y Cánones 1055 y 1056 del Código de Derecho Canónico de 1983
- Cfr. IGLESIAS, Juan, Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado, 9ª ed., Ariel, España, 1987, p.552.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia, Colex, 4o Edición, 2013, P. 425.
- ROMERA COLOMA, A.M., “La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos” (BIB 2009\1874)
- QUESADA GONZÁLEZ, M.a., La determinación judicial de la filiación, Bosch, Barcelona, 2012, p.223 y ss.
- ÁLVAREZ et al., Manual de derecho civil. Derecho de familia. Bercal, Madrid, 2015, p.232 y ss.
- ROMERO COLOMA, A, M., Identidad genética frente a la intimidad y pruebas de paternidad, Bosch Editor, Barcelona, 2009, p. 128.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.a., La determinación judicial de la filiación, Bosch, Barcelona, 2012, pp.201204
- ROMERO COLOMA, A, M., Identidad genética frente a la intimidad y pruebas de paternidad, Bosch Editor, Barcelona, 2009, p. 165.
- Cfr. Zannoni, Eduardo, Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina, Astrea.
- Cfr. Zannoni, Eduardo, Inseminación artificial..., op. Cit., p. 44.
- Cfr. Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, La Fecundación In Vitro y la Filiación, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 13, 16 y 17.
- WARNOCK, M. A question of Life. The Warnock Report. Human Fertilisation & Embriology. Basil Blackwell United Kingdom, 1985.

- GÓMEZ SANCHEZ, Y. El derecho a la reproducción humana, Madrid, 1994, pág. 136.
- PÉREZ GALLEGO, ROBERTO, “Nuevos Daños en el Ámbito del Derecho de Familia: los Daños Morales y Patrimoniales por Ocultación de la Paternidad Biológica”, Revista de Derecho Civil, vol. II, núm. 3, julio 2015, pág. 143.
- FARNÓS AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución a la paternidad” en Derecho privado y Constitución, num. 25, 2011, pag.10.
- ROMERO COLOMA, A.M. La indemnización entre cónyuges, ex cónyuges..., Cit. Págs. 5960.
- LIÑAN GARCIA, A. “Diversas consideraciones sobre las uniones de hecho en los ordenamientos jurídicos español y canónico” en Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 35, 2015, Págs. 131.
- LOPEZ AZCONA, A. “La ruptura de las parejas de hecho” en Cuadernos de Aranzadi Civil, núm. 12, 2002, págs. 1166.
- EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.A. “Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: STC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013” en Aranzadi civilmercantil, Vol. 2, núm. 5, 2013, págs.. 75115.
- FARNÓN AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit., págs. 2728.
- MARÍN GARCÍA, I. “Sentencia de 30 de junio de 2009” en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 84, 2010, pág. 1379.
- MURILLAS ESCUDERO, J.M. Ob. cit., pág. 124.
- FARNÓS AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit., pág. 42: “De existir estos lazos y pretender el actor consolidarlos (...) podría solicitar con éxito un régimen de relaciones personales en los términos del art. 160.2. o CC, pues su posición encajaría con facilidad en lo que el precepto califica de otros parientes o allegados
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L. Ob. cit., págs. 2930.
- PÉREZ MAYOR, A. Ob. cit., pág. 1.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de...” Cit., pág. 152.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio...” Ob. cit., Pág. 7.

