

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

¿*Mater semper certa est*? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. Planteamiento inicial. 2. La maternidad en el marco general de la relación de filiación. 3. Realidad biológica, realidad social, realidad jurídica en la filiación. 4. Juego e influencia de la doble oposición paternidad/maternidad y filiación matrimonial/filiación no matrimonial.—II. *Filiación materna. Problemas específicos*. 1. Verdades y errores en relación con la maternidad. 2. Maternidad y «*mater semper certa est*». 2.1 ¿Qué es hoy maternidad? 2.2 Elementos no biológicos integrados en la filiación materna. 2.3 Perspectiva materna de la relación de filiación materna. 2.4 La maternidad vista desde la perspectiva del hijo. 3. El derecho a conocer la propia identidad y origen de la persona, y su relación con la maternidad. 3.1 En general. 3.2 Otras proyecciones del derecho a conocer la propia identidad y origen. 3.3 La cuestión del origen de la persona en los ordenamientos jurídicos.—III. *Antecedentes y sistemas jurídicos en orden a la filiación materna*. 1. Antecedentes y evolución histórica (sucinta) de la regulación de la maternidad. 1.1 Derecho Romano. El pasaje paulino y concordantes. 1.2 Derecho español. De la Edad Media a la Codificación. 2. Sistemas jurídicos. Ordenamientos extranjeros. 2.1 Ordenamientos en los que la filiación materna queda determinada directamente, conocido el parto y la identidad de la madre. 2.2 Ordenamientos en que la determinación de la filiación materna queda subordinada a la voluntad de la madre. 3. Convenios internacionales. Líneas fundamentales sobre determinación de la filiación materna en los más importantes. 4. Valor normativo de los Tratados internacionales tras su integración en el Derecho interno español.—IV. *Determinación de la maternidad en el ordenamiento español. En especial, la determinación extrajudicial*. 1. En general. Problemas y perspectivas. 2. Determinación extrajudicial de la filiación materna. 2.1 Maternidad matrimonial. 2.2 Filiación materna no matrimonial.—V. *Determinación judicial de la filiación materna. Principales problemas*. 1. En general. 2. Determinación judicial de la filiación materna por ejercicio de una acción de reclamación. 2.1 Hipótesis posibles. 2.2 Legitimación activa. 2.3 Legitimación pasiva. 2.4 Elementos objetivos. 2.5 No necesidad de requisitos complementarios. 2.6 Inexistencia de otra filiación contradictoria. 3. Impugnación de la filiación materna. 3.1 Impugnación de filiación y rectificación de asiento registral. 3.2 Impugnación de la maternidad matrimonial. 3.3 Impugnación de filiación materna no matrimonial, y del reconocimiento. Remisión.

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO INICIAL

Frente a la gran atención prestada de antiguo por los juristas (teóricos y prácticos) a los múltiples problemas relacionados con la paternidad, sorprende un tanto cuán descuidada ha estado la cuestión de la maternidad, no obstante presentar ésta bastantes más problemas de lo que *prima facie* pudiera parecer, tanto de tipo conceptual como funcional, dentro de nuestro Ordenamiento, amén de ser presupuesto previo de los de la paternidad y su determinación y cuando su clásica y repetida certeza (*mater semper certa est*) resulta en algunos casos menos segura de lo que parece, además de tener una inteligencia y alcance distintos de los que suele dársele.

Hay en esta materia, en efecto, no pocos interrogantes: desde los relativos a su propio concepto (qué es hoy maternidad en algunos casos) y su función en la identificación de la persona, e incluso los más graves en orden a su determinación, hasta otros de tipo normativo (en nuestro Ordenamiento), como es la validez y aplicabilidad a la filiación materna de algunas normas supuestamente vigentes y efectivamente aplicadas en nuestra realidad jurídica sin que apenas se haya cuestionado su eficacia legal. A esas cuestiones apenas sugeridas, y otras implicadas en ellas, se refiere ahora mi preocupación. A explorarlas van dirigidas estas páginas, sin otra pretensión que la de propiciar un debate que debiera ser más intenso y profundo del que hasta ahora han merecido aquellos problemas.

2. LA MATERNIDAD EN EL MARCO GENERAL DE LA RELACIÓN DE FILIACIÓN

La relación de filiación, además de bilateral o bipolar (progenitor-progenitura; respecto del hijo y respecto del padre/madre), puede y suele ser –jurídicamente, no siempre es– doble en el sentido de que hay la doble relación apuntada: *maternidad* (madre-hijo) y *paternidad* (padre-hijo). Mas esta doble relación no es simétrica fáctica ni jurídicamente, pues no es igual¹ (en su origen) la relación del hijo con su madre que con su padre.

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*,

¹ Salvo en lo puramente genético: el hijo recibe herencia genética de su padre y de su madre, la mitad de cromosomas y de la herencia genética de cada uno. También es igual aquella relación doble, paternidad y maternidad, en cuanto a efectos una vez determinada; mas esta cuestión (dinámica, efectual) no me interesa ni ocupa ahora.

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, sólo por medio de ésta puede quedar determinada la paternidad: se es padre respecto del hijo alumbrado por la mujer con quien el progenitor tuvo aquellas relaciones; determinación jurídica que se alcanza por procedimientos y medios también indirectos por aquella razón.

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 (con el eslabón intermedio de la maternidad, por la razón dicha) y relacionados con la incertidumbre de tal generación, cuya realidad nadie conoce *prima facie*; instrumentos lógico-formales éstos consistentes en presunciones (la ley o el juez presumen que es padre el varón que ha tenido relaciones presuntas o probadas con la madre) y pruebas más o menos convincentes y fiables, o en una creencia concreta y especialmente valorada (la del sedicente progenitor, que cree serlo del hijo de cierta mujer, con quien implícitamente afirma haber tenido relaciones sexuales, único dato que le es conocido y puede él afirmar), a cuya expresión formal da el Derecho (el legislador, los jueces) una especial trascendencia.

Esa diferente realidad prejurídica (inmediatez frente a mediatez, certeza frente a incertidumbre o probabilidad) va a determinar, en el orden jurídico y en la fundamental oposición maternidad-paternidad, una paralela oposición entre hecho natural e instrumento lógico-formal, Naturaleza constatable *versus* deducción racional –lo que los anglosajones expresan con el adagio «maternity is a matter of fact, paternity is a matter of opinion». En el plano intelectual y jurídico ello se traduce en el enfrentamiento realismo-formalismo (y sus respectivos principios informantes y consecuencias inevitables)².

Toda la historia jurídica de la filiación (sustancialmente, la de la determinación de la paternidad y sus consecuencias) se ha construido alrededor de esa idea de incerteza de la paternidad (problemática principal en ese terreno)³, que ha dado lugar a una larga evolución legislativa

² La asimetría fáctica y jurídica entre filiación materna y filiación paterna aludida en el texto, y esta diferencia en su determinación por mor de la distinta realidad prejurídica subyacente, no se dan en la filiación adoptiva, donde todo es jurídico, formal (voluntad de sus protagonistas, suficiente para la atribución y determinación de la filiación). Por ello pueden ser y son efectivamente iguales paternidad y maternidad adoptivas: porque en ellas todo es y sólo es voluntad y ley, idénticas para ambas partes.

³ Las dudas sobre la paternidad son tan antiguas como el hombre mismo, y de ellas son muestra expresiones célebres de juristas, desde Paulo (Digesto, 2,4,5) y Accursio («scire enim hoc est impossibile, qui cuius filius sit») a Lahary («... la Nature n'a fait,

cargada de prejuicios e injusticias, complejas construcciones doctrinales y a una realidad vivencial y práctica judicial igualmente injusta y compleja. Esa idea de incertidumbre y dificultad de prueba (positiva o negativa) de la paternidad está presente en el origen de todos los principales problemas de la filiación: en la base de la presunción legal *pater is est*, en su impugnación (la histórica dificultad de prueba de la no paternidad marital), en la admisibilidad de presunciones legales y en el juego de las presunciones de hecho para la declaración judicial de la paternidad no matrimonial, en el régimen del reconocimiento y las muchas facilidades concedidas al reconocido para determinarla voluntariamente, y un largo etcétera.

Aquella idea de incertidumbre y dificultad de prueba de la paternidad, subyacente en todo el régimen jurídico de su determinación, se ha generalizado a la filiación toda y trasladado en buena medida a la determinación de la maternidad, trayendo a este terreno un innecesario formalismo sólo justificado en aquellos presupuestos propios de la paternidad, y ha importado también al ámbito de la maternidad la doctrina y el régimen del reconocimiento, creo que injustificados ambos aquí por cuanto invaden un campo (el de la maternidad) informado por una realidad prejurídica totalmente diferente, en la que no ha lugar, en principio y para los casos tipo, a la no-certeza que preside y justifica los criterios formalistas de determinación de la paternidad y el régimen del reconocimiento.

Por otro lado, alguno de aquellos viejos presupuestos o datos prejurídicos, particularmente el de la dificultad de prueba de la paternidad, no tienen hoy el valor y rigor de otrora, y en algún aspecto han dejado de ser ciertos —hoy se puede probar perfectamente la paternidad o la no paternidad con márgenes de seguridad totalmente inimaginables hace unos años y muy superiores a los que se manejan en casi todos los otros campos de la realidad y del Derecho—, lo que ha arrumbado o debería hacer reconsiderar de forma muy señalada toda la construcción excesivamente formalista (todavía) y el régimen jurídico de la filiación levantados sobre aquellos cimientos.

