

Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos

La filiación, entre Biología y Derecho
The affiliation, between Biology and Law

Prudentia Iuris N° 76, 2013

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2013). La filiación, entre Biología y Derecho [en línea], *Prudentia Iuris*, 76.
Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/filiacion-entre-biologia-derecho.pdf> [Fecha de consulta:.....]

LA FILIACIÓN, ENTRE BIOLOGÍA Y DERECHO

The Affiliation, Between Biology and Law

Carlos Martínez de Aguirre Aldaz*

Resumen: El presente texto analiza la filiación desde varias perspectivas. En primer lugar, su relación con el matrimonio, mostrando cómo se ha ido separando lentamente todo vínculo entre la institución matrimonial y la procreación. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, se hace necesario el estudio de la dimensión biológica de la filiación, la cual posee consecuencias jurídicas muy importantes amparadas en el instituto de la patria potestad. En tercer lugar, se mencionan y analizan los principios jurídicos constitucionales implicados en la filiación. Por último, se mencionan tres desencuentros entre la biología y el derecho: la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, la filiación adoptiva y la derivada del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, en la que podemos ver una “revancha” de la biología.

Palabras clave: Filiación - Bioderecho - Patria potestad - Reproducción asistida - Adopción.

Abstract: This paper analyzes the filiation from several perspectives. First, the relationship with marriage, showing how it has been slowly separating any link between the institution of marriage and procreation. Secondly, and as a result of this study the biological dimension of filiation which has important legal consequences covered in the institute of parental rights is necessary. Third, are mentioned and discussed the constitutional legal principles involved in the filiation. Finally, three disagreements between biology and law are mentioned: filiation derived from assisted reproductive technologies, adoption as sons and the derivative of the civil marriage between same sex in which we can see a “rematch” of biology.

Key-words: Filiation - Bio-law - Rights and duties of parents - Assisted reproduction – Adoption.

* Catedrático de Derecho Civil en las Universidades de Zaragoza y de Extremadura; Presidente de *The Family Watch* y Vicepresidente de la *International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family*; ha publicado varios libros y artículos en revistas especializadas sobre cuestiones atinentes al derecho de familia.

I. Las bases conceptuales y jurídicas de la filiación

1. Planteamiento: la filiación en el derecho de familia

La filiación no es un tema más del derecho de familia. Si se adopta una perspectiva teleológica o funcional, que se apoya en las funciones estratégicas de la familia, cabe afirmar que la filiación (los hijos) aparece como la clave de bóveda del derecho de familia. Veámoslo con algo más de detalle.

Matrimonio y familia están vinculados a la propia supervivencia de la sociedad, en cuanto posibilitan, en primera instancia, la existencia física de nuevos miembros de la misma; pero también, y no con menor importancia, en cuanto permiten su desarrollo integral como personas y su integración armónica en el cuerpo social (lo que cabría denominar su “humanización”, en sentido amplio). Estas funciones esenciales de la familia son las que justifican la especial atención que la sociedad le dedica; atención que se traduce, primordialmente, en la existencia de una específica regulación jurídica. Desde esta misma perspectiva, queda también claro que el matrimonio es una institución de interés social en la medida en que, a través de los hijos, posibilita la existencia y socialización de nuevos ciudadanos¹.

Para aclarar más este punto, hay que aludir, primeramente, a las raíces biológicas y antropológicas de matrimonio y familia. El primero, y más evidente, de los fundamentos aludidos, es el carácter sexuado del ser humano, que solo lo es en cuanto hombre o mujer; dicho con otras palabras, los individuos de la especie humana aparecen determinados necesariamente por el sexo al que pertenecen. Ello no es producto de la voluntad del hombre, ni tampoco es fruto del medio social o la historia, como si fueran la evolución cultural, o una eventual decisión consciente de la humanidad, las que hubieran elegido este sistema de reproducción, o hubieran hecho de unos seres “varones” y de otros “mujeres”. En este punto, por lo demás, el ser humano no es especialmente original: lo mismo ocurre en miles de especies animales, respecto a las que sería muy complicado justificar que es la evolución cultural o un prejuicio heterosexista los que les han conducido a diferenciar entre machos y hembras, y reproducirse sexualmente. Por otro lado, es claro que esa diferenciación sexual se dirige objetivamente, también por su propia naturaleza, a la procreación (reproducción) de la especie humana (como ocurre en todas las especies sexualmente diferenciadas). La relación de procreación aparece pues, en esta perspectiva, como la clave del interés social del matrimonio y de la familia.

Desde este punto de vista, la relación de filiación es la relación familiar fundamental, por más que sistemáticamente dediquemos más importancia, por ejemplo, al matrimonio. El matrimonio (la unión estable y comprometida entre un hombre y una mujer) y la familia son relevantes socialmente –y son regulados jurídicamente– por su relación con la procreación; la diferencia sexual se orienta por sí misma

¹ Sobre esto, más extensamente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Diagnóstico sobre el derecho de familia*, Madrid, Rialp, 1996, pág. 9 y sigs.; y más reciente y compendiosamente, “A cada uno su familia, a cada familia su derecho (aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)”, *Teoría y derecho*, 2/2007, pág. 36 y sigs.

a la procreación; es decir, en el planteamiento que ahora nos interesa, a la filiación. Los hijos, y con ellos la filiación, son la clave del sistema, desde el punto de vista teleológico o finalista. Otra cosa es que, sentado este punto, la regulación específica de la filiación tenga menos importancia, y ocupe sistemáticamente una posición secundaria².

Si adoptamos esta misma perspectiva, cabe afirmar que buena parte de la historia de la evolución del matrimonio en los últimos decenios es la historia de la desvinculación entre matrimonio y procreación (o, lo que es lo mismo, entre matrimonio y filiación, porque la filiación es fruto de la procreación, en los términos que veremos inmediatamente); es decir, la historia de cómo el matrimonio tiene cada vez menos que ver con la filiación, y la filiación con el matrimonio. Esto, en el sentido de que el matrimonio tiene cada vez menos que ver con la procreación, desde el punto de vista legal. Este proceso se ha producido en dos pasos:

- 1) La desaparición del impedimento de impotencia en el matrimonio civil, lo que en nuestro derecho ocurrió en 1981: esto quiere decir que en el derecho español pueden contraer matrimonio civil quienes no pueden mantener relaciones sexuales completas, y por tanto quienes por ello mismo (y no porque las relaciones sexuales completas que mantienen sean infecundas) no pueden tener hijos. Estaríamos en este caso ante un matrimonio no procreativo, pero por la existencia de un problema (la impotencia) en uno de los cónyuges. Lo que ello significa es que desde 1981 la finalidad procreativa no es esencial en el matrimonio civil español.
- 2) La admisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, lo que supone la desvinculación estructural entre matrimonio y procreación (es decir, entre matrimonio y filiación), porque los matrimonios civiles homosexuales son matrimonios estructuralmente no procreativos. Esto supone una diferencia importante con el supuesto anterior –desaparición del impedimento de impotencia–, en el cual estamos ante un matrimonio estructuralmente procreativo (responde a una estructura heterosexual, que en sí misma es procreativa: solo la unión sexual entre dos personas de distinto sexo da lugar a la procreación), pero funcionalmente no procreativo (la ausencia de procreación se debe a la incapacidad de uno de los cónyuges de mantener relaciones sexuales completas); en cambio, en el matrimonio homosexual es su misma estructura la que resulta incompatible con la procreación, por lo que, como he indicado, puede ser calificado justamente como matrimonio estructuralmente no procreativo³. En esta misma aproximación funcional,

² La centralidad de la filiación se aprecia gráficamente en otro ámbito, que es el más general del parentesco (es decir, de las relaciones familiares): la relación básica de parentesco, de la que derivan todas las demás, es precisamente la que une a padres e hijos, la relación de filiación; el resto de las relaciones parentales surge a partir de ese vínculo, y gira en torno a él: los padres del padre son los abuelos; los hermanos del padre son los tíos; los sobrinos del padre son los primos, y así sucesivamente.

³ He empleado en el texto la expresión “matrimonio homosexual”, y a partir de ella he diferenciado entre el matrimonio heterosexual, cuya estructura es procreativa, y el matrimonio homosexual, cuya estructura es no procreativa. Quiero con todo advertir que esas expresiones las empleo partiendo del derecho

el problema básico del matrimonio entre personas del mismo sexo es el de la radical desconexión que propicia entre matrimonio y procreación; pero la desconexión no es total, como veremos más adelante.

Por todo ello, pensar sobre la filiación es pensar sobre lo más nuclear del derecho de familia, al menos desde la perspectiva teleológica o finalista. Sin embargo, ahora no interesa tanto esta perspectiva, como la atinente a la filiación en sí misma; y ello no en sus aspectos más estrictamente técnicos –que remiten en buena parte al contenido de la regulación legal de la filiación–, sino en sus claves básicas y en sus líneas maestras, que servirán para poner de relieve algunos de los problemas que aquejan al régimen jurídico de la filiación, y también las causas de las contradicciones internas de que en ocasiones adolece dicho régimen.

2. Biología y derecho en la relación de filiación

En una aproximación inicial, filiación es el vínculo que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo. “Procedencia de los hijos respecto a los padres”, dice gráficamente el *Diccionario de la Real Academia*. Este vínculo tiene una dimensión biológica, derivada del hecho de la generación, y, ligada a ésta, una dimensión jurídica; tiene, además, otras dimensiones importantes (sociológica, afectiva, etc.), aunque quizá no tan radicales en el sentido al que inmediatamente me referiré; a su vez, cada una de estas dimensiones presenta múltiples concreciones y ramificaciones. Pero interesan ahora las dos primeras (la biológica y la jurídica), por ser como he dicho las más nucleares.

La dimensión biológica es la más radical pero, sobre todo en el caso de la paternidad, no es en sí misma evidente; ello pone en primer plano la dimensión jurídica, y permite afirmar que la filiación es, al menos en esa aproximación inicial, el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo. Conviene detenerse algo más en este aspecto.

positivo español (que como es sabido admite el matrimonio civil entre personas del mismo sexo desde 2005), y a efectos argumentales. Yendo al fondo de la cuestión, tengo claro que la expresión “matrimonio homosexual” es contradictoria en sus propios términos. Si me es permitida la autocita, “cuando se afirma que el matrimonio es una unión entre hombre y mujer, no se está indicando uno de los posibles significados del término matrimonio, sino el significado que le es propio. Matrimonio es precisamente la palabra que sirve para designar la unión estable y comprometida entre un hombre y una mujer. Para aclarar lo que quiero decir, puede resultar más gráfico invertir la secuencia: hay un fenómeno social y humano que consiste en la unión estable entre un hombre y una mujer, y ese fenómeno social y humano es el que recibe el nombre de matrimonio [...] Matrimonio es, pues, la palabra que empleamos para designar específicamente la unión estable entre un hombre y una mujer. Si la unión es entre dos hombres, o dos mujeres, ya no es matrimonio, sino otro fenómeno humano y social diferente, por el mismo tipo de razones por las que una compraventa sin precio ya no es compraventa, sino donación [...] Pretender que una unión homosexual es matrimonio es algo así como pretender que una unión homosexual sea heterosexual: una contradicción en sus propios términos” (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Perspectivas sobre el ‘matrimonio’ entre personas del mismo sexo”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. y DE PABLO CONTRERAS, P., *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid, Rialp, 2007, pág. 39 y sigs.).