- ALGARRA PRATS, E. Ob. cit., pág. 34.
- FARNÓS AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit., pág. 18.: “La omisión de las medidas para determinar la paternidad biológica es especialmente reprobable si tenemos en cuenta la facilidad cada vez en el acceso a las pruebas de ADN.
- ÁLVAREZ OLALLA, P. Ob. cit., pág. 3.
- MARÍN GARCÍA, I. Ob. cit., pág. 1375: “La ruptura de la convivencia en común de los progenitores comporta la formación de dos núcleos familiares separados y, por tanto, el criterio de imputación subjetiva vuelve a ser la culpa o negligencia, puesto que en el momento de producción del daño no media entre víctima y dañante relación de parentesco o afectividad alguna.”
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C. Ob. cit., pág. 102.
- DÍEZPICAZO, L y GULLÓN, A; Sistema de Derecho Civil, tomo I, (2012), página 271.
- PINTO ANDRADE, C. “La custodia compartida, 2009, página 36.
- GETEALONSO Y GALERA, MARIA DEL CARMEN Y SOLÉ RESINA, JUDITH. “Custodia compartida, derecho de los hijos y de los padres”, (2015), pagina 456.
- ÁLVAREZ TABOADA, L. “Las denuncias en los casos de los “niños robados”.
- GIL GIL A. “La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la Guerra Civil y el Franquismo: Aspectos Penales: Sobre “El caso de los niños perdidos del Franquismo. Crimen contra la humanidad” de Miguel Ángel Rodríguez Arias, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 1 (2009), pág. 55.
- BARBER BURUSCO S. “Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 194.
- ONU, ASAMBLEA GENERAL, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, A/RES/47/133, 18 de diciembre de 1992.
- CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidad de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 50.

- CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 54 y 6163.
- CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 64.
- CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 7071.
- FARNÓS AMORÓS, ESTHER, “Remedios Jurídicos Ante la Falsa Atribución de la Paternidad”, *Derecho Privado y Constitución*, no 25, enero 2011, pág. 17
- FARNÓS AMORÓS, ESTHER, op. cit. pág. 23
- FARNÓS AMORÓS, ESTHER, “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad”, *Revista Para el Análisis del Derecho*, Barcelona, octubre 2007, pág. 10
- MURILLAS ESCUDERO, J.M., “La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal”, *REDUR*, diciembre 2015, págs. 123.
- BAYARRI MARTÍ, M. L., “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, *Noticias Jurídicas*, 2015.
- PERALTA ANDÍA, J. R., *Derecho de Familia en el Código Civil*, IDEMSA, Editorial Moreno, S.A, 2004, p. 372.
- VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación” cit., p 3.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2016, p.299
- LAMM, E. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, op. cit., pp. 8485.
- HEREDIA CERVANTES, I. op. cit., pp. 695701.
- LAMM, E. “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a los derechos humanos”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, pp. 68 69.
- Ravetllat Ballesté, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 2012, pp. 97

11. ANEXO JURISPRUDENCIAL

- STS, Sala de lo Civil, del 24/04/2015 (RJ202).
- STS, Sala de lo Civil, de 20-02-2018 (RJ93).
- STC, de 26-05-2005 (RJ138).
- STC, Sala 2a, de 17-07-1995 (RJ16).
- STS, Sala de lo Civil, de 18-07-2017, (RJ 460) .
- STC, de 14-02-2005, (RTC29).
- STC, Pleno, núm. 93/2013, 23/04/2013, (RTC 2013/93).
- STS, Sala de lo Civil, núm. 701/1999, 30/07/1999, RJ 1999/5726.
- STS, Sala de lo Civil, núm. (687/1999), 22/07/1999, (RJ 1999/5721).
- SAP Barcelona, Sección 18a, núm. 27/2007, 16/01/2007, JUR 2007\323682.
- SAP Valencia, Sección 7a, núm. 597/2004, 2/11/2004, AC 2004\1994.
- SAP León, Sección 2a, núm. 1/2007, 2/01/2007, (JUR 2007\59972).
- SAP Coruña, Sección 3a, núm. 424/2010, 8/11/2010, (AC 2010\2303).
- SAP Valencia, Sección 7a, núm. 466/2007, 5/09/2007, (JUR 2007\340366).
- SAP Cádiz, Sección 2a, núm.125/2008, 3/04/2008, (JUR 2008\234675).
- STC núm. 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (Sección 10a). [AC\2011\1561].
- STC, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).
- STC, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).
- STC, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).
- STC, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).
- STS, de la sala primera de lo Civil, de 24 de abril 415/2000.