3. REALIDAD BIOLÓGICA, REALIDAD SOCIAL, REALIDAD JURÍDICA EN LA FILIACIÓN

Vengo aludiendo reiteradamente a realidad prejurídica, y con ello me refiero, ante todo, claro está, a la biológica, terreno en que la diferencia entre ambas relaciones, materna y paterna, parece evidente. Mas la reali-

même à la femme, que des démi-confidences») y nuestro ROYO MARTÍNEZ («... que el marido fue padre de la criatura y que sólo él de entre todos los hombres de la tierra pudo ser el padre, es un privilegio del que únicamente gozó Adán»: *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, p. 238); y ha trascendido a dichos populares y a ámbitos literarios (la «Odisea», Shakespeare,...) (cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 71 ss.).

dad que el Derecho toma en consideración y sobre la que actúa y construye sus instituciones no es sólo la material o biológica sino que junto a ésta hay otra realidad, la social –filiación jurídica no es mera biología: ya casi un lugar común– con presupuestos, valores metajurídicos y exigencias sociales que pueden trascender al plano jurídico (en nuestro caso, al de la determinación de la filiación) y quebrar aquella distancia u oposición paternidad/maternidad. Por ese lado, que requerirá especial atención, puede venir alguna consideración del fenómeno social y jurídico de la filiación y cierta aproximación en el orden jurídico de realidades naturales diferentes, al tiempo que justificar la entrada en el ámbito de la maternidad de ciertos criterios formales más propios de la filiación paterna. Esta nueva perspectiva plantea a su vez otra cuestión: si el peso y las exigencias de una realidad social concreta pueden justificar, y hasta qué punto, una reconsideración del hecho natural e imponer principios o criterios que inicialmente chocan con la valoración racional y jurídica de tal realidad natural, por contrarios a ella. Se trata de una cuestión de límites razonables en la relativa violentación (por principios, criterios sociales) de la realidad natural, del hecho natural de la maternidad, y su admisibilidad *hic et nunc*.

Permítaseme una breve digresión. Cabe distinguir –entre otras distinciones posibles– dos tipos de instituciones jurídicas muy diferentes entre sí: de un lado, aquellas que, creadas artificialmente por el legislador con fines eminentemente instrumentales y pragmáticos, son concebidas y dibujadas en su régimen funcional como mejor le plazca, porque son creación, invención suya: así, por ejemplo, la circulación viaria por la izquierda o por la derecha, la asunción de deuda, el Registro Civil o de la Propiedad o la sustitución cuasipupilar. Hay, por otro lado, instituciones en que el legislador se limita a disciplinar jurídicamente con mejor o peor fortuna una realidad existencial y prejurídica bien definida que está en el mundo y en la vida desde mucho antes de que el hombre empezara a discurrir jurídicamente y de que ningún legislador dictara norma alguna: tal, la convivencia entre hombre y mujer (que es lo trascendente, frente a la contingencia y relatividad del matrimonio en sus múltiples presentaciones históricas y legales), la relación del padre o madre con su hijo (sea la estática, de filiación, o la dinámica, de patria potestad) y otras muchas cargadas de vida, vinculadas a la vida humana.

Si las instituciones del primer tipo pueden ser concebidas y reguladas como cada legislador prefiera por su propia naturaleza artificial y creación legal, como dije, lo que se traduce en su marcado formalismo y carácter contingente, variable, su conocido relativismo y demás; las del segundo grupo, en cambio, deben ir muy ceñidas en su régimen jurídico a la realidad subyacente (atemporal, trascendente) que pretenden regular, realidad y dato prejurídico que el legislador no puede ignorar sin deformarla, de manera que cuando prescinde de esa realidad o la violenta, le impone una especie de camisa de fuerza que acaba haciendo saltar por

los aires la institución jurídica resultante, y la ley que desconoció aquella realidad, además de la injusticia y otros efectos generados, acaba siendo eludida por un camino u otro hasta que es modificada (múltiples ejemplos posibles, incluso en el terreno e institución que ahora estudio). Frente al formalismo que preside la concepción y regulación de las instituciones del primer grupo, el realismo jurídico (un realismo que no se limita a lo tangible o material, sino a la vida real y social) debe informar las instituciones jurídicas del segundo tipo por mor de la vida real que las trasciende.

Paralelamente a esa distinción entre instituciones se ha producido en la nuestra, la filiación, una doble perspectiva general y metodológica, una distinta consideración de su compleja realidad y diferente planteamiento de sus problemas, que ha dado lugar a una doble concepción de la misma y dos sistemas legales en cuanto al régimen jurídico de la filiación —de que he hablado en otro lugar—: *a*) una que podemos llamar *realista*, presidida por el denominado «principio de veracidad», que, aun reconociendo que la filiación jurídica no es mera relación biológica, facilita mecanismos jurídicos que permitan llegar a ella, al menos en la vía judicial y siempre que sea posible alcanzar aquella realidad biológica; para ello abre las puertas a la investigación de la paternidad/maternidad, tanto en el orden positivo (su declaración cuando es jurídicamente desconocida) como en el negativo (impugnación de la filiación no veraz), y permite en ese contexto la utilización de toda clase de pruebas; *b*) en el lado opuesto, hay una concepción *formalista* de la filiación que, despreocupada de la verdad y realidad biológica, y sobrevalorando a veces otros elementos o valores (la paz familiar, la seguridad jurídica) o partiendo de la dificultad de prueba de la verdadera paternidad (más conflictiva, aunque hoy menos enigmática), establece unos esquemas iniciales de determinación de la filiación basados en voluntades unilaterales y en determinadas presunciones, dificultando luego el establecimiento de la relación de filiación al margen de esos esquemas legales o la prueba de la verdadera filiación biológica cuando hay serias dudas de que la jurídico-formal coincida con ella, y aun habiendo persona interesada en determinar la verdadera filiación.

Estamos, de nuevo, como puede observarse en esos dos planos (entre instituciones, y aun dentro de la filiación), ante el clásico enfrentamiento formalismo-realismo (omnipresente, por lo demás, en el mundo del Derecho). Y, sin embargo, desconocer el campo que es propio de cada uno de esos principios, su justificación en cada caso, las reglas respectivas y sus propias limitaciones, puede acarrear muy graves consecuencias y disfunciones en la adecuación de las instituciones jurídicas a la realidad humana a que pretender servir —pues es así, las instituciones jurídicas sirven a la vida social y no a la inversa.

Volviendo a la maternidad o filiación materna, resulta que el viejo formalismo que ha informado en buena medida el régimen general e histórico de la filiación (paterna) ha invadido un terreno diferente e influido demasiado en la determinación de la filiación materna —con aplicación a ésta de normas provenientes del régimen jurídico de aquélla— no obstante las aludidas diferencias entre una y otra, particularmente la certeza de esta última y facilidad de prueba. Únase a todo ello el que persiste todavía una concepción del hecho de la maternidad lastrada de prejuicios provenientes de una época y sociedad superadas, y la (supuesta) vigencia de preceptos preconstitucionales (algunos de la LRC de 1957, relacionados con el régimen de la filiación de 1889) de difícil o imposible aplicación ya: he ahí el panorama jurídico relativo a la filiación materna ante el que nos encontramos, y nuevas cuestiones que merecen atención.

4. JUEGO E INFLUENCIA DE LA DOBLE OPOSICIÓN PATERNIDAD/MATERNIDAD Y FILIACIÓN MATRIMONIAL/FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

Otra causa y origen de problemas en orden a la filiación materna proviene de la distinción clásica entre filiación matrimonial y no matrimonial, y su interferencia en la oposición maternidad-paternidad y en su respectiva determinación⁴. Son ésas, sin embargo, categorías jurídicas y distinciones heterogéneas que no debieran confundirse ni interferirse, o sólo mínimamente, en lo inevitable.

La distinción *filiación matrimonial o no matrimonial* es artificial, jurídica (como lo es el matrimonio, multívoco, contingente, en la relación hombre-mujer, que es lo trascendente); es adjetiva (y con adjetivos califica la filiación, a la paternidad o maternidad), no sustantiva. En cambio, la *distinción paternidad/maternidad* es real, sustancial (como consecuencia que es de la relación trascendente hombre-mujer), porque distinta es la realidad biológica y social de la maternidad y de la relación madre-hijo (inmediata, directa, como dije) de la realidad y relación padre-hijo (mediata, por referencia a la madre con quien tuvo una lejana relación el primero). Aquella distinción/oposición es histórica, contingente, relativa; ésta es natural (de Naturaleza), necesaria, trascendente⁵. Operan, en planos diferentes una y otra oposición: la primera en el jurídico-formal y

⁴ Sobre esta y otras oposiciones en materia de filiación, y los conceptos y clases de oposición (procedentes del estructuralismo) y el uso de la oposición como instrumento dialéctivo, cfr. Juan MIQUEL GONZÁLEZ, «Estudio sobre la sistemática del Derecho de familia en los países del *Civil Law* y del *Common Law*: presupuestos metodológicos», en *Materials de les VIII Jornades de Dret Català a Tossa*, 1994, Valencia, 1996, pp.59 ss.

⁵ Esta distinción aparece con especial claridad en ciertos Ordenamientos, como el suizo: véase su artículo 252 CC y, en la doctrina, Cyril HEGNAUER, *Droit suisse de filiation*, Berna (Ed. Staempfli), 1990, pp. 30 ss. y 35; y G. FLATTET, «Le nouveau Droit suisse de la filiation», *Rev. Intern. Droit Comparé*, 1977, pp. 270 y 277.

valorativo, en un plano adjetivo; esta última, en la realidad biológica y social, en el orden de lo sustancial y sustantivo. Más importante, pues, la segunda que la primera (como lo es lo sustancial, que es trascendente, frente a lo adjetivo, contingente y variable). No deben, por tanto, interferirse aunque se crucen, porque se mueven en órbitas distintas.