A) El punto de partida del derecho de filiación es la relación biológica existente entre generantes (padre y madre) y generados (hijos): sin la existencia de esa peculiar relación biológica no cabría hablar de filiación –y esta es una idea que conviene retener, porque más adelante se mostrará especialmente útil. En este sentido, que es el más nuclear, filiación es la procedencia biológica de una persona con respecto a sus progenitores. Éste es un hecho natural, que se da en todos los seres humanos: no es fruto de la cultura, de la historia ni del derecho positivo (como si los hombres hubiéramos decidido cuál es nuestro sistema de procreación), sino de la naturaleza humana. Pero este vínculo no es meramente biológico, sino que tiene una indisoluble dimensión jurídica: entre quienes son biológicamente padre e hijo (entre procreante y procreado) surgen, por el mero hecho de serlo, relaciones de justicia, que obligan a los padres a prestar a sus hijos la asistencia moral y material que precisan para sobrevivir y desarrollarse, y que dan derecho a los hijos a recibir esa ayuda; estas relaciones incluyen también el derecho de esos padres de ser ellos quienes presten a sus hijos esa protección y esa asistencia (derecho que, en realidad, no es sino el reverso del derecho que tienen los hijos a ser atendidos precisamente por sus padres).

Esto tiene dos concreciones normativas, de diferente origen y naturaleza, que conviene poner ahora de relieve:

1) Por un lado, la recepción de ese principio (derecho/deber de los padres biológicos de atender a sus hijos, derecho de los hijos a recibir esa atención) en textos internacionales de derechos humanos: así, el principio VI de la Declaración de Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959, establece que el niño “siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres”; por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su Artículo 9.1 que “los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”, salvo que tal separación sea necesaria por el interés del menor; y más claramente, en su Artículo 18.1, dispone también que “los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”.

2) Por otro lado, esa función de los padres se plasma en un conjunto de obligaciones, derechos y facultades que los ordenamientos positivos atribuyen a los padres: en nuestro caso, básicamente, a través del régimen de la patria potestad⁴.

B) Vamos ahora con un segundo elemento. La relación jurídica de filiación tiene como fundamento la filiación biológica: ante el derecho positivo son padres e hijos, primariamente, quienes lo son biológicamente. No hay, sin embargo, una correspondencia absoluta entre ambas relaciones. Puede ocurrir que la filiación biológica sea desconocida, y que por tanto no exista filiación jurídica (hijo de padres desconocidos);

⁴ Pero no está de más apuntar ahora que un conjunto similar de obligaciones, derechos y facultades puede ser reconocido a otras personas, que no son los padres biológicos, ya sea ligado al nacimiento de un vínculo meramente jurídico de filiación (es el caso de la adopción, en el que filiación y potestades de protección siguen vinculados), ya sea con independencia de la existencia de cualquier vínculo (biológico o jurídico) de filiación (es lo que ocurre, por ejemplo, con la tutela, o con el acogimiento permanente).

o bien que la filiación jurídica sea atribuida por error a quien biológicamente no es progenitor. También puede crearse conscientemente una relación jurídica de filiación entre quienes se sabe que no están unidos por vínculos biológicos, como ocurre en la adopción, o en algún otro caso del que hablaremos más adelante. Pero aun en estos casos (y quizá sobre todo en estos casos), hay que subrayar que la filiación biológica marca los límites institucionales de la filiación jurídica: ésta última debe poder ser reconducible a aquélla, para que podamos hablar efectivamente de una relación de filiación, aunque sea artificial; con otras palabras, la filiación biológica proporciona la estructura básica para que cualquier otra relación pueda ser considerada como de filiación (y eso se refiere fundamentalmente a la filiación jurídica, en los términos que estamos hablando)⁵.

Conviene, nuevamente, desarrollar esto algo más, distinguiendo los diferentes supuestos que han quedado apuntados.

- a) La relación entre filiación biológica y jurídica, tal y como ha quedado expuesta, no supondría graves problemas, más allá de los derivados eventualmente del incumplimiento de sus obligaciones por los padres, si el vínculo biológico fuera en sí mismo suficientemente evidente. Pero no es así, sobre todo en relación con la paternidad: la maternidad viene determinada tradicionalmente por el parto, de manera que es madre la mujer que da a luz, y eso es algo biológicamente evidente al menos en el momento del parto (cosa distinta es que el parto no sea conocido, lo que quiere decir que ignoramos quién ha dado a luz, y en consecuencia no sabemos quién es la madre), aunque no tanto después: de ahí el aforismo *mater semper certa est*. Frente a ello, la paternidad no es en sí misma evidente, ni siquiera cuando el nacimiento tiene lugar: en el momento del parto solo se sabe quién es la madre, pero no quién es el padre. En este caso la paternidad biológica no es fácilmente comprobable; la investigación universal de la paternidad, empleando las pruebas biológicas actualmente disponibles, ha sido imposible durante la mayor parte de la historia de la humanidad, y hoy, cuando sería técnicamente posible, no es una solución practicable. De ahí que el derecho haya recurrido desde antiguo a mecanismos indirectos, con importantes componentes formales, para determinar jurídicamente la filiación; tales mecanismos permiten en un porcentaje muy alto que la filiación que consta jurídicamente se identifique con la biológica: es lo que sucede, por ejemplo, cuando mediante la llamada presunción de paternidad del marido se atribuyen al marido los hijos de su esposa (*pater is est quem nuptiae demonstrant*)⁶.

⁵ Esto tiene otra consecuencia, que veremos con mayor detalle posteriormente, y es que el desconocimiento de los límites estructurales que proporciona la filiación biológica a todo vínculo de filiación provoca la “desnaturalización” de la filiación: no de la biológica, pero sí, con claridad, de la jurídica.

⁶ Lo expresa con gran claridad F. RIVERO HERNÁNDEZ: “[...] la *relación madre-hijo* es directa, inmediata y de fácil determinación (biológica y jurídicamente) como derivada de un hecho que les es común y próximo en el tiempo (la gestación y el parto). La *relación padre-hijo*, en cambio, es mediata, indirecta, habida (y conocida) por conducto de la madre (única con quien el progenitor ha tenido la relación sexual de que ha nacido el hijo) y, en puridad, solo por medio de ésta puede quedar determinada la paternidad: se es

- b) Junto al caso en que a través del parto (para la maternidad) y de los mecanismos de atribución jurídico-formales (para la paternidad) queda determinada una filiación jurídica que coincide con la biológica, hay otros en los que esto no es así, y la paternidad o, más difícilmente, la maternidad es atribuida jurídicamente a quien no es biológicamente progenitor: es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la presunción de paternidad atribuye jurídicamente al marido el hijo que en realidad es fruto biológico de las relaciones sexuales adulterinas habidas entre la esposa madre y un tercero. Se produce entonces una disociación, normalmente involuntaria, entre la filiación biológica y la jurídica; las posibilidades de corregir esta disociación (que se llevan a efecto principalmente a través de las acciones de filiación) varían en función de cada ordenamiento positivo.
- c) Del mismo modo, hay que subrayar, siguiendo a Cicu, que mientras la filiación biológica se da en todos los seres humanos (todos somos hijos biológicos de un padre y una madre), no ocurre lo mismo con la filiación jurídica: así, puede desconocerse quién es el padre, o la madre, o ambos, de una persona (un recién nacido abandonado, por ejemplo), lo que significa que jurídicamente carecerá de padre y madre aunque es claro que biológicamente los tiene.
- d) Los supuestos examinados con anterioridad son hasta cierto punto anómalos o patológicos; el derecho los tolera a falta de sistemas que permitan evitarlos con total eficacia. Junto a ellos, hay otros casos en los cuales el derecho positivo opta por crear entre dos personas un vínculo de filiación puramente jurídico, que carece de base biológica, siendo el derecho consciente de que las cosas son así: no estamos, pues, ante anomalías del sistema, sino ante filiaciones puramente jurídicas, queridas como tales. Esto ocurre, en el derecho positivo español, en dos casos muy diferentes entre sí: primero, y es el caso más clásico y menos problemático, en la adopción; después, en la regulación de las técnicas de reproducción asistida, que es el caso más novedoso, con perfiles conflictivos.

Sobre ambas posibilidades volveremos más adelante. Por ahora, me limitaré a introducir una nueva distinción, al hilo de estas “filiaciones” intencionalmente no biológicas que son legalmente posibles en nuestro derecho positivo; me refiero a la que diferencia entre aquéllos casos en los que la filiación creada por el derecho sería biológicamente posible (los padres legales son varón y mujer: el hijo adoptado o concebido mediante el recurso a técnicas de reproducción asistida podría ser biológicamente hijo de ambos) y aquéllos casos en los que la filiación creada por el derecho no sería biológicamente posible (los padres legales son dos varones o dos mujeres, por lo

padre respecto del hijo alumbrado por la mujer con quien el progenitor tuvo aquellas relaciones. Por ello, así como la *determinación legal de la maternidad* se reduce sustancialmente a la constatación de hechos concretos y (más o menos) fácilmente demostrables –identidad del hijo con el alumbrado por la madre en un parto concreto–, la *determinación de la paternidad* necesita de instrumentos jurídicos, lógico-formales, vinculados a la mediatez de la relación inicial” (“¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, *Anuario de derecho civil*, enero-marzo 1997, pág. 6 y sigs.).

que el hijo no podría ser hijo biológico de ambos: esto se da en los casos de adopción conjunta por un matrimonio homosexual, o de empleo de técnicas de reproducción asistida en una mujer casada con otra, la cual hace suyo el hijo fruto de esas técnicas). Es lo que podríamos llamar *principio de verosimilitud* de estas filiaciones puramente jurídicas, que deben ser verosímiles como filiaciones. La distinción me parece importante, y desconocerla (como ocurre en España) tiene consecuencias relevantes para el propio concepto de filiación, que se ve, en el sentido más literal de la expresión, “desnaturalizado”. También sobre ello será preciso volver con posterioridad.