12.TEXTOS LEGALES

- Principio favor filii:
https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ListaResultados.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAHVPPU_DMBD9NXiphEDMHkjagYGAgnRxbm2J5I7Y59D89xsUTVge193T29r4xxdXhSGyKxp0Cy2cMicbOniciklYXX2bqY0SgMyd4Z8Jph2oq392dMCzoYii5xxNisBaWjfhew0AGUhBul9R5SotQKa5TpabS7QeT TbdquzWgfUaFSnvgA55fiUR_fIVCSmOekVVuIYWT8YHsoPz2G7h5gD9cnPHK2XXtSf6x974fqm8I_aUIrm_6xcZIU3rnsjnBVIW6rUabrCp8Cf8AyRn_z18BAAA=WKE
- Artículo 115 del Código Civil.
- Artículo 116 del Código Civil.
- Artículo 118 CC.
- Artículo 119 CC.
- Sensu contrario (en sentido contrario). Disponible en: <http://www.encyclopediajuridica.biz14.com/d/contrariosensu/contrariosensu.htm>.
- Cfr. IGLESIAS, Juan, Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado, 9ª ed., Ariel, España, 1987, p.552.
- Artículo 120 CC.
- Artículo 117 CC.
- Código Civil para el Distrito Federal (Artículo 410A).
- Ley para la Familia del Estado de Hidalgo (Artículo 250).
- Código Familiar del Estado de Zacatecas (Artículo 355).
- Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos (Artículos 367 y 368).
- Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo (Artículos 382 y 383).
- Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí (s.n. art).
- Artículo 109 del Código Civil.
- Artículo 198 del Reglamento del Registro Civil.
- Artículo 154 del Código Civil: patria potestad.
- Artículo 111 del Código Civil: exclusiones de la patria potestad y demás funciones tuitivas.

- Artículo 110 del Código Civil: obligación de prestar alimentos de los padres, aunque no tengan la patria potestad.
- Posesión de estado : “La posesión de estado es un conjunto de circunstancias de hecho que poseen valor de derecho en relación con el estado civil de las personas”
<http://www.monografias.com/trabajos87/posesionestado/posesionestado.shtml#ixzz5E3qOKx4v>.
- Artículo.136 CC.
- Artículo 137 del Código Civil.
- Artículo 140.2 del Código Civil.
- Artículo 141 del Código Civil.
- Sana critica: es que los tribunales deben valorar las pruebas practicadas de manera lógica y coherente. Disponible en:
<http://jucesdemocracia.es/publicaciones/revista/articulosinteres/ZUBIRI.pdf> . p. 61.
- DialnetAlgunasReflexionesAcercaDeLaInseminacionArtificial5084795.pdf
- Art. 293 del Código Civil para el Distrito Federal, segundo párrafo.
- <https://muysaludable.sanitas.es/padres/reproduccionasistida/diferenciasinseminacionartificialfecundacioninvitro/>
- Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, articulo 154.
- Art. 25 CIPPDF: “1. Los Estados Partes.
- https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CEDCESP1_sp.pdf
- https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CEDCESP1_sp.pdf
- Art. 35 CIPPDF.
- Art. 4 CIPPDF.
- Art. 7 CIPPDF.
- https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CEDCESP1_sp.pdf
df págs. 1315.
- Art. 5 CIPPDF.
- Artículo 10.1 Ley 14/2006.
- Artículo 10.2 Ley 14/2006.

- Urbón Llaca, A., “Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos” (disponible en <http://www.zarraluqui.net/articulos/225distintostiposdeguardiaycustodiayrequisitosjurisprudencialesdeltribunalsupremoparaconseguirlos>, última consulta 7/04/2019).
- <https://www.mundojuridico.info/negativaalapracticadelapruebabiologicadepaternidad/>
- <https://derechouned.com/libro/familia/5042losefectosdelafiliacionlosapellidos>