De esa diferente naturaleza real y lógica (intelectual) derivan importantes consecuencias si pretendemos operar con una mínima racionalidad. *En la determinación de la maternidad* no puede ni debe haber diferencia entre la matrimonial y la no matrimonial, pues (imperativos constitucionales aparte) la naturaleza no obra de manera diferente en una y otra ni en tal determinación se manejan criterios o pruebas distintas: la realidad subyacente, sustancial, es idéntica, porque la relación madre/hijo es igualmente directa e inmediata, cognoscible, en matrimonio que fuera de matrimonio. En cambio, *en la determinación de la paternidad* la diferencia que pueda y deba haber quedará vinculada a y será la resultante de la diferente realidad prejurídica que hay en uno y otro caso (relacionada con la cohabitación sexual hombre-mujer, presumible o no) en razón del carácter de mediata e indirecta (por conducto de la madre) de la relación padre-hijo.

Dicho en otros términos: la diferencia en orden a la determinación de la paternidad matrimonial o no matrimonial dependerá de la presunción o prueba efectiva (o no) de las relaciones sexuales padre-madre; como en matrimonio son presuntas (arts. 68 y 69 CC) puede construirse una regla material que de tal situación deduzca la paternidad (*pater is est quem nuptiae demonstrant*); fuera de matrimonio, mientras no haya una presunción o prueba cumplida de las relaciones básicas no podrá deducirse la paternidad. Sólo en ese terreno y con tal alcance puede haber diferencia de trato en la determinación de la paternidad, matrimonial o no matrimonial, sin detrimento del principio de no discriminación del artículo 14 CE. Diferencia que no se da, en cambio, en la maternidad, pues la gestación y el parto que la determinan son idénticos en matrimonio y fuera de él, sin que, por otro lado, aparezcan otros datos con peso suficiente para justificar criterios distintos de determinación (valor entendido de aceptación cuasi-universal).

En consecuencia, si el régimen de la determinación de la paternidad puede quedar conformado o influido por esos criterios formalistas (presunciones, prueba de las relaciones sexuales según reglas lógico-legales), ello no es posible (no debe influir) en cuanto a la maternidad, cuya determinación debe ir ceñida sustancialmente, en principio, a la realidad natural indiferenciada que está en la base de la relación madre-hijo. El único problema en cuanto a esta última puede estar en el peso que deba tener la componente social de esa realidad (pues la filiación jurídica no es sólo realidad biológica, sino realidad social, que es también personal, vital): en mi opinión, influencia hoy (muy) limitada; en todo caso, según la

correcta valoración de la realidad social actual, que a fines del siglo XX apenas distingue, ética y axiológicamente, entre maternidad matrimonial y no matrimonial, a diferencia de lo que ocurrió en tiempos pasados. De esto me ocupo más adelante.

II. LA FILIACIÓN MATERNA. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1. VERDADES Y ERRORES EN RELACIÓN CON LA MATERNIDAD

La razón y origen del histórico (y actual) descuido por los juristas de las cuestiones que plantea la maternidad se halla, sin duda (como anticipo) en la influencia de la máxima paulina *mater semper certa est*, de la que con cierta ingenuidad y excesiva generalización se ha deducido que no hay problemas en la determinación y pruebas de la maternidad, que es fácil su demostración. Mas ello no es (totalmente) cierto, dicho en esos términos, ni es lo que pretendía decir Paulo en su conocido pasaje en D.2,4,5. Piénsese, por ejemplo, en un niño abandonado sin identificar en el torno de un convento al poco de nacer, que pretende a los veinte años buscar a su madre, reclamar maternidad. No me refiero ya al casi imposible éxito a falta total de datos, sino en ocasiones (con seguridad hasta hace muy poco) incluso a la prueba efectiva de la maternidad o de la filiación materna aun respecto de una mujer concreta de la que hay fundados motivos de que es la madre. Si hoy las pruebas biológicas pueden permitir esa demostración –hoy, desde hace apenas ocho o diez años: particularmente desde que se maneja la prueba del DNA–, ¿cómo se habría hecho tal prueba antes de ahora, en los más de dieciocho siglos de vigencia de la máxima paulina, en que era igualmente invocada?

La certeza a que alude la frase de Paulo significa realmente la certidumbre del hecho directo e indubitado de la gestación y del parto, frente a la incertidumbre de la paternidad, que sólo se puede deducir de otros hechos –maternidad de cierta mujer (con más seguridad si es casada) y nacimiento dentro de determinados plazos–. Se trata de oponer hecho cierto (de fácil prueba) frente a presunción (a falta de prueba directa): certeza frente a incertidumbre, pues, que ya estaba presente en el célebre pasaje de Paulo. Pero no más, aunque eso es mucho.

Lo importante aquí, a nuestros efectos, como en tantas otras ocasiones, es la valoración jurídica (en cuyo terreno estamos) que se haga de esas ideas (insisto: certeza frente a incertidumbre) y parámetros jurídicos manejados (criterios y medios de determinación legal de la maternidad y la paternidad, facilidad frente a dificultad probatoria) referidos a realidades naturales y sociales diferentes. Valoración jurídica que supone ponderación de hechos, de criterios y de intereses individuales y sociales

implicados en esa realidad compleja, a la luz de los valores preponderantes en la sociedad en el lugar y momento correspondientes.

2. MATERNIDAD Y «*MATER SEMPER CERTA EST*»

2.1 ¿Qué es hoy maternidad?

Durante mucho tiempo pareció tan sencillo y obvio el concepto de maternidad que en ningún Ordenamiento se definió qué es maternidad, quién es madre⁶. Se daba como implícita y de universal aceptación la idea, deducida de una realidad tangible e indiscutida, de que madre es la mujer que gesta y pare el hijo, sin que los interrogantes pudieran ir por otros derroteros porque la maternidad era el resultado biológico del acercamiento natural, por acto sexual, del gameto masculino al óvulo de la mujer. Maternidad, así, comportaba a la vez herencia genética y relación fisiológica de embarazo y parto. Los derechos y deberes derivados de la maternidad⁷ podían ser discutidos y variables según épocas y sistemas jurídicos, pero la identidad de la madre parecía tan segura e indiscutida (maternidad igual a parto) que alrededor de esa ecuación se han definido y construido identidades étnicas y estatutos jurídicos de notable importancia histórica y social⁸.

Hoy la cuestión presenta nuevas perspectivas y graves problemas (mayores, incluso, en cuanto a definición, que respecto de la problemática paternidad) por obra y gracia de las técnicas de reproducción asistida, y las nuevas maternidades posibles y resultantes (la genética, la fisiológica y la psicológica o voluntarista, entre otras distinciones), aunque alguna

⁶ En un pleito sobre maternidad subrogada en Estados Unidos se planteó esa cuestión, y el Juez americano dijo: «We really have no definition of *mother* in our law books (...). *Mother* was believed to have been so basic that no definition was deemed necessary»: en «Surrogate Has Baby Conceived in Laboratory», *New York Times*, 17 abril 1986, p. 26 (citado por Andrea E. STUMPF, «Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies», *The Yale Law Journal*, 1986 (vol. 96), p. 187.

⁷ Tengo la impresión de que no se ha reparado lo suficiente en que históricamente los derechos y deberes maternos han surgido como consecuencia de la certeza biológica de esa relación, que el Derecho tomó siempre en consideración; mientras que los efectos jurídicos vinculados a la paternidad han tenido una componente discrecional muy acusada. A su vez, y con aquel origen y justificación, la maternidad se convirtió en una obligación hacia el hijo mientras que la paternidad llegó a ser un derecho sobre el hijo (casi un derecho real en el mundo antiguo; de ejercicio cuasiabsoluto hasta hace poco); y si las exigencias de la maternidad eran naturales, el juego jurídico y social que daba la paternidad era más voluntarista (con todas las consecuencias en uno y otro caso).

⁸ Cítase como ejemplo de esto el principio o dogma judío que refleja la certeza de la maternidad por medio de la tradición de que un niño nacido de madre judía conserva el «status» de judío con independencia de la etnia u origen del padre, cosa que no ocurre a la inversa; y las reglas coloniales americanas, cuya regulación de la esclavitud creó una sociedad de descendencia matrilineal: el racismo colonial de Norteamérica y las bases biológicas del color condujeron directamente a un sistema en que los hijos de madres esclavas fueron considerados esclavos. Véase sobre esta cuestión, con cita bibliográfica, en A. E. STUMPF, *op. loc. cit.*, p. 187.

ley reciente siga vinculando incluso en esos casos y de forma indiscriminada maternidad a parto (cfr. art. 10.2 de la española Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 noviembre: LTRA, en lo sucesivo).

Corolario de aquel planteamiento y concepción clásica de la filiación materna fue el principio *mater semper certa est*, derivado de la máxima paulina homóloga y conocida. Principio, sí, pues como tal ha sido tenido y funcionado históricamente en (casi) todos los sistemas jurídicos, con diferente rigor y excepciones. El problema actual a este respecto reside, en mi opinión, en el alcance que hoy deba darse a tal principio: si es absoluto, como algunos pretenden, y cuáles puedan ser las excepciones admisibles y su régimen.

Detrás de este planteamiento hay, sin embargo, una cuestión de mayor calado: la de qué sea, en realidad, la filiación jurídica, de la que quizá lo único que se pueda afirmar, en principio, es que no coincide con filiación biológica. Pero no sabemos, en cambio, con la misma seguridad, qué otros elementos o componentes (voluntaristas, afectivos, sociales, normativos) acompañan al biológico y qué trascendencia tienen unos u otros en la conformación de la categoría jurídica de la filiación. Refiérase ahora todo eso a la filiación materna, que aquí estudio.