C) Este es el momento de hacer una breve recapitulación:

- a) Los vínculos entre padres e hijos son simultáneamente vínculos biológicos y jurídico-naturales. El derecho positivo no crea esos lazos, sino que se limita a reconocerlos: quién es padre y quién es hijo es algo que le viene al derecho dado por la naturaleza, y el derecho positivo lo reconoce y regula, concretando en gran parte su contenido en un tiempo y lugar determinado. En primera instancia, por tanto, no es el derecho positivo el que dice quiénes son padres y quiénes son hijos (o más concretamente, quiénes son el padre y la madre de cada hijo): eso lo dice la biología, y lo reconoce el derecho positivo.
- b) La relación de procreación tiene una dimensión de justicia que le dota de lo que cabe denominar una juridicidad innata. Esa dimensión jurídica no es artificial, no se superpone a la relación biológica por obra del hombre, de la sociedad o del derecho positivo; antes bien, el vínculo natural de filiación es, por su propia naturaleza, y simultáneamente, un vínculo de contenido jurídico: no se puede ser padre e hijo sin que entre ambos no surja, en justicia, ese entramado de relaciones.
- c) Del mismo modo, la obligación de los padres de atender a sus hijos, que es de suyo una obligación jurídica, no procede en último extremo del derecho positivo, sino de la propia naturaleza humana, y de la existencia de una relación biológica de filiación.
- d) La relación biológica de filiación proporciona los límites institucionales de la filiación jurídica, lo que afecta muy principalmente a las filiaciones meramente jurídicas (adopción, y en algunos casos de empleo de técnicas de reproducción asistida): no cabe olvidar que se está en una relación de filiación, por más que proceda enteramente del derecho, y para que pueda ser identificada como tal filiación, debe poder ser reconducible a la estructura propia de la filiación biológica (padre, madre, hijo).

3. Más allá de la biología y el derecho: la filiación psico-social

Antes de seguir adelante, conviene recalcar en otro dato. Ni el lazo biológico, ni su plasmación jurídica, con ser importantes, son suficientes para agotar el vínculo de filiación, en toda su rica complejidad: intervienen en él, junto a los factores biológicos y jurídicos, otros volitivos, afectivos, sociales y culturales, que han llevado a afirmar

que padre es, verdaderamente, quien se comporta (ama, educa, cuida...) como padre, y no quien simplemente está unido por lazos biológicos o jurídicos⁷.

La afirmación, que es casi un tópico, debe ser matizada jurídicamente, desde varios puntos de vista, que se enumeran a continuación.

1) Es verdad que, como dicen Malaurie-Fulchiron⁸, una paternidad no es únicamente una inseminación; una maternidad no es solamente una concepción, un embarazo y un parto; una filiación no es únicamente un patrimonio genético. Sin embargo, la filiación como institución presupone la realidad biológica integrada por inseminación, concepción, embarazo, parto y patrimonio genético; esta es la base necesaria no de cada filiación jurídica concreta, pero sí de la filiación como institución; esas son las referencias a partir de las que toda filiación se desarrolla y puede ser reconocida como tal: sin ellas no podríamos hablar de esa filiación puramente legal que deriva de la adopción o, en determinados casos (los vistos más arriba), del empleo de técnicas de reproducción asistida. Por otro lado, ya en cuanto a cada concreta relación de filiación, salvo aquéllas que son de creación meramente legal (adopción, técnicas de reproducción asistida), el derecho positivo presupone que en ella han concurrido inseminación, concepción, gestación, parto y patrimonio genético, es decir, la filiación biológica, y que precisamente por ello hay filiación legal.

2) Para comprender mejor el verdadero alcance de las afirmaciones que sirven de ocasión en estas matizaciones, conviene también hacer una aproximación “cronológica” a ellas: desde algún punto de vista, se puede decir que el factor biológico es el punto de partida, pero pierde progresivamente importancia frente a los factores sociológicos, psicológicos y afectivos a medida que pasa el tiempo. Cuando nace un niño, el dato fundamental en su filiación es el biológico: quiénes son biológicamente su padre y su madre, que son quienes están obligados a prestarle la atención y protección que necesita; cuando ha pasado el tiempo, y una o dos personas (que no son sus padres biológicos) han cumplido esos cometidos como si fueran sus padres –y presentándose como tales–⁹, aunque biológicamente no lo sean, entonces sí estamos en presencia de una “filiación psico-social” que compite, por así decir, con la biológica. Por eso el elemento cronológico es importante: se puede decir que mientras la filiación biológica es un dato inalterable, que no cambia con el transcurso del tiempo, la “filiación psico-social” va creciendo y consolidándose con el paso del tiempo.

3) Pero demos un paso más. Para que quien se comporta como un padre, o una madre, sin serlo biológicamente, sea considerado jurídicamente como tal, no basta con ese comportamiento, sino que debe mediar un mecanismo legal de atribución

⁷ Por todos, con matices diversos: RIVERO HERNÁNDEZ, F., en RAMS ALBESA, J. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, II-2º Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2000, pág. 1077; MALAURIE, PH.; FULCHIRON, H., *Droit civil. La famille*, Paris, Defrénois, 2004, pág. 317 y sigs.; MANTOVANI, M., “I fondamenti della filiazione”, en *Trattato di diritto di famiglia*, ZATTI, P. (dir.), vol. II, Milano, Giuffrè, 2002, pág. 8 y sigs.

⁸ MALAURIE, PH.; FULCHIRON, H., ob. cit., pág. 333 y sigs.

⁹ Digo presentándose como padres, porque no se trata solo de que hayan cuidado del niño como si fueran sus padres, sino también de que se hayan instaurado vínculos afectivos semejantes a los paternofiliales, que es lo que permite hablar de un conflicto entre la paternidad biológica y la socio-afectiva. Si quien ha prestado esos cuidados lo ha hecho sin presentarse como padre (un familiar que ha acogido al niño, y lo ha cuidado, sin pretender ser otra cosa que su tío), no existe un problema de conflicto de “filiaciones”.

de la paternidad o maternidad: típicamente, la adopción. El mero hecho de tratar a otra persona como un hijo, cuando la relación de filiación no está establecida jurídicamente, no constituye por sí solo un mecanismo de determinación de la filiación; a lo más a lo que conduce es a afirmar la posesión del estado de hijo¹⁰ y, en su caso, a través de ella, a facilitar la atribución formal de la filiación. Del mismo modo, al menos en nuestro derecho positivo, esa circunstancia tampoco sirve para blindar la filiación legal cuando esta no coincide con la biológica (como ocurre en el caso en el que legalmente es padre el marido de la madre, pero el hijo biológicamente es de un tercero), ya que es posible ejercitar las acciones de reclamación e impugnación de la filiación, siempre que concurren los requisitos legales: la posibilidad de ejercitar estas acciones supone dar preferencia a la filiación biológica (que es la que se reclama) frente a la legal (que es la que se impugna)¹¹.

En sentido inverso, para constituir una relación de filiación artificial, desligada por completo de los lazos biológicos (la filiación adoptiva), no se exige que previamente medie una relación afectiva y de trato semejante a la paternofamiliar (es decir, que exista una filiación socio-afectiva), sino simplemente que los adoptantes sean idóneos, y que la adopción sea en interés del adoptando (Art. 176.1 CC): la adopción se constituye, normalmente, no porque entre dos personas existe una relación previa semejante a la que se supone debe existir entre un padre y su hijo, sino en todo caso para que esa relación llegue a existir.

4. Los principios constitucionales en materia de filiación y su plasmación legal

Vamos a proseguir ahora, pero cambiando levemente la perspectiva, y adoptando el punto de vista constitucional, lo que nos permitirá, por un lado, identificar algunos de los principios que inspiran nuestra regulación legal de la filiación, también en sus principios básicos; y, por otro, plantearnos algunas cuestiones clave hasta ahora no abordadas, que se suscitan al hilo de la norma constitucional.

Por lo que se refiere a las relaciones de paternidad y filiación, la Constitución introduce varios principios, que informan, con mayor o menor eficacia, la regulación legal de la filiación:

¹⁰ Quizá convenga aclarar el concepto de posesión de estado de hijo, que puede ser definido como la apariencia de que existe entre dos personas una relación de filiación, creada por el ejercicio de las facultades propias de esa relación y por la convicción de la generalidad.

¹¹ Esta preferencia, fundada en el principio de veracidad biológica (sobre el que volveremos más adelante), no deja de presentar perfiles problemáticos: por ejemplo, en el caso de que quien reclame la paternidad con fundamento en la filiación biológica se beneficie de la inversión realizada por el padre legal en el niño; inversión que no solo es económica, sino que es también (y muchas veces principalmente) personal, afectiva y psicológica. Esto plantea la cuestión de la existencia de otros principios en materia de filiación, que concurren con el de veracidad biológica y lo limitan; y permite apuntar también, ahora como tema de reflexión, la posibilidad de arbitrar mecanismos que permitan reclamar del padre biológico que ha triunfado en una acción de filiación (o más en general, cuya paternidad sea consecuencia de una acción de filiación) los gastos mencionados más arriba.

A) El principio de igualdad

El primero de tales principios es el de igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación, lo que se concreta en la igualdad entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales (Arts. 14 y 39.2 CE). Este principio se encuentra recogido en el Artículo 108.II CC, que lo extiende también a la filiación adoptiva: “[...] la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”.

La igualdad entre la filiación matrimonial y la no matrimonial se refiere básicamente al contenido y efectos de la relación paternofamiliar, y es compatible con la existencia de reglas diversas para una y otra, en orden a la determinación de la existencia del vínculo de filiación (por ejemplo, la presunción de paternidad del marido, fundada jurídicamente en la obligación de convivencia y en el deber de fidelidad de los esposos: Art. 68 CC)¹², o al régimen de las acciones de filiación: así lo afirman expresamente las Ss. TC N° 138/2005, del 26 de mayo, y N° 273/2005, del 27 de octubre.

B) La libre investigación de la paternidad y el principio de veracidad biológica

En segundo lugar, la Constitución se refiere a la investigación de la paternidad, que habrá de ser posibilitada por la ley (Art. 39.2 CE): es lo que habitualmente se denomina libre investigación de la paternidad. Esta regla sirve para fundamentar constitucionalmente el principio de veracidad biológica (y con ella la vinculación entre la filiación biológica y la jurídica), conforme al que como norma es padre jurídicamente quien lo es biológicamente. El Código Civil plasmó la regla constitucional en su Artículo 127, dejado sin contenido por la Ley de Enjuiciamiento Civil –en adelante, Lec.–, la cual, a su vez, hace suyo este principio en el Artículo 767.2, conforme al que “en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”.

La libre investigación de la paternidad supone, como he dicho, una concepción realista de la relación paternofamiliar, fundada en la realidad biológica: la paternidad o, en menos casos, la maternidad que se trata de investigar no es la jurídica (para cuyo conocimiento no haría falta, en sentido estricto, labor de investigación alguna: bastaría con consultar el Registro Civil), sino la biológica; ello queda claro si se repara en la mención que hace el Artículo 767.2 Lec. a las pruebas biológicas (que solo tienen sentido cuando se trata de determinar la filiación biológica). Volvemos, pues, a la relación entre biología y derecho. Esto es así hasta el punto de que el TS, en su S. N° 776/1999, del 21 de septiembre, llega a afirmar, como fundamento del fallo, que

¹² Como indica RIVERO, en la determinación de la maternidad no hay diferencias entre la filiación matrimonial y la no matrimonial, porque “la naturaleza no obra de manera diferente en una y otra ni en tal determinación se manejan criterios o pruebas distintas”; en cambio, en la determinación de la paternidad, sí puede haber diferencias, ligadas a la distinta realidad prejurídica que hay en uno y otro caso (RIVERO HERNÁNDEZ, F., “¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, ob. cit., pág. 12).

“la coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica debe ser total”¹³.