Reitero la pregunta sustancial e insoslayable: ¿qué es hoy maternidad, cuál es su esencia? Acabo de referirme a lo que hasta hace poco era maternidad, que incluía (junto a otros valores), a la vez, herencia genética y relación fisiológica de embarazo y parto; normalmente, también, una voluntad de ser madre, manifestada, cuando el hijo no era buscado de propósito, con el hecho de dejarlo efectivamente nacer. Mas, ¿qué es hoy maternidad cuando con la ayuda de las técnicas de procreación asistida pueden intervenir o contribuir dos o tres mujeres al nacimiento de un hijo: la que decide, sola o con un varón, que nazca; la que pone óvulo (que puede ser también la anterior) y la que gesta y alumbró el hijo?

En nuestro Ordenamiento, para estos casos (art. 10.2 LTRA) maternidad equivale a parto, sin excepciones ni distinciones, y desconociendo la trascendencia del factor genético en la relación madre-hijo y el componente semántico, cultural y social de la idea de madre como progenitora. No pretendo impugnar aquí el acierto o justicia de esa norma y concepción de maternidad; pero no puedo declinar el sugerir algunas cuestiones importantes y poner de manifiesto ciertas incoherencias de nuestro sistema jurídico. He aquí algunas: ¿cómo compatibilizar esa definición de «maternidad igual a parto» (sin preocupación por la relación genética ni por la voluntad de tener hijo propio) con una concepción en buena medida todavía voluntarista y formalista de la filiación y de la propia maternidad, y con total desconocimiento de la voluntad (de la pareja o madre comitente) de que un hijo nazca? ¿No contrasta eso con la directa atribución de la paternidad al marido o compañero que consiente la inseminación de su esposa/compañera con material genético de donante, otro

varón? ¿No hay cierta contradicción en que la sola voluntad de ese marido o compañero pueda hacerle padre del hijo no engendrado por él en absoluto, y la nula trascendencia de la voluntad de la mujer con idéntica participación en ese nacimiento (a veces mayor, suministrando su propio óvulo y una herencia genética)?⁹. ¿Qué sentido tiene en estos casos la tan invocada «verdad sociológica» de nuestro sistema de filiación para luego ignorar el papel de la mujer (a veces, de la pareja) que decide que el hijo nazca? ¿Por qué en nuestra LTRA'88 sólo es madre jurídica la madre fisiológica (más que biológica) y no la madre genética (puestos a ignorar por completo a la comitente), o no se ha contemplado alguna excepción o casos especiales a regla general tan drástica y discutible?

Sin adentrarme en esa difícil cuestión, sólo quiero dejar constancia de que la opción legal de nuestro legislador no era la única posible, que es discutible que ésa sea la mejor por excesivamente simplista, y que en otros sistemas jurídicos hay soluciones más matizadas o con excepciones que atenúan los riesgos o consecuencias de la nuestra¹⁰.

⁹ Creo que el legislador español, como otros legisladores europeos y buena parte de la doctrina nacional y foránea, no han valorado suficientemente la importancia de la voluntad de la pareja infértil (para la procreación natural) de que nazca un hijo propio (no simplemente un niño) con técnicas de reproducción asistida, y su trascendencia a la hora de la determinación de la maternidad. El concurso del elemento biológico y del elemento voluntarista, menos definido y notorio éste en la procreación natural, es evidente en los nacimientos con técnicas de procreación asistida; en éstas es más destacado el elemento psicológico y volitivo (se requiere siempre para ello una decisión muy meditada y fuerte). La voluntad de la pareja comitente es decisiva para el nacimiento del hijo buscado, aunque sea con intervención material (muy importante, también imprescindible) de otras personas; pero éstas, fungibles, aquélla no. La voluntad de los que quieren ser padres va a ser la causa última y eficiente de ese nacimiento. Y si ello ha sido relevante en la determinación de la paternidad —a cuyo efecto prácticamente todos los Ordenamientos y proyectos que lo regulan consideran padre al varón que consiente la IAD de su esposa o compañera y no al que proporciona material genético; casi igual unanimidad en la doctrina—, no ocurre lo mismo con la maternidad (¿nueva asimetría?: aquí menos justificada, como no la hay en la adopción, a la que está relativamente próxima), para la que es decisivo casi siempre el dato fisiológico del embarazo y el parto (así, en nuestra LTRA), con grave infravaloración del elemento genético y del volitivo. En mi opinión, sólo por razones pragmáticas y de seguridad jurídica (la que proporciona el dato cierto del parto) puede comprenderse y justificarse en alguna medida esa solución —a la que no es del todo ajena la histórica identificación de maternidad con parto—. Pero no creo que sea acertado el ignorar en absoluto esos dos elementos, que van asociados y son también trascendentes en las procreaciones asistidas (por ejemplo, cuando la madre comitente contribuye al nacimiento con su óvulo).

La trascendencia del elemento genético ha preocupado a la doctrina alemana: cfr. SOERGEL-GAUL, *BGB Kommentar* (Stuttgart, 1987), ad § 1591, núms. 39 ss.; COESTER-WALTJEN, «Befruchtungs- und Gentechnologie bei Menschen— rechtliche Probleme von morgen?», *FamRZ*, 1984, p. 234; Stefan ZIMMERMANN, «La medicina reproductiva moderna y sus efectos en el Derecho familiar y hereditario», Informe de la delegación alemana al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino (Berlín, 28-5 3-6 1995), *Informes de la delegación alemana*, pp. 171 ss.; y en nuestro país, F. PANTALEÓN, «Procreación artificial y responsabilidad civil», *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo xx*, Vitoria, 1987, pp. 314-316. La del elemento voluntarista es particularmente ostensible en la doctrina norteamericana (cfr. en este punto, por todos, STUMPF, *op. loc. cit.*, pp. 195 ss., con amplias referencias jurisprudenciales y bibliográficas).

¹⁰ Véanse las mismas dudas y aprensiones a este respecto en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, comentario al artículo 47 LRC, en *Comentarios al Código Civil y Legislaciones*

Frente a una concepción biologicista de la filiación parecía dibujarse en nuestro horizonte jurídico una evolución de los conceptos de paternidad y maternidad hacia la idea de asunción del correspondiente rol y función social, apareciendo así unas paternidades y maternidades sólo sociales y formales (la adoptiva, la del varón que consiente la IAD de su esposa/compañera) junto a las conceptual y básicamente (quizá no siempre) biológicas. La nueva definición de maternidad en el artículo 10.2 de nuestra LTRA, que prescinde por completo de los elementos genético y voluntarista (equivalente éste a una asunción voluntaria de la función social de la maternidad), me induce a reiterar mis dudas acerca de qué es hoy ciertamente maternidad jurídica (y aun maternidad real, fáctica), y la posible necesidad –que he apuntado en otro lugar– de ir pensando en acuñar nuevos conceptos, otras categorías jurídicas y terminología idóneas para estas nuevas realidades sociales, a las que no se adecuan ya sin deformarlos los viejos conceptos y términos de *filiación*, *paternidad* y *maternidad* elaborados históricamente (con historia social y jurídica de más de veinticinco o treinta siglos) para otro tipo de relación jurídico-social y de generación (la clásica y natural, genética y por acceso sexual).

Por todo ello, y otras razones, limitaré a partir de aquí mi discurso a la filiación materna por naturaleza (frente a la adoptiva, que es otra cosa) y, dentro de ella, a la producida por procreación natural. Me parece más seguro delimitar así el objeto de mi trabajo, ya complejo aun acotado.

2.2 Elementos no biológicos integrados en la filiación materna

La idea compleja y las dudas sobre la filiación y sus componentes conocidos, más ostensibles en cuanto a la paterna (que, por incierta inicialmente, incorpora enseguida elementos voluntaristas, normativos, etc.), ¿son asimilables y aplicables a la filiación materna?; ¿hasta qué punto y en qué proporción pueden intervenir esos u otros elementos no biológicos (que llamaré sociales, para simplificar) en la definición y delimitación de la maternidad jurídica? Con mayor concreción todavía: ¿qué papel puede jugar la voluntad de la madre biológica en la determinación (positiva o negativa) de la maternidad jurídica? Me refiero a la voluntad de la madre, porque en su decisión (de asunción o rechazo de la maternidad) confluyen prácticamente todas las componentes no biológicas que

forales (dirección Albaladejo), t. IV-3.º, Madrid, 1996, p. 91; y PANTALEÓN, *op. loc. cit.* (quien propone que debe presumirse legalmente, por el hecho del parto, la maternidad de la madre gestante, quien podría impugnarla en algún caso, y con derecho del hijo a reclamar durante toda su vida la maternidad de su madre genética, impugnando a su vez la de la madre gestante). Opta, en cambio, por la estricta identificación de maternidad con parto (antes, incluso, de la LTRA'88) R. BERCOVITZ, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX*, cit., p. 121. Cfr., igualmente, el trabajo de STUMPF citado en las notas anteriores, donde hay amplia información y bibliografía sobre nuevas acepciones y perspectivas en relación con estas nuevas maternidades, si bien limitada al ámbito jurídico anglosajón. Véase también SOERGEL-GAUL y COESTER-WALTJEN, citados en la nota anterior.

puedan trascender al plano jurídico (o de la maternidad jurídica): estoy pensando en lo afectivo o desafección, en la influencia del deshonor de la maternidad extramatrimonial, en el derecho a la intimidad de la madre en este último caso, etc.; hechos y valores que pueden repercutir en su decisión de aceptar o no social y jurídicamente una maternidad real.