El principio de veracidad biológica no tiene carácter absoluto en nuestro sistema legal, sino que está atemperado por otros, también de rango constitucional, como el de beneficio del hijo (Art. 39.2 CE), el de protección a la familia (Art. 39.2 CE), o el de seguridad jurídica (Art. 9º CE), relacionados estos dos últimos con la necesaria fijeza y seguridad de las relaciones familiares (S. TC Nº 138/2005, del 26 de mayo)¹⁴. Este equilibrio explica algunos preceptos del Código Civil que suponen limitaciones más o menos relevantes al principio de veracidad biológica, como, por ejemplo, los Artículos 123, 124 y 125, en la medida en que restringen las posibilidades de que quede determinada jurídicamente la filiación biológica. El Artículo 125 CC puede constituir un buen ejemplo: “[...] cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, solo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz”; la norma tiene como finalidad proteger al menor o incapaz de las consecuencias perjudiciales que puede tener para él, sobre todo desde el punto de vista social, la determinación legal (y consiguiente publicación) de una filiación incestuosa; el mismo principio de beneficio del menor o incapaz justifica que no se excluya radicalmente esa determinación, sino que se someta a un control judicial, en función de la conveniencia del menor o incapaz.

Recapitulando, lo anterior quiere decir:

¹³ Frente a ello la Ley Nº 14/2006, del 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), consagra legalmente el anonimato del donante de gametos y establece la inatacable paternidad del marido que consintió la fecundación de su esposa con semen de donante (Arts. 5º y 8º LTRHA). Eso quiere decir que el padre biológico no será considerado legalmente padre, ni pesarán sobre él las obligaciones a que se refiere la Constitución en su Artículo 39. Quiere decir también que se limita fortísimamente la investigación de la paternidad en este supuesto. En este caso el derecho ha decidido que, legalmente, padre no es el progenitor biológico, sino el varón que consintió en la realización de estas técnicas. Sin embargo, el TC, en su Sentencia Nº 116/1999, consideró constitucional la regla de anonimato del donante de gametos establecida en el Artículo 5º de la derogada LTRA (y recogida ahora, como se ha dicho, en el vigente Art. 5.5 LTRHA). En mi opinión, el TC prescinde aquí con excesiva alegría, y sin demasiados argumentos, de la clara dicción del Artículo 39.2 CE, conforme al cual la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Pero quería detenerme ahora en otro aspecto: en este caso, de acuerdo con el TC, no parece que haya problemas en que uno de los progenitores (fundamentalmente el varón) sea anónimo, y por tanto no cumpla con sus deberes (constitucionales) como padre. Nótese, además, que el TC fundamenta su decisión, entre otras razones, en que la no existencia del anonimato impediría realizar estas técnicas por falta de donantes: es decir, se hace pasar la realización de estas técnicas (ciertamente lucrativas para quienes las ejecutan) por delante del claro precepto constitucional. Sobre el anonimato del donante, en general, pueden verse las reflexiones de PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Colegio de Registradores, 2002, pág. 197 y sigs.

¹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ (*Comentarios...*, ob. cit., pág. 1077) habla de dos concepciones y sistemas distintos en la filiación: la concepción realista, presidida por el principio de veracidad biológica, y la concepción formalista, que valora (y en ocasiones sobrevalora) otros valores, como la paz familiar o la seguridad jurídica. Como indica el citado autor, ambos sistemas, en su manifestación más rígida y extrema, son parciales y están abocados a producir resultados injustos. Como puede verse en el texto, el sistema español da mayor importancia a la verdad biológica como punto de partida, pero la modaliza mediante la toma en consideración de esos otros valores, lo que en ocasiones puede traducirse –como se señala en el texto– en que la verdad biológica quede relegada a un segundo plano.

- 1) Que la biología es el fundamento de la filiación como figura jurídica: sin procreación no hay filiación.
- 2) Que, como regla, la biología es el fundamento de la llamada, precisamente por eso, filiación natural (Art. 108 CC): en ella se supone que quien es jurídicamente padre o madre lo es porque biológicamente es progenitor.
- 3) Que ambas cosas se traducen en el principio de veracidad biológica, lo que a su vez quiere decir que, como norma, la filiación biológica determina la jurídica: por eso se posibilita la investigación de la paternidad, y se establecen mecanismos jurídicos dirigidos a propiciar la adecuación entre la filiación jurídica y la biológica, como son las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, las cuales en muchos casos sirven para corregir una filiación jurídicamente determinada, pero carente de base biológica (es decir, para adecuar la filiación jurídica a la biológica).
- 4) Que el principio de veracidad biológica no es el único que debe ser tomado en consideración, sino que en ocasiones debe ceder ante otros, que en nuestro sistema tienen rango constitucional, y que representan valores igualmente protegibles: destacan entre ellos el principio de interés superior del menor, y el de seguridad de las relaciones de filiación. Estos principios se plasman en la introducción de limitaciones a la posibilidad de ejercitar las acciones de filiación¹⁵.

C) El deber parental de prestar asistencia a los hijos

El deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio se encuentra recogido en el Artículo 39.3 CE. Esta regla está relacionada con las anteriores de diversos modos, de entre los que ahora interesa destacar uno: la libre investigación de la paternidad está dirigida a determinar quién es el padre (o la madre) biológico –como he indicado, esa y no otra es la paternidad susceptible de ser investigada–, que es a su vez quien está obligado a prestar a su hijo la asistencia de todo orden de que habla la Constitución; dicho con otras palabras, en principio, son padres jurídicos los biológicos, y sobre ellos pesa la obligación de prestar asistencia a sus hijos. Conforme a esto, debe ser considerado legalmente padre, con las funciones y obligaciones propias de la paternidad, quien

¹⁵ De esta forma, se reconoce implícitamente el potencial perturbador de las relaciones de filiación que tienen tanto la admisión de las pruebas biológicas (cuestión a la que ya se ha aludido más arriba) como la amplia configuración de la legitimación activa en las acciones de reclamación de la filiación: si cualquiera pudiera ejercitar una de estas acciones en cualquier momento, simplemente alegando que es hijo, o padre, o madre, del demandado o demandada, y solicitando la realización de las pruebas biológicas, se introduciría un altísimo nivel de inseguridad en las relaciones de filiación; este potencial perturbador justifica la adopción de precauciones, como pueden ser las limitaciones temporales en el ejercicio de las acciones de filiación, o la exigencia de un principio de prueba que justifique el ejercicio de la acción de que se trate (Art. 767.1 Lec., al que se hará nueva referencia más adelante). Para una primera aproximación al régimen de las acciones de filiación, puede verse MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M., *Curso de derecho civil*, vol. IV, Madrid, Colex, 2007, pág. 327 y sigs.

resulta serlo biológicamente; y para establecer quién lo es biológicamente, es para lo que se establece, a nivel constitucional, la libre investigación de la paternidad.

D) ¿Derecho a conocer el propio origen biológico?

Más recientemente se ha comenzado a hablar, tanto en España como en otros países de nuestro entorno, de la existencia de un derecho a conocer el propio origen biológico, considerado por Rivero Hernández como un derecho fundamental de la persona, relacionado con su identidad de persona concreta y diferenciada de cualquier otra¹⁶. Su fundamento constitucional se encontraría no solo en el principio de libre investigación de la paternidad, sino también, e incluso principalmente, en la dignidad de la persona a que se refiere el Artículo 10 CE. En este sentido, la S. TC N° 7/1994, del 17 de enero llega a firmar: “[...] la finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa, en primer lugar, de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica” (véanse también Ss. TC N° 138/2005, del 26 de mayo y N° 273/2005, del 27 de octubre, y las Ss. TS del 15 de marzo de 1989 y 16 de diciembre de 1994)¹⁷. Sin embargo, conviene reseñar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia N° 2003/2008, del 13 febrero (caso “Odièvre”), no ha considerado contraria al Artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos la regulación francesa que admite el parto anónimo¹⁸, y que por tanto posibilita el ocultamiento intencional del origen biológico.

El derecho a conocer el propio origen biológico presenta perfiles especiales cuando estamos ante la filiación adoptiva, o ante la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida:

- 1) En cuanto a la adopción, este derecho ha sido reconocido en nuestro Ordenamiento muy recientemente a través del Artículo 12 de la Ley N° 54/2007, del 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Conforme a dicho precepto, las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas. En todo caso, este derecho no comporta surgimiento de vínculo de filiación, ni de vínculo jurídico alguno entre el adoptado y sus padres biológicos.

¹⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1077 y sigs.

¹⁷ Con todo, como advierte GARCÍA VICENTE, J. R., el derecho a conocer el propio origen suscita numerosos interrogantes prácticos (titularidad, compatibilidad con los mecanismos de protección de menores –y muy especialmente con la adopción–, relación con las reglas relativas al acceso o publicidad de ciertos datos registrales, etc.) todavía no satisfactoriamente resueltos: GARCÍA VICENTE, J. R., “Los principios del derecho de las acciones de filiación”, *Aranzadi Civil*, 2004-I, pág. 2151 y sigs. Se puede ya advertir que, nuevamente, este derecho podría ser incompatible con la regla de anonimato del donante de gametos establecida por la LTRHA.

¹⁸ Más extensamente, sobre esta decisión del TEDH, DURÁN RIVACOBIA, R., “El anonimato del progenitor”, *Aranzadi Civil* 2004-III, pág. 2081 y sigs.

- 2) Por lo que respecta a las técnicas de reproducción asistida, el Artículo 5º la Ley N° 14/2006, del 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), garantiza, por un lado, la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes, aunque añade, por otro, que los hijos tienen derecho a obtener información general de los donantes, pero sin incluir su identidad, la cual solo excepcionalmente podrá ser revelada. Como en el caso anterior, la eventual revelación de la identidad del donante de gametos no comporta surgimiento de vínculo de filiación, ni de vínculo jurídico alguno entre el donante y el hijo generado con sus gametos (Art. 8.3 LTRHA). Llama la atención que en este caso existan unas fuertes limitaciones al derecho a conocer el propio origen biológico –que en sus estrictos términos debería incluir la identidad del donante de gametos¹⁹–, limitaciones que no existen cuando se trata de filiación adoptiva sin que concurren para ello otras razones que las ligadas a asegurar la posición de los donantes, cuya conveniencia (y la de las clínicas dedicadas a realizar estas técnicas) es puesta por delante de los derechos del hijo, por más que tales derechos sean reconducibles, como queda dicho, a la Constitución²⁰.

Pero hay que subrayar todavía otra consecuencia de este derecho a conocer el propio origen biológico, al menos tal y como está regulado tanto respecto a la adopción como respecto a la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Me refiero a la disociación intencionada entre la procedencia biológica y la filiación jurídica: en ambos casos se prevé expresamente que la revelación (o el conocimiento) de la filiación biológica no entrañará establecimiento de vínculos jurídicos de filiación, ni tampoco el surgimiento de ese conjunto de deberes y obligaciones que caracterizan la relación paternofamiliar. Con todo, conviene advertir que esto es algo que está implícito en ambas clases de filiación: tanto en la filiación adoptiva, como en la procedente de técnicas de reproducción asistida con gametos de donante, el derecho asume que la filiación jurídica no coincide con la biológica; lo que se hace ahora es posibilitar que la filiación biológica sea jurídicamente (y no solo de hecho) conocida, pero sin que de ella deriven consecuencias legales.