Es evidente que para que en cuestión tan ceñida a la Naturaleza como la maternidad no coincidan realidad natural y realidad jurídica, tal divorcio sólo puede deberse razonablemente al reconocimiento por parte del Derecho de otros valores distintos de los biológicos en la estructura y realidad compleja de la maternidad jurídica; es decir, por dar trascendencia jurídica y papel relevante a valores e intereses de la madre que el Derecho estima protegibles, entre los que cabe pensar, en principio, en su derecho a la intimidad, autoestima, honorabilidad, afectos y desafectos, consideración social de la madre y su maternidad concreta, valoración de su propia voluntad, etc., a que me acabo de referir.

Mas a la hora de contemplar y valorar esa amplia realidad «social» y estas componentes metajurídicas parece evidente que, si se da relevancia en la consideración y determinación de la maternidad jurídica a los valores e intereses de la madre, no puede dejar de tomarse en consideración también o dar menor trascendencia a los derechos e intereses del hijo, el otro polo y protagonista de la misma relación jurídica de filiación: derechos e intereses no menos valiosos ética, social y jurídicamente estos últimos y más necesitados de protección (aunque casi siempre preteridos en esta materia por nuestra doctrina) que los de la madre.

Ello me obliga a examinar esta cuestión desde la doble perspectiva apuntada, de la madre y del hijo.

2.3 Perspectiva materna de la relación de filiación materna

¿Qué razones, repito, puede haber o en qué casos estaría justificado que la maternidad jurídica no coincida con la biológica: para que la mujer que ha parido un hijo deje de ser madre para el Derecho por motivo razonable y conocido (aparte los excepcionales casos de error de identificación o de delictiva ocultación o modificación de la realidad)? ¿Qué margen de discrecionalidad puede dejar el Derecho, que no ignora aquellos elementos sociales de la filiación y la maternidad, a esa mujer para que no aparezca legalmente como madre?

Cuando decimos, en términos generales, que filiación jurídica no coincide con relación biológica nos referimos casi siempre, en abstracto, a la filiación paterna, la más problemática, y tal afirmación –hoy casi un axioma, incluso en la concepción realista de la filiación o sistema de veracidad– se halla motivada por la incertidumbre de la paternidad y su dificultad de prueba tantas veces mencionada. Ello ha determinado que unas veces la propia ley presuma y otras se haya dejado a la iniciativa

privada y a la voluntad del que se cree padre (sólo se cree: el progenitor no sabe con seguridad nada más) el establecimiento de su paternidad, que el Derecho ha regulado con mayor o menor benevolencia y apertura según épocas y sensibilidades sociales y jurídicas. Y ante las mismas dudas y dificultad de prueba de la no paternidad, ha restringido más o menos la impugnación de ésta, limitando la legitimación a veces al marido (el que controla la vida de la esposa, el afectado en su honor por la infidelidad de aquélla, el que puede perdonarla en aras de la paz familiar), permitiendo unas pruebas y negando otras, dentro de ciertos plazos y con otras restricciones personales o temporales, etc. Por otro lado, ciertos criterios pragmáticos (seguridad jurídica, necesaria estabilidad del estado civil de las personas) justificaron que la investigación de la verdadera filiación se limitara en el tiempo cuando este parámetro quedaba implicado en la averiguación de la verdad, referido a la paternidad más que a la maternidad. De ahí el imperio de criterios formales en la determinación positiva y negativa de la filiación paterna: en el fondo, una necesaria y (relativamente) justificada concesión a aquellos componentes o elementos sociales, extrabiológicos, a que me referí antes.

En la maternidad, en cambio, la realidad subyacente y prejurídica, natural y social, sobre la que opera el Derecho es completamente distinta. Mas si la relación biológica madre-hijo es directa e inmediata, perfectamente cognoscible desde el primer momento (lo que facilita su determinación), hay también otra diferente realidad personal y social que confluye en la maternidad: su conocimiento social, su determinación jurídica (pública) alcanza en particular a la madre en el orden personal y humano con mayor entidad que al varón su relación homóloga; afecta a la intimidad y a la honorabilidad de la mujer, valorada, por otro lado, en forma distinta y negativamente en ciertas sociedades y momentos históricos cuando esa maternidad es no matrimonial. Por esas varias razones puede despertar la maternidad en algún caso un fuerte rechazo, en cierta medida comprensible, por parte de la propia madre, que desee vehementemente ocultarla o negarla, y aun suprimirla, con riesgo para el hijo (aborto, infanticidio); lo cual explica que en otro tiempo más que hoy, y en algunos sistemas jurídicos, se haya permitido a la mujer ocultar su identidad a la hora del parto, desconocer o suprimir su maternidad después de inscrita en el Registro o condicionar la determinación legal a su voluntad (reconocimiento).

Esto es también realidad, aunque social, que el Derecho no puede desconocer ni infravalorar; y esa realidad es la que explica a su vez los criterios formales que aún operan en la determinación de la filiación materna y justifica en mayor o menor medida el margen de separación o de no coincidencia entre maternidad jurídica y maternidad biológica. Es, en fin, sustancialmente, cuestión de valoración de esos datos o elementos sociales, de medida y prudencia, de sentido de proporcionalidad y, en última instancia, problema de política legislativa. Mas obsérvese también, una vez más, que las razones de fondo de esa clase, implicadas en el

conocimiento social y determinación jurídica de la maternidad, son distintas en todo caso a las subyacentes a la paternidad: en consecuencia, los criterios formales deben ser y operar de forma diferente, su incidencia es (debe ser) igualmente distinta.

¿Cómo resolver tan arduo problema? Como acabo de decir, es cuestión de política legislativa y, dentro de ese ámbito, de valoración, ponderación y proporcionalidad. Pero creo que en todo caso deben ser tenidas en cuenta no sólo por el legislador sino también por el intérprete y por el juez las razones apuntadas y el peso que hoy deban tener los valores individuales y sociales que afectan a la mujer en situaciones marginales. Peso que es ahora muy distinto del de otras épocas, incluso recientes.

2.4 La maternidad vista desde la perspectiva del hijo

Hasta aquí hemos contemplado la relación de filiación, y valorado la realidad sobre la que el Derecho opera, sólo desde un lado: del padre o de la madre. Pero hay también otro protagonista, otra realidad humana y otros intereses que considerar: el hijo y su propia circunstancia e intereses sociales y jurídicos, que en no pocos casos no coinciden y entran en conflicto con los de aquéllos al tiempo que son no menos valiosos. Por tanto, el Derecho, a la hora de regular esa relación en la que están integrados unos y otro y que a todos afecta, ha de tener en cuenta la posición jurídica y los intereses de ambas partes, ponderándolos de acuerdo con los criterios de valoración preponderantes en la sociedad y ordenamiento correspondiente, desde una perspectiva de ética y axiología social tanto más que individual, con particular peso del principio de proporcionalidad.

Como esta materia y ese conflicto son suficientemente conocidos, sólo quiero indicar que en la valoración de los intereses de esas dos partes nuestra Constitución destaca y protege clara y directamente los del hijo más que los de los padres (art. 39.2 y 3 CE); en el mismo sentido las leyes ordinarias, con particular acento la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Dejo por ahora otros aspectos para referirme a la repercusión de la determinación de la filiación materna en cuanto alcanza al hijo, y poder compararla con lo que la misma afecta a la madre.

En efecto: la determinación de la maternidad tiene para el hijo particular trascendencia: no sólo crea una relación jurídica (filiación materna) con todas las consecuencias legales (en este aspecto, idéntica a la paterna), sino que es el dato básico para establecer, por su mediación, la paternidad¹¹. La maternidad deviene, así, dato primero y elemento

¹¹ Ello ocurre con toda seguridad y con carácter de exclusividad en la matrimonial (arts. 115-1.º y 116 CC), y casi siempre en la realidad, y debiera serlo en el orden lógico y jurídico también, en la filiación no matrimonial, pues aunque nuestro Código permita al sedicente padre reconocer como hijo suyo a un niño del que no conste la maternidad jurídica, es evidente que el reconocedor normal sólo puede y debe reconocer al que cree haber pro-

imprescindible¹² para la determinación de la paternidad también; y luego, como consecuencia, para crear la relación jurídica a la que el Derecho vincula el cumplimiento de los deberes éticos y obligaciones jurídicas propias de la paternidad/maternidad, a que alude el artículo 39 de nuestra Norma fundamental.

Mas, con ser ello muy importante –innecesario insistir por obvio–, no es el único aspecto trascendente de la maternidad jurídica: ésta constituye, por otro lado y a la vez, el dato más importante en la identificación de la persona frente a «los otros», primer elemento definidor de la identidad personal de cada individuo, por el que éste queda vinculado uni o bilinealmente a una estirpe y a un parentesco, a un pasado y a una ascendencia individual y familiar, por el que queda relacionado como persona en la sociedad. La maternidad proporciona, así, el primer dato y facilita la determinación del segundo (paternidad) sobre el origen de la persona, su individualización, su anclaje biológico, vivencial por tanto, en la sociedad en la que se integra.

Ese origen biológico y la herencia genética que comporta la maternidad (y, por conducto de ella, la paternidad también) constituyen la base caracterológica a partir de la cual se cimenta y construye la personalidad del individuo, que se abre luego a otras influencias y se desarrolla en todos los sentidos. Ese origen biológico y herencia genética –cuyo conocimiento sólo es posible, en principio, a partir de la identidad de la madre– proporcionan los datos mínimos e imprescindibles para conocer la estructura primera, profunda y causal de la personalidad del individuo, los datos y elementos que contribuyen a su inicial formación y a veces a su propia deformación.