II. Las transformaciones del derecho de filiación: el desbordamiento de la biología por el derecho

5. Los cambios en los presupuestos de la filiación

La regulación legal de la filiación se ha apoyado, durante siglos, en unos determinados presupuestos, ligados al estado de los conocimientos médicos y biológicos:

¹⁹ Cf. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1079.

²⁰ Pero esto lo ha hecho en primer lugar nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia N° 116/1999, cuando (no está de más recordarlo) al abordar el anonimato del donante fundamenta su decisión, entre otras razones, en que la no existencia del anonimato impediría realizar estas técnicas por falta de donantes: es decir, se hace pasar la realización de estas técnicas por delante de la clara dicción del Artículo 39 CE.

el primero, la seguridad de la filiación materna, determinada por el parto, sobre la que se entendía que no podían existir dudas razonables (*mater semper certa est*); el segundo, la relativa incertidumbre sobre la paternidad (considerada un arcano de la naturaleza, de cuya veracidad solo la madre, y no siempre, podría dar razón), que se atribuía jurídicamente a través de mecanismos indiciarios y formales como, sobre todo, el hecho de estar casado con la madre (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). Estos presupuestos se han visto profundamente afectados por los recientes avances en los conocimientos médicos y biológicos, así como por las posibilidades de actuación sobre la reproducción humana que tales avances han permitido:

1) Por un lado, la puesta a punto de pruebas biológicas dotadas de un alto grado de fiabilidad permite determinar la paternidad, o la no paternidad, en muchos casos, con un altísimo nivel de verosimilitud, hasta llegar prácticamente a la certeza (es el caso del análisis de ADN)²¹. La paternidad, por lo tanto, ha dejado de ser un arcano de la naturaleza, y ha pasado a ser empíricamente comprobable. Esto no quiere decir que los mecanismos indiciarios de determinación de la paternidad, usados hasta ahora, pierdan sentido, ya que siguen siendo imprescindibles como sistema para atribuir la paternidad jurídica con carácter general. Sin embargo, las posibilidades de investigación de la paternidad (y maternidad) biológica son mucho mayores que hace un siglo (y mucho mayores que lo que han sido durante la historia de la humanidad), lo que tiene como efecto que el principio de veracidad biológica alcance una fuerza muy superior a la que tenía, y unas posibilidades de perturbación de la filiación legal muy superiores a las que tenía cuando los medios técnicos eran más limitados²².

2) Por otro lado, las técnicas de reproducción asistida han llegado a poner en duda el mismo concepto biológico de filiación, sobre todo en relación con la maternidad, al permitir disociar los elementos genéticos, de la gestación y el parto: esto ocurre en los casos en los que una mujer aporta el óvulo que, tras ser fecundado, es implantado, ya como embrión, en otra mujer, que será quien lleve a cabo el embara-

²¹ Más detalles en RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1267 y sigs.; y QUESADA GONZÁLEZ, M^o C., “La prueba del ADN en los procesos de filiación”, *Anuario de derecho civil*, 2005-II, pág. 493 y sigs.

²² Quizá convenga explicar esta última afirmación. Cuando las posibilidades de averiguar la filiación biológica eran técnicamente limitadas, la eficacia perturbadora del principio de veracidad biológica con respecto a la filiación legalmente determinada era igualmente limitada: solo en casos de por sí evidentes (por ejemplo, la incompatibilidad entre la raza del hijo y la del padre), o cuando era posible proporcionar una prueba suficientemente significativa (por ejemplo, la imposibilidad de acceso sexual del padre a la madre en el tiempo de la concepción), podía triunfar la acción de impugnación; del mismo modo, el campo posible de las acciones de reclamación de paternidad era limitado, por la dificultad de aportar pruebas significativas, que suministraran indicios de por sí suficientes como para declarar la paternidad. A partir del momento en el que hay un tipo de pruebas que permiten, en primer lugar, excluir con seguridad la paternidad, pero también afirmarla con casi la misma seguridad, se amplían enormemente las posibilidades de triunfo de las acciones de filiación (ya sea la de impugnación, ya sea la de reclamación): no estaríamos ante pruebas meramente indiciarias, sino ante prueba plena de la paternidad –o maternidad– impugnada o reclamada. Esto podría provocar una “inflación” de acciones de filiación, frente a lo que nuestro derecho ha reaccionado a través del actual Artículo 767.1 Lec., conforme al cual “en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”: la exigencia de este principio de prueba (es decir, de que quien interponga una acción de filiación aporte una prueba inicial que permita pensar que la demanda tiene fundamento) trata de evitar demandas infundadas, temerarias o caprichosas.

zo, y quien dé a luz. ¿Cuál de las dos mujeres (la que aportó el óvulo, o la que llevó a término la gestación y dio a luz) es biológicamente la madre? Nótese que, además, este supuesto puede estar orientado, bien a que el recién nacido sea entregado a la mujer que aportó el óvulo pero no puede gestar, bien a que sea la mujer que dio a luz la que se quede con el hijo –o incluso a que el niño sea entregado a una tercera mujer, llamada “madre comitente”, que es la que, por así decir, “encargó” la gestación, y por tanto aporta el elemento volitivo²³-. Las técnicas de reproducción asistida, por otro lado, han suscitado nuevas cuestiones, hasta el momento no planteadas, que han resuelto las leyes de forma muchas veces poco acertada. A ellas me referiré más adelante, con algo más de detalle.

3) Las técnicas de reproducción asistida y su regulación propiciaron que destacados autores (Lacruz, Rivero, Díez-Picazo y Gullón²⁴) comenzaran a diferenciar entre los conceptos de padre o madre, y paternidad (a los que se atribuye un específico contenido jurídico, sociológico y cultural) y los de progenitor y progeneritura (referidos exclusivamente a la procedencia biológica): se trataba así de distinguir entre la procedencia biológica (que correspondería a quien aportó los gametos) y el vínculo legal de filiación (que es el que concentraría esos contenidos jurídicos, volitivos, sociológicos y culturales). De acuerdo con ello, padre sería, por ejemplo, el marido que consiente la inseminación de su esposa con gametos de donante, y progenitor sería el donante de los gametos. Este polémico desarrollo doctrinal se ha visto afectado en su raíz por la Ley N° 13/2005, que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, la cual ha provocado un brusco cambio de sentido en esta diferenciación: dicha ley, que permite como queda dicho que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio civil, posibilita también que los cónyuges del mismo sexo puedan adoptar conjuntamente, en cuyo caso se crearía un vínculo de filiación adoptiva entre dos “padres” y el menor adoptado, o dos “madres” y el menor adoptado. Tal situación planteaba problemas de adecuación terminológica con los preceptos del Código Civil que se referían a padre o madre, o genéricamente a los padres para referirse a ambos: en el primer caso porque los adoptantes podían ser “padre y padre”, o “madre y madre”, y en el segundo porque quedarían excluidos los supuestos en los que lo que hay legalmente son dos “madres”. La solución a la que ha recurrido el legislador de 2005 es sustituir esos términos por los de progenitor o progeneritores, en los preceptos afectados. Lo que ocurre es que entonces: i) por un lado, se produce la paradoja de que reciben el nombre de progenitor (que etimológicamente se relaciona con la procedencia biológica) quienes biológicamente no lo son; ii) por otro lado, el término progenitor se usa en sentido contrario a aquél en el que era empleado por los autores citados en relación con las nuevas técnicas de reproducción asistida.

²³ Esta posibilidad está prohibida en nuestro derecho: Artículo 10 LTRHA. Aunque en el texto se habla de la “madre comitente”, no está de más recordar que el supuesto cabe en relación con un hombre (“padre comitente”), o con un matrimonio (que sería el “matrimonio comitente”), cuando son ese hombre o ese matrimonio los que “encargan” la gestación. Precisamente la Resolución de la DGRN del 18 de febrero de 2009 contempla (y admite) un caso en el que dos varones españoles que han contraído matrimonio civil en España formalizan un contrato de maternidad subrogada en Estados Unidos; más adelante volveré de nuevo sobre este supuesto.

²⁴ Sobre la cuestión, por extenso, PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, ob. cit., pág. 59 y sigs.

6. Biología y derecho en la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida: primer desencuentro

Vamos a examinar a continuación algunas de las fronteras actuales de la regulación jurídica de la filiación. En concreto me voy a detener, por un lado, en los problemas que plantean las nuevas técnicas de reproducción asistida, y, ya en el epígrafe siguiente, en los retos que supone la vigente regulación de la adopción. En ambos casos, como veremos, se ha producido un desbordamiento de los límites biológicos de la filiación por parte del derecho, con la consiguiente “desnaturalización” de la propia filiación. Pero no se trata solamente de que existan unas relaciones de filiación puramente jurídicas, carentes por tanto de base biológica: ese es un dato no problemático en relación con la adopción (que consiste precisamente en eso), y presenta perfiles más conflictivos cuando se trata de técnicas de reproducción asistida. Lo importante es que como consecuencia de reformas operadas en los últimos años, en ambos casos han quedado desbordados los límites propios de la filiación biológica, de manera que se han introducido relaciones de filiación no reconducibles a dicha relación biológica, lo que implica un cambio muy relevante en el propio concepto jurídico de filiación.

Los avances médicos y biológicos en materia de reproducción humana, sobre todo a partir de 1978, año en el que nació la primera niña concebida *in vitro*, han planteado al derecho retos numerosos e importantes. Entre ellos se cuentan los relativos a la filiación de los nacidos a consecuencia del empleo de tales técnicas, que no son, sin embargo, los más importantes. Los retos más importantes que las técnicas de reproducción humana asistida plantean a la sociedad y al derecho tienen que ver con la admisión y los límites de tales técnicas, y están relacionados con cuestiones tan fundamentales como la propia consideración del ser humano como fin, y no como medio para la satisfacción de los fines perseguidos por otros seres humanos, o con la vida y la integridad de todo ser humano (desde el mismo comienzo de su existencia individual)²⁵.