Permitir que la maternidad quede desconocida supone negar al hijo el conocer de dónde viene, quién es, a quién o quiénes debe no tanto su abstracto origen y metafísica esencia y existencia cuanto algo tan humano, concreto e individual como es su talla baja o su obesidad incipiente, ser rubio o mulato oscuro, la proclividad para ciertas enfermedades hereditarias (dato cada día más relevante), su carácter introvertido o su predisposición a la demencia senil (cuya herencia genética se ha localizado en el cromosoma 21, como la de la depresión en el cromosoma 11), su aptitud para la música o su ineptitud para las ciencias abstractas, todo lo cual se transmite y hereda genéticamente, como es conocido, y cada día preocupa más a los humanos, ahora que la Genética está permitiendo explicar procesos y realidades humanas que antes nos resultaban secretos.

creado, el nacido de sus relaciones con una mujer determinada: ¿qué significa reconocer a un niño de madre desconocida sino puro reconocimiento de complacencia, mendaz, mera (o especie de) adopción sin pasar por los requisitos y procedimiento más complejos de ésta?

¹² Imprescindible racionalmente, aunque algunos legisladores, como el nuestro, se salte a veces esa racionalidad mínima y permita que se constituya la filiación paterna de otra forma y al margen de ese esquema racional, sólo justificable ello (y no de otro modo) en la propia naturaleza incierta (antes más que ahora) de la paternidad.

La identidad de la persona y su conocimiento por cada individuo es la base de la propia estima (positiva o negativa), del sentido que cada uno tiene de la dignidad de la persona, y es fundamental en el inicial desarrollo de la personalidad: ¿qué es, si no, la persona en cuanto tal, en su entidad más trascendente y de tejas para abajo (porque si lo situamos en otro terreno dejamos de hablar en términos jurídicos y podemos perdernos)?

Creo que es inseparable de la idea de persona, ontológica y jurídicamente, la de su identidad individual y la construcción de la compleja personalidad de cada uno, a cuya conformación humana y jurídica, individual y social, contribuye no ya destacadamente sino de forma única, imprescindible y como elemento primero el conocimiento y la determinación de la filiación materna, único dato seguro a aquel respecto (los otros, insisto, son inseguros y relativos). Añádase a todo ello, si se quiere, otras proyecciones biológicas y afectivas vinculadas a la maternidad, a los largos meses de gestación y recíproco intercambio de vida entre madre e hijo, en lo que prefiero no insistir ahora para no desviar mi discurso del estricto terreno jurídico.

3. EL DERECHO A CONOCER LA PROPIA IDENTIDAD Y ORIGEN DE LA PERSONA Y SU RELACIÓN CON LA MATERNIDAD

3.1 En general

En un plano estrictamente jurídico creo firmemente que toda persona tiene un derecho superior e inalienable a conocer su propio origen; derecho cuyo fundamento normativo va más allá del mero derecho constitucional a la libre investigación de la paternidad y la maternidad del artículo 39.2 CE. Derecho aquél que, por cuanto acabo de razonar, puede considerarse como un derecho fundamental de la persona y debe ser tratado y protegido en ese plano jurídico, con todas sus consecuencias.

Hace largos años me preocupó esta cuestión e hice una afirmación semejante, con menos energía y alguna duda entonces¹³. Luego se han ocupado de esto mismo otras personas¹⁴ con más detenimiento. Hoy me permito insistir, con mayor convicción, en el sentido dicho: el conocer el propio origen es un derecho fundamental de toda persona, relacionado (en cuanto que la determina) con su identidad de persona concreta y dife-

¹³ Cfr. mis trabajos «La filiación en Cataluña en el momento actual», *Temas de Dret civil català*, Quaderns de Ciències Socials, 1984 (6), pp.143-144; y «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo xx*, Vitoria, 1987, pp. 160 ss.

¹⁴ E. ROCA TRIAS, «Adopción y datos biogenéticos: el proyecto genoma humano como auxiliar de las técnicas de desarrollo de la personalidad», en *El Derecho ante el proyecto genoma humano*, Fundación Banco Bilbao Vizcaya, Madrid, 1994, pp. 221 ss.; y C. QUESADA GONZÁLEZ, «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico», *ADC*, 1994 (2), pp. 237 ss. (*passim*).

renciada de cualquier otra, individual y socialmente; por tanto, también con su propia personalidad, a cuya definición y desarrollo contribuye desde sus primeros estadios y en el futuro. Derecho relacionado igualmente con la dignidad de la persona¹⁵ y con su propia intimidad¹⁶ en sentido positivo, a la que afecta muy directamente. Su fundamento jurídico-constitucional se halla, por tanto, al menos, en los artículos 10 y 18 CE (cfr. STS de 15 de marzo de 1989)¹⁷.

Quiero insistir sobre todo –aun a riesgo de reiterativo– en la contribución del conocimiento del propio origen (por lo que aquí interesa, la determinación de la maternidad como dato primario para ello) a la definición biológica y sociojurídica de la identidad de la persona, del propio ser individual de cada uno como entidad de persona diferenciada de los otros: la personalidad caracterizada por su unicidad (como una e inescindible es la persona), *a priori* o presupuesto de todo lo jurídico, de todos los derechos, incluso los más fundamentales.

En este sentido, la protección de esa identidad ontológica y jurídica de la persona se sitúa al más alto nivel ético y jurídico, el más próximo a la vida y por encima incluso de todos los otros bienes y valores y derechos fundamentales en tanto que *príus* lógico e imprescindible de los mismos. El derecho al respeto de la dignidad de la persona, a la libertad (cualquier libertad), a la intimidad, al honor, etc., requieren ir referidos a una persona concreta; y ésta viene a su vez definida por su propia identidad o autorreferencia individual y social: ¿quién soy yo, ser libre, persona cuya dignidad y honor merecen respeto y están protegidos, etc.? –puede preguntarse cualquiera–. Si esto parece razonable, cómo no admitir que el primer derecho de toda persona sea el de conocer su propia identidad, quién es, qué datos individuales y sociales lo definen e individualizan frente a «los otros», de dónde viene (como presupuesto para conocer y definir su itinerario vital, biográfico, en el que se integran todas las demás acepciones jurídicas y derechos).

¹⁵ «El ser humano se diferencia esencialmente del animal por el conocimiento de su origen; en ello puede verse un elemento de dignidad (...). La dignidad del ser humano consiste precisamente en la unidad de su existencia espiritual y física, que le capacita para una existencia histórica (...). Si el donante de esperma es anónimo (...) se interviene de manera irreparable en la existencia histórica del niño así procreado, lo que debe ser considerado como una violación de la dignidad del ser humano» (STARCK, «1. Teilgutachten Verfassungsrechtliche Probleme» (Informe al 56 Congreso de Juristas Alemanes), *Die künstliche Befruchtung beim Menschen-Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*, Munich, 1986, p. 24. Véase también cómo el nuevo artículo 24.2-g) de la Constitución federal suiza (modif. 1992) relaciona el derecho a conocer el propio origen con la dignidad humana.

¹⁶ Cfr. STS de 13 de marzo de 1989: « (...) Como es natural, el patrimonio que comprende la intimidad personal es extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos iniciativos de la misma; pero sí hacer referencia a todos aquellos biológicos o espirituales o caracterológicos que componen el ser de una persona, como pueden ser los datos analíticos o profesionales de una persona determinada, cuya divulgación por el sujeto que los posee provoca una publicidad de los mismos, como ocurre con los análisis clínicos, bacteriológicos, morfológicos, etc., de una persona».

¹⁷ Véase la amplia y sólida argumentación en ese sentido de mi discípula C. QUESADA, *op. loc. cit.*, pp. 245 ss.

3.2 Otras proyecciones del derecho a conocer la propia identidad y origen

De la importancia del conocimiento del propio origen, y de los problemas psíquicos que conlleva su desconocimiento o la duda a ese respecto, se han ocupado antropólogos, psicólogos, médicos y juristas en relación, particularmente, con los hijos adoptivos y en cuanto al derecho de éstos a conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores¹⁸. Los psicólogos y psiquiatras –sobre todo los anglosajones, pero también otros: la bibliografía es amplísima¹⁹– han demostrado que un interés sano y razonable, y aun la obsesión a veces por conocer el propio origen biológico, es frecuente a cierta edad (en la adolescencia, sobre todo) y va muy vinculado con la época o etapa vital, variable según sexo e individuo, del desarrollo y afirmación de la personalidad, y se acentúa en los casos en que la situación concreta de la persona le crea dudas acerca de su origen, o lo desconoce (caso de la adopción)²⁰.

Algunos autores insisten en que el interés por conocer el propio origen no es anormal o patológico, sino que se presenta como una natural manifestación en ciertas fases del desarrollo de la personalidad (primera juventud) y como una exigencia de su afirmación, a cuyo efecto se buscan puntos de referencia concretos (de tipo somático, caracterológico y afectivo) ante la relatividad y multiformidad biológica, psicológica y ética con que se encuentra aquella personalidad inmadura en busca de su propia definición, o cuando las referencias próximas que tiene no coinciden con las que él intuye o con las que le llegan de fuera. Aquella necesidad psíquica y

¹⁸ Me he ocupado de esta cuestión en mi ponencia al II Congreso Mundial Vasco, «La investigación de la mera relación biológica...», *loc. cit.*, pp. 161-162. Menos estudiada esta cuestión en nuestro país, ha dado lugar, en cambio, a amplia bibliografía en la doctrina extranjera: a título de ejemplo sólo (pues excede de lo que aquí interesa), M.T. MEULDERS-KLEIN (coord.), *Adoption et formes alternatives d'accueil. Droit belge et Droit comparé*, Bruselas, 1990; P. VERDIER-M. SOULÉ, *Le secret sur les origines*, París, 1986; G. VOGÜE-E. RICARD, *L'enfant a droit à son père*, París, 1994; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, «Réflexions sur les mythes fondateurs du droit comtemporain de la famille», *RTDC*, 1995-2, p. 263; C. SCOGNAMIGLIO, «Sul diritto dell'adottato ad ignorare l'identità dei propri genitori naturali», *Giur. ital.*, 1988, I-2, pp. 106 ss.; S. PATTI, «Sulla configurabilità di un diritto di la persona di conoscere le proprie origini biologiche», *Dir. Fam. e Pers.*, 1987, pp. 1316 ss.; H. HUMPHREY-M. HUMPHREY, «Damaged identity and the research for kinship in adult adoptees», *British Journal of Medical Psychology*, 1989, pp. 301 ss.; T. L. BLANTON-J. DESCHNER, «Biological mother's grief. The postadoptive experience in open versus confidential adoption», *Children Welfare*, 1990-6, pp. 525 ss.

¹⁹ Véase, por ejemplo, S. PATTI, «Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origine biologiche», *Dir. Fam. e Pers.*, 1987, II, pp. 1315 ss. Cfr. también la de la nota anterior.

²⁰ Para que se vea que cuanto digo es más real y vivencial que mera lucubración jurídica recordaré, como ejemplo inmediato de los días en que esto escribo, la película «Secretos y Mentiras» (director y guionista, Mike Leigh; título original «Secrets and Lies»), en la que la protagonista dice en cierto momento: «necesitaba conocer quién fue mi madre» (o expresión equivalente, cuya literalidad no recuerdo). En cuanto a otras consecuencias humanas, me remito a lo que aparece en esa obra cinematográfica.

vital y estos datos referenciales confusos o inexactos son causa de graves problemas personales, psiquiátricos incluso, en la formación y desarrollo de la personalidad del individuo que conoce de forma natural o adivina que su origen biológico no coincide con su filiación jurídica, por lo que para los psicólogos, pedagogos y muchos juristas el problema no es ya el de decir la verdad acerca de su origen al interesado (que ven como inevitable), sino cuándo (edad, situación personal) y quién y cómo (los allegados, terceros expertos, con asistencia psicológica o no, etc.).

Otro ámbito donde se ha planteado idéntica preocupación y que ha llevado a juristas y otros especialistas a preguntarse por este problema del origen biológico es el de las procreaciones asistidas y en relación con el nacido de inseminación artificial con material genético de donante. En este terreno la cuestión ha sido muy debatida, y la doctrina y los ordenamientos jurídicos van inclinándose progresivamente a favor de permitir al así nacido el conocer a cierta edad (y en algún caso, con ciertas limitaciones) la identidad del donante de gametos, aunque ello no signifique instaurar ninguna relación de filiación u otra^{21 y 22}.

3.3. La cuestión del origen de la persona en los ordenamientos jurídicos

Cuestión tan importante y grave como la apuntada no podía dejar de trascender al plano jurídico y a los Derechos positivos, aunque se ha producido en forma y con alcance diverso. De todos los Ordenamientos jurídicos del mundo occidental, donde se ha visto esta cuestión con más claridad y ha quedado mejor definida es en *Derecho alemán*, en el que su doctrina más prestigiosa y la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional federal han considerado el derecho a conocer el propio origen biológico como un derecho fundamental de la persona, cuya protección basan en el ámbito del derecho general de la personalidad del parágrafo 1.1 en relación con el 2.1 de la *Grund Gesetz*. Con cierto antecedente en la sentencia del BGH de 11 de noviembre de 1981, se ha consolidado esa calificación y protección tras las sentencias del Tribunal Constitucional de 18

²¹ Véase mi trabajo «La investigación de la mera relación biológica...», *loc. cit.*. Y también S. PATTI, *op. loc. cit.*, y, del mismo, «Verità e stato giuridico della persona», *RDC*, 1988, 2, pp. 231 ss. (y biografía que cita). Para el Derecho alemán, cfr. GIESEN, «Heterologe Insemination. Ein neues legislatorisches Problem?», *FamRZ*, 1981, pp. 413 ss.; BENDA, «Humangenetik und Recht-Eine Zwischenbilanz», *NJW*, 1985, pp. 1730 ss.; K. MULLER, «Zeugnispflicht bei heterologer Fertilisation», *FamRZ*, 1986, pp. 635 ss.

Como referencia más reciente citaré una periodística: «Diversos juristas defienden el derecho de los hijos in vitro (*sic*) a conocer a su padre biológico», diario *La Vanguardia*, 17 de febrero de 1997 (en la misma fecha apareció en *El País* un suelto con título parecido y relativo a una reunión de juristas en Valencia por esas fechas, y con cita en ambos diarios de los profesores MONTES y VIDAL).

²² Excútese que no me detenga en estas cuestiones, cuyo estudio detenido desborda mi propósito y no me corresponde aquí, y que traigo ahora sólo como muestra de la importancia real que tienen para la persona las dudas acerca de su propio origen y la necesidad vital y profunda de conocerlo.

de enero de 1988 (que consideró que el hijo no matrimonial tiene derecho a conocer a través de su madre el nombre del padre, derecho y conocimiento protegido en el ámbito del derecho general de la personalidad aludido), la de 31 de enero de 1989 (que declaró inconstitucional el § 1596 BGB en cuanto que limita a ciertos supuestos la impugnación de la paternidad matrimonial por parte del hijo), y la más reciente de 26 de abril de 1994, que ha dicho que el derecho general de la personalidad, que implica el derecho a conocer el propio origen, queda violado por la limitación a ciertos plazos del derecho del hijo mayor de edad para impugnar su paternidad, plazo cuyo límite impide la investigación judicial de la verdadera filiación, y declaró inconstitucional el § 1598 *in fine* BGB (que establecía tal plazo preclusivo)^{23 y 24}.

Algo semejante ha ocurrido en Suiza, donde prestigiosos autores han defendido el derecho del hijo al conocimiento de su origen biológico por encima de otros derechos en conflicto²⁵, frente a un criterio contrario de su Tribunal Supremo federal; discusión zanjada con la reforma de la Constitución suiza en 1992 (17 de mayo), que confiere a la Confederación suiza la función de garantizar «la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia, y se acomodará sustancialmente a los

²³ En relación con las sentencias del BGH citadas, la de 11 de noviembre de 1981, en *FamRZ*, 1982, pp. 159 ss. (con comentario de GÖPPINGER en *Juristische Rundschau*, 1982, pp. 149-150) (en el mismo sentido, las sentencias del LG. Saarbrücken de 13 de diciembre de 1990, en *Der Amtsvormung*, 1991, p. 338; y la del Amts G. Gemünden a. Main de 2 agosto 1989, en *FamRZ*, 1990, p. 200); la de 18 de enero de 1988, en *FamRZ*, 1989, p. 147 (cfr. GIESEN, «Genetische Abstammung und Recht», *Juristenzeitung*, 1989, pp. 366 ss.); la de 31 de enero de 1989, en *FamRZ*, 1989, p. 255, y *NJW*, 1989, p. 91 (cfr. GIESEN, *op. loc. cit.*, y COESTER-WALTJEN, «Kunstliche Fortpflanzung und Zivilrecht», *FamRZ*, 1992, p. 372); la de 26 de abril de 1994, en *BVerfGE* 90.263 y en *NJW*, 1994, p. 2475.

Sobre esta cuestión en la doctrina alemana, véase KLEINEKE, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, 1976, pp. 51 ss.; KNÖPFEL, «Beistand und Rücksicht zwischen Eltern und Kindern», *FamRZ*, 1985, pp. 563 ss.; ENDERS, «Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung», *NJW*, 1989, pp. 881 ss.; y los ya citados GIESEN y COESTER-WALTJEN, obras y lugares mencionados (favorables, todos esos autores, a considerar un derecho constitucional al conocimiento del verdadero origen y filiación). Con posición matizada o contraria, FRANK, «Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung», *FamRZ*, 1988, pp. 113 ss.; HASENSTEIN, «Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung», *FamRZ*, 1988, pp. 120 ss.; DEICHFUSS, «Recht des Kindes auf Kenntnis seiner blutmässigen (genetischen) Abstammung?», *NJW*, 1988, p. 114 (obsérvese que todos esos autores y obras son anteriores a las sentencias del Tribunal Constitucional federal antes citadas).

Como más asequibles para el lector hispano, cfr. C. QUESADA GONZÁLEZ, «El derecho ¿constitucional? a conocer...», *loc. cit.*, pp. 239 ss.; y F. FURKEL, «Chronique de Droit civil allemand», *RTDC*, 1995 (3), pp. 698-699.

²⁴ En Alemania se ha llegado a sugerir, para garantizar el derecho del niño a conocer su filiación biológica, el amenazar a la madre con retirarles el ejercicio de la patria potestad en el caso de que se niegue a comunicar el nombre del padre. Cfr. HINZ, en el *Münchener Kommentar* (ed. 1992), ad § 1706, núm. 5, y R. FRANK, «La signification différente attachée à la filiation par le sang en Droit allemand et français de la famille», *Rev. Intern. Dr. Comparé*, 1993 (3), p. 643.

²⁵ Cfr. HEGNAUER, *op. cit.*, p. 95 (y autores suizos que cita); GROSSEN, en AA.VV., «Adoption et formes alternatives d'accueil» (dir. MEULDERS-KLEIN), Bruselas, 1990, p. 298; y O. GUILLOT, «Switzerland: everyone has the right to know his or her origine», *Journal Law Family*, 1993 (4), pp. 465 ss.

siguientes principios: [...] g) el acceso de una persona a los datos relativos a su ascendencia está garantizado» (art. 24.2) (obsérvese que vincula ese derecho al conocimiento del ascendente de toda persona al derecho a la dignidad humana, de la personalidad y de la familia).