²⁵ En efecto, en la actualidad, las técnicas de reproducción asistida pueden ser utilizadas tanto para proporcionar descendencia a parejas estériles, como para posibilitar que una mujer sola tenga hijos sin necesidad de mantener relaciones sexuales con ningún varón, como para permitir el nacimiento de niños destinados, además de a vivir su propia vida, a proporcionar cura (por ejemplo, a través de una donación de médula ósea compatible) a un hermano mayor, o más en general a un tercero, aquejado de determinadas enfermedades (es el caso de los llamados, gráficamente, bebés-medicamento), como para proporcionar embriones destinados directamente a la experimentación y la investigación. En muchos de estos casos, las técnicas empleadas suponen la manipulación de embriones (que no son sino seres humanos en el inicio de su desarrollo vital). Esta manipulación puede llegar a la destrucción de tales embriones, lo que en nuestro derecho está admitido a través de la consagración legal del concepto (jurídico, que no biológico) de preembrión. En España, estos retos han sido resueltos por la ley de forma ampliamente permisiva, que admite prácticamente todas las posibilidades que se han apuntado. De esta manera, nuestro Ordenamiento trata de forma diferente, por lo que se refiere a la protección de la vida y la integridad física, a los seres humanos en función de su grado de desarrollo biológico (es decir, de su edad), optando, además, por desconocer la condición de persona de algunos seres humanos, en las primeras etapas de su formación (gestación). Sobre estas cuestiones, desde el punto de vista jurídico, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en RAMS ALBESA, J. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, ob. cit., pág. 296 y sigs., y en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M. y PARRA LUCÁN, M^a A., *Curso de derecho civil*, vol. I,

En relación con la filiación, los retos que plantean las técnicas de reproducción asistida son también importantes: tanto de concepto (lo que está en juego son los propios conceptos de paternidad y maternidad), como de regulación concreta (es decir, de solución de los problemas que se plantean en relación con los hijos nacidos del empleo de estas técnicas).

Las cuestiones relacionadas con la determinación de la paternidad o maternidad han de resolverse teniendo en cuenta que pueden intervenir en la generación, según las técnicas empleadas, en el caso más extremo (ciertamente no habitual, y además prohibido en alguno de sus extremos por nuestro derecho positivo), hasta un total de cinco personas (pareja comitente, varón donante de semen, mujer donante de óvulo y mujer gestante); más habitual puede ser la intervención de tres personas (pareja comitente, en la que la mujer es la que lleva a cabo la gestación, y el donante de semen, o la donante de óvulos); pues bien, de todos estos intervinientes, ¿quién debe ser considerado legalmente el padre y quién la madre?; ¿qué papel desempeñan la biología y la voluntad en la determinación legal de la paternidad o maternidad?

Otra cuestión relevante es la que tiene que ver con la superación de los límites naturales de la procreación, propiciada por la posibilidad de conservación de embriones congelados, que hacen, por ejemplo, que los tiempos de un embarazo normal (que están en la base de las reglas contenidas en los Arts. 116, 117 y 118 CC²⁶) puedan verse superados, y desde la concepción en el laboratorio hasta el nacimiento puedan llegar a pasar varios años. Del mismo modo, la posibilidad técnica de conservar los gametos congelados, que se practica sobre todo por razones técnicas en relación con los espermatozoides, hace que se planteen cuestiones ligadas a la eventual fecundación de la mujer con esperma crioconservado del varón ya fallecido, de manera que nuevamente los plazos que están en la base del Artículo 116 CC pueden quedar amplísimamente superados (en relación con lo cual habrá que determinar, también, cuáles son las eventuales consecuencias sucesorias del nacimiento de estos hijos superpóstumos).

Una característica señalada del empleo de estas técnicas es lo que cabría denominar su transparencia biológica: desde el primer momento, y salvo errores no descartables (de hecho, se han producido) de manipulación médica, la filiación biológica es conocida por completo; se conoce de quién es el esperma, de quién es el óvulo, en qué momento el espermatozoide fecunda el óvulo, quién ha gestado el embrión resultante y qué relación tienen quienes resulten ser legalmente los padres con todos ellos. El arcano de la filiación, desvelado en la filiación natural casi por completo (aunque sea *a posteriori*) mediante el recurso a las pruebas biológicas, en el caso de

3ª ed., Madrid, Colex, 2008, pág. 354 y sigs. Desde el punto de vista antropológico y moral, es fundamental la "Instrucción *donum vitae* sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, del 22 de febrero de 1987, documento tan criticado como clarividente.

²⁶ De acuerdo con el Artículo 116 CC, "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". Junto a este plazo de los trescientos días, que marcaría la duración máxima estimada del embarazo, el Artículo 117 fija una duración mínima estimada de ciento ochenta días.

las técnicas de reproducción asistida no existe desde el primer momento²⁷. La transparencia biológica es regla en estas técnicas, y en ocasiones es la que propicia su utilización: por ejemplo, cuando se trata de evitar enfermedades hereditarias a través de la selección de los embriones que no las padecen, y de la destrucción de los demás (que, en todo caso, son seres humanos aquejados actual o potencialmente de una enfermedad). La investigación de la paternidad biológica podría reducirse, en muchos de estos casos, a la simple consulta de las historias clínicas correspondientes.

Ciertamente, la ausencia de relaciones sexuales en el origen de la procreación, la intervención de terceros (incluido aquí el equipo médico) en la generación de nuevos seres humanos, la certeza sobre la procedencia de los gametos que han generado ese nuevo ser humano, la ruptura de numerosos condicionamientos puestos por la naturaleza y la biología, la conversión en posibles de supuestos imposibles, hace solo unas décadas, han afectado directísimamente los pilares sobre los que se asienta la vigente regulación de la filiación y, más allá, los propios conceptos de filiación, paternidad y maternidad, y el papel de hombre y mujer en la procreación, todo lo cual resulta puesto en duda. La respuesta legal, y más marcadamente en nuestro país, no ha estado en muchas ocasiones a la altura de estos retos, tampoco desde el punto de vista técnico.

En este sentido, en el régimen de las técnicas de reproducción asistida la biología cede terreno ante el papel determinante que se concede a la voluntad, hasta el punto de que en tres supuestos se establecen vínculos jurídicos de filiación que carecen de base biológica:

1) Cuando las técnicas se utilizan en mujer casada empleando semen de donante, con consentimiento de su marido. En efecto, el Artículo 8.1 LTRHA establece que “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”. Esta previsión se complementa con la contenida en el Artículo 8.3, conforme al que la revelación de la identidad del donante, cuando proceda legalmente, “no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”. De acuerdo con los preceptos citados, si media consentimiento del marido, el nacido es considerado legalmente hijo suyo aunque la fecundación haya tenido lugar con semen de donante: esto es así por la combinación de la presunción legal de paternidad (Art. 116 CC) y la prohibición de impugnar la paternidad contenida en el Artículo 8.1 LTRHA. Si la fecundación se ha realizado con gametos de donante, la filiación paterna se funda no en la biología sino exclusivamente en el consentimiento prestado por el marido, lo que ha llevado a afirmar, con razón, que estamos ante un nuevo título de atribución de la paternidad (Pérez Monge)²⁸.

2) Cuando las técnicas se emplean en mujer casada civilmente con otra mujer, utilizando como en el caso anterior semen de donante –en este supuesto no cabe

²⁷ Cosa distinta son los errores, o incluso los engaños a que pueden quedar sujetos algunos de los intervinientes: como el caso del marido que ignora que su mujer ha recurrido a una inseminación artificial o a una fecundación *in vitro* con semen de donante, y cree que el hijo es suyo.

²⁸ PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada...*, ob. cit., pág. 133 y sigs.

otra posibilidad que el recurso a semen de donante. Conforme al Artículo 7.3 LTRHA, introducido por la Disposición Adicional Primera de la Ley N° 13/2007, del 15 de marzo, “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. En su virtud, las dos mujeres cónyuges podrían ser madres del hijo nacido a consecuencia de estas técnicas; una, en cuanto ha dado a luz, y la otra, en cuanto ha realizado antes del parto (no después) la manifestación a que se refiere, con técnica muy deficiente, el precepto. También aquí está claro que, tratándose de la mujer declarante, no estamos ante una filiación biológica, sino ante una filiación derivada únicamente de su voluntad²⁹. Pero lo más perturbador de esta regla, desde el punto de vista de la filiación, es lo que podríamos llamar el desbordamiento de los límites institucionales de la filiación, que es algo que merece una cierta reflexión; por ello, volveré sobre esto más adelante, una vez que nos hayamos detenido en algunas cuestiones sobre la filiación adoptiva, en las que vuelve a plantearse el mismo problema.

3) Cuando las técnicas se emplean en mujer no casada usando semen de donante, con consentimiento del varón que va a asumir la paternidad (Art. 8.2 LTRHA), aunque sin necesidad de que entre la mujer fecundada y el varón que consiente haya relación de afectividad o convivencia. El consentimiento prestado por el varón no casado a la fecundación con semen de donante, antes de la realización de las técnicas de reproducción asistida, permite solicitar la inscripción del nacido a consecuencia de dichas técnicas como hijo (no matrimonial) de dicho varón, a través del expediente gubernativo regulado en el Artículo 49 LRC³⁰. En este caso el único fundamento de

²⁹ Esta regla, introducida en la LTRHA de forma precipitada e irreflexiva, presenta perfiles muy problemáticos. En primer lugar, es muy llamativa, por contraste, la ausencia de cualquier tipo de control o contrapeso a la voluntad de la esposa declarante: el establecimiento de la filiación depende exclusivamente de su voluntad, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos en los que la voluntad juega un papel decisivo en el establecimiento de la filiación, como pueden ser el reconocimiento (que conforme al Art. 124 CC requiere consentimiento expreso del representante legal del reconocido, o aprobación judicial), la adopción (que precisa declaración de idoneidad, propuesta de la entidad administrativa y resolución judicial: Art. 176 CC) o el caso del Artículo 8.2 LTRHA (en el que la atribución de paternidad se hace a través del expediente gubernativo del Art. 49 LRC, con sus correspondientes cautelas: falta de oposición del Ministerio fiscal o de la parte interesada notificada personalmente, de manera que si hay oposición será precisa decisión judicial en procedimiento ordinario). En esta línea, llama la atención que no se tome en consideración a ningún efecto la voluntad de la madre biológica (la esposa que da a luz) –la cual, por otro lado, ha podido someterse a estas técnicas sin necesitar el consentimiento previo de su esposo. En la medida en que tales controles están puestos en beneficio del hijo, la absoluta falta de filtros en el establecimiento de esta filiación derivada exclusivamente de la voluntad podría colisionar con el principio constitucional de protección integral de los hijos (Art. 39 CE).

³⁰ El Artículo 8.2 LTRHA dispone: “[...] se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el Artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de la paternidad”. Como se ha indicado en el texto, el precepto no pide que entre la mujer fecundada y el varón que consiente haya relación de afectividad o convivencia, aunque tal relación puede darse: el consentimiento puede proceder también de un varón no unido por relación alguna de afectividad o convivencia con la usuaria. El Artículo 49 LRC, a los efectos que ahora interesan, dispone que la filiación no matrimonial puede inscribirse mediante

esa paternidad es la voluntad del varón que consiente: ni la inexistente relación biológica, ni la igualmente inexistente presunción de paternidad sirven para justificar esa paternidad; tampoco cabe decir que estemos ante un reconocimiento en sentido propio, ya que lo que se reconoce más bien es que el hijo no es biológicamente del varón que consiente, puesto que a lo que consiente es a la fecundación con gametos de donante, y no con los suyos propios (Montes Penadés)³¹.

7. Filiación adoptiva: segundo desencuentro

Para finalizar con este repaso a las claves del tratamiento jurídico de la filiación, vamos a detenernos en la filiación adoptiva³². La adopción es una figura jurídica que consiste, fundamentalmente, en instaurar entre dos personas una relación jurídica de filiación, es decir, vínculos jurídicos similares a los que hay entre una persona y sus descendientes biológicos. El alcance de esos vínculos, dentro de ese mínimo común denominador, ha variado mucho a lo largo de la historia, acercándose (y alejándose) más o menos el régimen de la filiación adoptiva al de la filiación biológica –o a alguna de sus clases– según tiempos y lugares, en función de las finalidades asignadas institucionalmente a la adopción³³. Actualmente, queda en pie, como contenido más nuclear e identificativo de la adopción, esa instauración entre dos personas de una relación jurídica semejante, en todo, o solo en parte, a la que existe entre los padres y sus hijos biológicos. De ahí que sea habitual, ya desde el derecho romano, referirse a la adopción como una imitación (jurídica) de la naturaleza, o como una imagen puramente jurídica de la relación jurídico-natural de filiación³⁴. Es importante subrayar, en todo caso, que de lo que se trata es de crear una relación que pueda ser identificada como filiación, pero con las finalidades asignadas a la adopción.

expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, entre otros casos, “cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación”: el consentimiento prestado por el varón no casado a la fecundación con semen de donante, antes de la realización de las técnicas de reproducción asistida, permite solicitar la inscripción del nacido a consecuencia de dichas técnicas como hijo (no matrimonial) de dicho varón, a través del expediente gubernativo regulado en el Artículo 49 LRC.

³¹ MONTES PENADÉS, “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, en AA VV, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Trivium, 1988, pág. 181.

³² Algunas de las cuestiones abordadas en este epígrafe se encuentran desarrolladas más ampliamente en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2007, pág. 3 y sigs.

³³ La adopción es un instrumento que puede estar (e históricamente ha estado) al servicio de múltiples finalidades, tanto sociales como individuales (sociales, políticas, sucesorias, familiares, religiosas, etc.); finalidades, además, que no son incompatibles entre sí. Algunas de ellas tienen carácter institucional: es decir, les es asignada la adopción por la sociedad, a través del derecho. Así, el derecho puede dotar a la adopción de una determinada finalidad institucional básica (por ejemplo, la de ser un instrumento de protección de menores desamparados, como ocurre entre nosotros), y junto a ella coexistir en los concretos adoptantes una finalidad subjetiva distinta, pero no incompatible (por ejemplo, tratándose de un matrimonio sin hijos, la de obtener satisfacción a su legítima aspiración a tener descendencia).

³⁴ La regla procede, como queda dicho, del derecho romano, y más concretamente de *Instituciones I, 11, 4: adoptio imitatur naturam*.

Lo anterior pone de relieve no solo el alcance de la adopción, sino también, en cierta medida, sus propias limitaciones: lo que cabría denominar los límites de tolerancia de la institución (es decir, aquéllos límites cuyo desbordamiento determina la desfiguración de la institución); límites que, en la medida en que mediante la adopción lo que se constituye es un vínculo de filiación, repercuten también en la propia filiación. Es claro que el derecho no puede crear unos inexistentes lazos biológicos; lo que sí puede hacer es crear vínculos jurídicos similares a los que existen entre padres e hijos como consecuencia de la relación biológica de filiación.

1) Es preciso recordar, en primer lugar, que los vínculos entre padres e hijos biológicos son, simultáneamente, vínculos naturales y jurídicos: jurídicamente es padre quien lo es biológicamente. El derecho no crea esos lazos, sino que se limita a reconocerlos. Quién es padre y quién es hijo es algo que le viene al derecho dado por la naturaleza, y el derecho lo único que hace es recibir ese dato, y atribuirle determinadas consecuencias: no elige padres para hijos, ni hijos para padres. En la adopción, sin embargo, las cosas son distintas, puesto que en ella falta el elemento natural o biológico; los vínculos entre adoptante y adoptado son solo jurídicos, y encuentran su origen no en la naturaleza (en la biología), sino exclusivamente en el derecho positivo. Podríamos decir, gráficamente, que la relación de filiación es natural, y la de adopción “artificial”, aunque ambas puedan llegar a tener un contenido legal prácticamente idéntico, como ocurre en nuestro derecho. Ahora bien, si en el caso de la adopción es la sociedad, y no la naturaleza, la que crea la relación jurídica, eso quiere decir que esa misma sociedad puede, y debe, controlar las relaciones de filiación creadas por ella, para asegurar la obtención de las finalidades perseguidas mediante la instauración de tales relaciones: aquí es el derecho el que dice quién es padre de quién, y por tanto, puede elegir los padres que quiere (o que admite) para quienes están necesitados de ellos; dicho control, sin embargo, no cabe respecto a la relación de filiación natural, en la que la relación (biológica y jurídica) entre padres e hijos no es creada por el derecho, sino que le viene dada. Esto es lo que justifica, por ejemplo, la exigencia de que los adoptantes sean declarados idóneos. Pero no quiero detenerme en esto, que pertenece más bien al estudio de la filiación en cuanto tal.

2) En segundo lugar, cabe afirmar que la filiación natural determina las condiciones de posibilidad de la filiación adoptiva. La filiación biológica constituye el modelo a cuya imagen se crean los vínculos “artificiales” de filiación adoptiva: para crear una relación semejante a la jurídico-natural, la relación creada debe ser asemejable a la natural, en el sentido de que debe ser posible reconducirla al modelo que proporciona la naturaleza. Esto es así porque de lo que se trata es de establecer un vínculo artificial de filiación; artificial, sí, pero de filiación; lo cual tiene como consecuencia que la filiación así creada debe ser posible como filiación. En consecuencia, solo cabe establecer un vínculo de filiación adoptiva allí donde podría haber un vínculo biológico de filiación; el vínculo adoptivo de filiación solo puede crearse entre personas entre las que podría haber un vínculo biológico de filiación. Esto significa, que como regla el vínculo de filiación adoptiva debe construirse a imagen del vínculo de filiación biológica: padre e hijo, madre e hijo (ambos a la vez, si la adopción es conjunta). No, por ejemplo, dos padres y una madre, porque eso no existe en la filiación biológica. Tampoco dos madres, porque biológicamente solo hay una, ni dos padres, porque biológicamente solo hay uno; nadie tiene, biológicamente, dos padres o dos

madres. Sí, en cambio, un padre y un hijo, o una madre y un hijo (adopciones individuales), porque ambos vínculos existen en el modelo natural³⁵. Se puede hablar, entonces, si no de un principio de *veracidad*, sí de un principio de *verosimilitud*, que excluye lo que podríamos llamar las filiaciones biológicamente imposibles³⁶.

Pues bien, este planteamiento es desconocido por el Ordenamiento común español, en la medida en que admite la adopción por cónyuges homosexuales. En efecto, la Ley N° 13/2005, al introducir el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, ha permitido también que los cónyuges del mismo sexo puedan adoptar conjuntamente (Art. 175.4 CC). Por tanto, ha posibilitado que se creen vínculos de filiación adoptiva entre dos padres y un hijo, o entre dos madres y un hijo, vínculos que no existen en la filiación biológica, en la que no hay, como queda dicho, dos padres o dos madres. De esta manera lo que queda desbordado son los propios límites de tolerancia de la filiación, determinados por la biología, y precisamente esos límites son los que permiten identificar la relación que crea el derecho como una relación de filiación, y no como cualquier otra relación jurídica de protección de menores; y es lo mismo que ha ocurrido con la reforma de la LTRHA a que antes he hecho referencia, en cuanto posibilita que una de las dos esposas reconozca como hijo suyo al niño que la otra ha dado a luz como consecuencia de haberse sometido a técnicas de repro-

³⁵ Esta misma idea tiene también un reflejo claro en la regulación de las acciones de filiación: las acciones de reclamación o de impugnación de la filiación tienen como límite común el no poder ejercitarse cuando hay una filiación determinada previamente a través de sentencia firme (Art. 764.2 Lec.); leído el precepto desde el punto de vista que hemos adoptado, lo que quiere decir es que si ya hay un padre determinado por sentencia firme, no cabe otro; y si ya hay una madre, no cabe otra.

³⁶ Pero ¿no quedaría esta argumentación contradicha por la admisión en nuestro derecho positivo, y nada menos que como regla, de la adopción individual? Porque nadie es hijo biológicamente solo de un padre o de una madre: hacen falta los dos. El argumento no es decisivo. Como se ha indicado en el texto, el referente básico de cualquier filiación legal es la filiación biológica, la cual establece el marco en el que se puede mover la filiación adoptiva, para que en éste último caso realmente podamos estar hablando de filiación. A partir de ese marco, que exista entre un hombre y un menor un vínculo de filiación (de paternidad) o entre una mujer y un menor un vínculo de filiación (de maternidad) no es contradictorio con lo que es posible en la filiación biológica: de hecho, es reconducible a ella sin ningún problema. Por otro lado, que desde el punto de vista jurídico solo exista una filiación (la paterna o la materna) es una situación conocida y regulada desde hace siglos: baste pensar en los casos en los que solo se ha determinado la filiación respecto de uno de los progenitores, más habitualmente la madre, de manera que el hijo legalmente solo tiene padre, o madre. Cabría mencionar también los casos en los que uno de los progenitores biológicos ha fallecido, de manera que legalmente solo subsiste uno de los vínculos de filiación (aunque el hijo siempre lo será de su progenitor fallecido, y eso sigue teniendo relevancia jurídica).

Por otro lado, no se debe olvidar que los vínculos de filiación son esencialmente individuales: no es un solo vínculo que une a los progenitores (padre y madre) con su hijo, sino que hay dos vínculos diferentes y complementarios: el de paternidad, que une al padre con el hijo, y el de maternidad, que une a la madre con el hijo. La adopción individual crea, entonces, un vínculo de paternidad, o de maternidad, que coincide exactamente con ese vínculo biológico de paternidad o maternidad, y que por tanto es asemejable a él. Lo que no existe en la naturaleza no manipulada son dos paternidades simultáneas, o dos maternidades simultáneas, respecto al mismo hijo, que es lo que “fabrica” la adopción conjunta por parejas homosexuales. Así pues, lo relevante es, por un lado, que la adopción individual encaja en el marco que proporciona la filiación biológica, y, por otro lado, que desde el punto de vista jurídico su resultado es semejante a esos casos en los que solo existe un progenitor legalmente determinado (o, de hecho, a aquél en que solo subsiste uno de los inicialmente presentes).

^{Sobre} la cuestión más extensamente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *La adopción conjunta...*, ob. cit., pág. 23 y sigs.

ducción asistida. En ambos casos, al admitir jurídicamente como filiación relaciones que biológicamente no pueden ser de filiación, lo que se hace es destruir el marco de referencia biológico del régimen jurídico de la filiación. Y esto se hace, tanto en el caso de la adopción, como en el de las técnicas de reproducción asistida, en beneficio de quienes van a ser los padres, y no en beneficio del menor (cuyo interés se supone que debe prevalecer)³⁷.

Lo afectado no es solo la adopción, sino también el propio concepto de filiación. Pero entonces lo que ignoramos es qué es la filiación, y por qué está sujeto a un régimen tan peculiar. Esto, unido a la creciente importancia que tiene en estos nuevos vínculos de filiación la voluntad, los deseos y los intereses de los padres (el derecho al hijo que está en la base de esas dos reformas), abre la puerta a un modelo de régimen de la filiación –que la profesora Barber Cárcamo ha denominado gráficamente como de tercera generación–, centrada en el interés de los progenitores, antes que en el de los hijos. En tal caso el interés del hijo, afirmado formalmente por las leyes, no pasa de ser una coartada hipócrita tras la que se oculta el interés de los padres³⁸.

³⁷ Por eso el legislador no ha considerado suficiente, en el caso de la adopción, el recurso a otra figura protectora, como por ejemplo el acogimiento. Si de lo que se trata es de proporcionar a un menor necesitado de él de un ámbito de protección en el que puedan desarrollarse, no es imprescindible instaurar un vínculo de filiación: dos personas del mismo sexo podrían realizar esa misma función sin necesidad de forzar el concepto de filiación, por ejemplo, a través de un acogimiento permanente (Art. 173 bis I.2° CC), o de la atribución de un derecho de custodia similar a la patria potestad, pero sin necesidad de recurrir a la adopción (y con ella, a la filiación). Pero lo que se buscaba, básicamente por razones simbólicas, era la creación de relaciones de filiación, que hicieran a los “matrimonios” homosexuales iguales a los demás, también en aquello que les niega en todo caso la naturaleza: los hijos. No estoy defendiendo con esto el acogimiento permanente por parejas del mismo sexo, ni el establecimiento de ese peculiar derecho de custodia. Me limito a poner de relieve que la filiación no es la única posibilidad; es más, que recurrir a la creación de esos vínculos de filiación entre un menor y dos personas del mismo sexo fuerza radicalmente la propia institución empleada.

La cuestión puede ser susceptible de un análisis algo más detenido: ¿podría ser, efectivamente, una solución el recurso a esas otras instituciones de protección de menores? Esta solución presenta algunas ventajas, pero adolece de inconvenientes importantes. Las ventajas más relevantes son que, por un lado, no se fuerzan los límites institucionales (y biológicos) de la adopción, que son los proporcionados por la filiación biológica, ni se desconoce el origen biológico (heterosexual) del menor. También pueden ser menores los riesgos en el campo psicológico o de integración social, en cuanto evita los problemas derivados de la presencia de dos “padres” o dos “madres”. Sin embargo, siguen estando presentes los inconvenientes más importantes ligados a la inestabilidad de estas parejas (atenuada quizá porque en caso de ruptura uno de los miembros de la pareja carecería de vínculos legales con el menor, vínculos que podrían propiciar mayor conflictividad jurídica), y a su idoneidad para proporcionar al menor un entorno y una educación adecuada (sobre lo cual, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., *La adopción conjunta...*, ob. cit., pág. 13 y sigs., y allí ulteriores referencias). Por eso, como se ha indicado, no parece que estas otras soluciones alternativas sean asumibles sin más, como una suerte de adopción simple o menos plena. Los eventuales riesgos a que puede verse sometido el menor deben ser valorados especialmente, antes de someterlo a alguna institución de carácter conjunto.

³⁸ La afirmación procede de MALAURIE, PH.; FULCHIRON, H. (*Droit civil. La famille*, ob. cit., pág. 317), quienes la hacen en relación con la exaltación de la voluntad en el derecho de filiación, pero puede aplicarse sin problemas al supuesto examinado en el texto, que es una manifestación más de la creciente relevancia de la voluntad en este ámbito.

8. Matrimonio civil entre personas del mismo sexo y filiación: la revancha de la biología

La apertura de la forma matrimonial civil a parejas del mismo sexo ha introducido una alteración radical en el concepto legal de matrimonio civil, ya que la estructura interna de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo es en sí misma no procreativa. Al decir que el matrimonio entre personas del mismo sexo responde internamente a una estructura no procreativa, me refiero a que del hecho de que dos varones o dos mujeres mantengan relaciones sexuales entre sí, *y solo de él*, no se deriva el nacimiento de nuevos seres humanos; del hecho de que varón y mujer mantengan relaciones sexuales entre sí, *y solo de él*, puede derivarse (y en muchos casos se deriva) el nacimiento de nuevos seres humanos. Es la propia estructura interna y funcionalidad de la unión sexual entre personas de diferente sexo la que produce esos efectos, sin necesidad de intervención de terceros, y es la misma estructura interna de la unión sexual entre personas del mismo sexo la que impide que haya procreación.

Consecuencia de ello es que la distancia entre matrimonio civil y procreación se ha acrecentado notabilísimamente, afectando ahora la propia estructura de la unión, que al prescindir de la heterosexualidad, prescinde también de la procreación. Este es probablemente el dato que determina más decisivamente el descentramiento del derecho de familia. Aunque dedique su atención más al matrimonio que, por ejemplo, a la filiación o a la adopción, todo el derecho de familia gira, como ha quedado dicho, en torno a la procreación. En este sentido, es llamativo comprobar cómo reformas tan radicales como la admisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo tienen que ceder en su radicalidad cuando topan con la procreación. Veámoslo.

La Ley N° 13/2005, del 1° de julio, que permitió el matrimonio homosexual en nuestro derecho positivo, lo hizo a través de la introducción de un nuevo párrafo segundo en el Artículo 44, con el siguiente tenor literal: “[...] el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. El precepto constituye una enfática y universal afirmación de equiparación entre el matrimonio integrado por cónyuges de diferente sexo, y el matrimonio formado por cónyuges del mismo sexo. En congruencia, la misma ley ha sustituido las expresiones legales que reflejaban la heterosexualidad por otras sexualmente neutras: básicamente, cónyuges (en lugar de marido y mujer) o progenitores (en lugar de padre y madre).

A partir de esto, llama la atención que haya algunos preceptos en los que se sigue manteniendo la referencia expresa al marido; así ocurre en los Artículos 116, 117 y 118 CC, que se refieren a la presunción de paternidad del marido, y no a una eventual presunción de progenitura del cónyuge que no ha dado a luz. Ello es resultado de una decisión consciente del legislador, quien la explica en la Exposición de Motivos de la Ley con las siguientes palabras: “[...] subsiste, no obstante, la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los Artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”.

En este caso, la decisión ideológica, el afán equiparador y la afirmación normativa de igualdad de efectos han topado con la realidad de las cosas (con la naturaleza y la biología), y han debido adaptarse a ella, con el único argumento de la propia

evidencia de esa realidad: solo cuando hay procreación, y por tanto heterosexualidad, puede tener sentido disponer que el marido es padre del niño que ha dado a luz su esposa. La presunción se apoya en una sólida realidad biológica (de las relaciones sexuales mantenidas por un hombre y una mujer es habitual que nazcan niños), y no puede subsistir sin ella. A partir de ahí, se unen el hecho de que marido y mujer tienen relaciones sexuales con el principio de exclusividad de tales relaciones, para concluir que lo normal es que los hijos de la mujer sean también (biológicamente) del marido, y para establecerlo legalmente. Por eso la presunción de paternidad no es aplicable a las uniones entre personas del mismo sexo; del hecho de que dos personas del mismo sexo (varones o mujeres) tengan relaciones sexuales entre sí nunca nacen niños. Y por eso mismo, la Ley N° 13/2005 no ha tenido más remedio que reservar la aplicación de la presunción de paternidad a los matrimonios entre personas de distinto sexo.

De esta manera, la presunción de paternidad sigue atestiguando legalmente la vinculación entre matrimonio, heterosexualidad y procreación.

Este reducto no es ajeno a asedios ni a asaltos. Así, la presunción de paternidad del marido ha sido ahora torpemente imitada a través del nuevo párrafo 3 del Artículo 8° de la Ley N° 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, introducido por la Ley N° 13/2007, y ya mencionado con anterioridad; conforme a dicho precepto (recordemos), “cuando la mujer (usuaria de las técnicas) estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. En su virtud, las dos mujeres cónyuges podrían ser madres del hijo nacido a consecuencia de estas técnicas: una en cuanto ha dado a luz, y la otra en cuanto ha realizado antes del parto (no después) la manifestación a que se refiere, con técnica muy deficiente, el precepto.

Esta regla, unida a la posibilidad de adopción conjunta que se reconoce a los matrimonios formados por personas del mismo sexo (Art. 175.4 CC), supone una progresiva erosión de la relación legal no solo entre filiación y matrimonio, sino entre filiación y heterosexualidad; el alejamiento legal entre lo que es la filiación legalmente, y lo que es biológicamente. Esta regulación tiene como consecuencia, sin embargo, la introducción de un panorama jurídico ciertamente complejo (cuya última justificación se encuentra en la biología) ya que:

- a) Solo los matrimonios heterosexuales pueden ser padres bien por vía natural, bien mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida, bien, por último, mediante el recurso a la adopción.
- b) Los matrimonios civiles formados por dos mujeres pueden ser madres, pero solo por medio de las técnicas de reproducción asistida, o a través de la adopción.
- c) Por último, los matrimonios civiles formados por dos hombres pueden ser padres únicamente a través de la adopción conjunta³⁹.

³⁹ Esta última afirmación debe ser matizada tras la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 18 de febrero de 2009, a la que he aludido más arriba. El supuesto que resuelve es el siguiente: dos varones españoles contrajeron matrimonio en octubre de 2005. Tras celebrar en California un contrato de gestación por sustitución, prohibido expresamente por la ley española (Art. 10 de la Ley N° 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida), solicitan la inscripción en el

De nuevo es la biología (la naturaleza), de la que las reformas legales han querido prescindir, la que está en la base de este resultado, que es el que actualmente se produce en nuestro derecho civil. Es la propia naturaleza la que impide una equiparación total no solo entre las uniones heterosexuales y las homosexuales, sino también entre las uniones homosexuales formadas por varones y las formadas por mujeres; el derecho positivo no hace sino reflejar esa realidad. La biología impone aquí su fuerza tanto a la voluntad, como al derecho.

Registro Civil consular de Los Ángeles, como hijos de ambos, de los dos niños nacidos a consecuencia de dicho contrato; el encargado del Registro Civil consular deniega la inscripción, con fundamento en el citado Artículo 10 LTRHA; recurrida esa resolución ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, la resolución citada estimó el recurso, y acordó la inscripción de los dos niños así nacidos como hijos de los solicitantes. Esta Resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia, y el Juez estimó la impugnación, y acordó dejar sin efecto la inscripción realizada (S. 15 de septiembre de 2010). Poco después de la sentencia del Juez de Primera Instancia la DGRN dictó una Instrucción (5 de octubre de 2010), en la que por un lado establece una serie de requisitos formales que hacen más difícil la inscripción de los niños nacidos de esta forma como hijos de quienes encargaron su gestación, pero por otro lado, cumpliéndose tales requisitos, admite dicha inscripción, contra la clara prohibición legal, ahora avalada por la decisión judicial. Por último, la Audiencia Provincial, en su sentencia del 23 de noviembre de 2011, confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, evitando así la admisión de lo que en realidad es un claro ejemplo de fraude de ley.