En los *Ordenamientos latinos* ha preocupado menos esta cuestión, si bien se ha planteado recientemente en relación con la adopción (posibilidad de que el adoptado llegue a conocer la identidad de sus progenitores) y con la filiación resultante de IAD (anonimato o no de la identidad de donante de gametos). En Derecho francés e italiano las posiciones son variadas y ambiguas (y menos abiertas que en Derecho alemán y suizo), aunque discutidas por la doctrina²⁶ y objeto de reformas y proyectos legislativos.

Viniendo ya a *nuestro Ordenamiento jurídico*, donde no hay regulación directa ni pronunciamiento expreso por ahora de nuestro Tribunal Constitucional, una importante consecuencia de esa consideración del derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental de la persona, si se acepta la calificación que propongo —en la que coincide cierto sector doctrinal— es que habrán de ser consideradas como opuestas a la Constitución (que lo garantiza) cuantas normas nieguen o cercenen aquel derecho; del mismo modo que el Tribunal Constitucional alemán ha declarado inconstitucionales algunos párrafos de los §§ 1596 y 1598 BGB. Por ahora no me atrevo a pronunciarme a este respecto con más vehemencia cuando todavía se halla pendiente de resolución por nuestro Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra ciertos artículos de la LTRA'88 que consagran el anonimato de donante de gametos y la imposibilidad de su conocimiento por el nacido a resultas de esa técnica y de la IAD²⁷. Aunque el objeto del recurso se concreta a esta última cuestión, cabe esperar que en el razonamiento jurídico de la sentencia correspondiente aparezcan ideas y pronunciamientos que alcancen al problema más amplio a que aquí aludo y quede despejado el interrogante planteado.

²⁶ En cuanto a la doctrina francesa, véase P. RAYNAUD, «L'acte de naissance de l'enfant naturel», *Melanges G. Marty*, Toulouse, 1978, pp. 908 ss.; y «L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence?», *Dalloz*, 1980, *Chronique*, pp. 1 ss.; R. FRANK, *op. loc. cit.*, pp. 637 ss.; P. VERDIER-M. SOULÉ, *Le secret sur les origines*, París, 1986; J. RUBELLIN-DEVICHI, «Une importante réforme en Droit de la famille par la loi núm. 93-22, du 8 janvier 1993», *JCP*, 1993.I.3659, núms. 13 ss.; J. MASSIP, «Les modifications apportées au Droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993», *Defrenois*, 1993.634; F. GRANET, «L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi 93-22, du 8 janvier 1993», *Recueil Dalloz-Sirey*, 1994, *Chron.*, 22 ss.

Por lo que respecta al Derecho italiano, cfr. S. PATTI, obras y lugares citados en las notas 19 y 21 (y referencias bibliográficas que contiene).

²⁷ Recurso interpuesto el 24 de febrero de 1989 (fundado, sustancialmente, en que el carácter anónimo de la donación de gametos iría en contra del principio constitucional de la libre investigación de la paternidad, y por infracción de la garantía constitucional de la protección de la familia) y admitido a trámite bajo el número 376/1989 el 13 de marzo del mismo año.

III. ANTECEDENTES Y SISTEMAS JURÍDICOS EN ORDEN A LA FILIACIÓN MATERNA

Antes de entrar directamente a estudiar todas las cuestiones apuntadas en nuestro Ordenamiento vigente, resultante de fuerzas sociales variadas y componentes históricas, puede resultar luminoso, para su mejor conocimiento y valoración, un examen diacrónico y comparativo (con otros sistemas jurídicos). Dicho en términos más sencillos: sugiero estudiar los problemas apuntados con una referencia histórico-evolutiva, siquiera mínima, a partir del pasaje paulino en D.2,4,5 hasta nuestros días; y paralelamente, ver cómo han resuelto otros pueblos y ordenamientos idénticos problemas de la maternidad, cuya problemática natural y sustancial es idéntica y apenas difiere hoy la realidad social en el mundo y cultura occidental a que pertenecemos²⁸.

1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA (SUCINTA) DE LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD

La «historia» jurídica de la maternidad es, ya que no breve, muy pobre en cuanto a datos e hitos en las fuentes y Ordenamientos jurídicos –a diferencia de la paternidad, de larga y compleja historia–. Las primeras referencias valiosas a nuestros efectos las encontramos en el Derecho Romano –inútil ir más allá en busca de antecedentes fiables–, en juristas del siglo II, donde no es única ni aparece aislada la célebre máxima paulina *mater semper certa est*, aunque por su claridad y contundencia sea la más conocida. Empezaré por ella, por Paulo.

1.1 Derecho Romano. El pasaje paulino, y concordantes

El tit. IV del libro II del Digesto (*de in ius vocando*), tras recoger un texto de Paulo que define la *in ius vocatio* («in ius vocare est iuris experiundi causa vocare»: D.2,4,1), va mencionando quiénes pueden o no ser citados a juicio. En D.2,4,4 un texto de Ulpiano (libro V. *ad Edictum*) se refiere, citando al Pretor, a que no sean llamados a juicio los ascendientes, descendientes y otros parientes y personas²⁹, aclarando quiénes son parientes; y luego, en D.2,4,3 añade: «Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in servitute susceperunt; nec tamen, ut Severus dicebat, ad

²⁸ No voy a hacer historia jurídica ni Derecho comparado. No soy especialista en una ni otro, ni dispongo de tiempo y medios idóneos, ni aptitud suficiente. Dejo una y otra cuestión a los expertos respectivos. Exploraré ambos terrenos a los limitados fines sugeridos, en vista e interés de nuestro propio Derecho, para su mejor comprensión e interpretación, *de lege data*, pero también, quizá inevitablemente, *de lege ferenda*.

²⁹ Esa prohibición de citación a juicio de ciertos parientes se debía a que fue considerado en Derecho Romano, y luego durante largo tiempo –cfr. Juan SALA, *Digesto romano-español*, Madrid, 1844, coment. libro II, tit. IV (Del emplazamiento. *-De in ius vocando*), 2 ss.– como ignominioso («Como el emplazamiento se consideraba una cosa ignominiosa, algunas personas no podían ser emplazadas, y otras sólo con la venia del pretor»).

solos iustos liberos, sed et *si vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit*». Es decir, «pero no sólo, como decía Severo (alcanza la prohibición) a los descendientes legítimos, sino que, aunque haya nacido del vulgo (por obra de cualquiera), *no citará el hijo a juicio a su madre*».

Ese es el antecedente del texto de Paulo (libro IV, *ad Edictum*), donde, a modo de continuación del anterior (terminado en coma, y continuando con minúscula en las versiones modernas), se dice: «*quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est...*». Obsérvese que el sujeto de la oración, «mater», no aparece en el pasaje paulino³⁰ sino en el anterior, de Ulpiano (*matrem in ius non vocabit*).

Hay que destacar de ese texto que no trata directamente de maternidad o paternidad, ni va dirigido *per se* a resolver problemas de esa índole, sino que se inserta al abordar una cuestión procesal, la *in ius vocatio*, incidentalmente; y que se opone la cuestión de la maternidad derivada de relaciones con cualquiera (del *filius vulgo conceptus*) al problema de la paternidad en matrimonio; con curioso (o deliberado) paralelismo con el anterior texto ulpiano en que frente a los *iustos liberos* se opone el *vulgo quaesitus filius* (otra vez el concebido por «el vulgo», por obra de cualquiera)³¹. Oposición esa no desusada, que puede encontrarse de nuevo en textos posteriores romanos y medievales.

Por otra parte, ambos textos (con más claridad el de Paulo) se limitan a afirmar la certeza de la maternidad: en expresión directa y unívoca el paulino, e implícita en el de Ulpiano (que prohíbe al *vulgo quaesitus filius* el citar a juicio a su madre porque aun en ese caso no cabe duda de que lo es).

Otro pasaje de Celso, en D.1,5,19,pr. (*liber XXIX Digestorum*), es muy semejante a los anteriores: «*quum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur; vulgo quaesitus matrem sequitur*». La idea es la

³⁰ Intentando reconstruir Otto LENEL el texto de Paulo en relación con sus antecedentes en la obra de que procede éste («Ad Edictum»), propone lo siguiente: «131. (*Etsi vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit*), quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant» (la cursiva es del autor) (*Palingenesia Iuris Civilis, Pauli ad Edictum, lib. IV*, volumen prius, Lipsiae, 1889, p. 974).

Sobre la autenticidad del texto paulino, cfr. KASER, *Römischen Privatrecht*, Munich, 1955, pp. 290 ss.; SCHULZ, *Classical roman Law*, Oxford, 1951, p. 143; SOLAZZI, «Pater est quem nuptiae demonstrant», *Iura*, 1956, pp. 131 ss.; F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazioni in diritto romano: II. La c.d. presunzione di paternità*, Bologna, 1964, pp. 48-49.

³¹ Aunque es discutido el significado y alcance (incluso temporal) del «*tollere liberum*» (cfr. F. LANFRANCHI, *op. loc. cit.*, pp. 49 ss.; y mi obra *La presunción de paternidad legítima*, cit., pp. 173-178), ha sostenido la doctrina romanista italiana que hubo una importante relación entre el *tollere liberum* y el *vulgo conceptus filius*: si el paterfamilias no recogía del suelo el presunto hijo que le era presentado, era considerado éste *vulgo conceptus*: véase SOLAZZI, «Pater est quem nuptiae demonstrant», *Iura*, 1956, pp. 131 ss.; LANFRANCHI, *op. loc. cit.*, y «Prime considerazione sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico», *Studi Volterra*, 1958, pp. 32 ss (41); VOLTERRA, «Un'osservazione in tema di tolle liberum», *Festschrift Schulz*, I, 1951, pp. 388 ss.

misma que en los textos de Ulpiano y Paulo: los hijos nacidos en matrimonio siguen al padre (porque el matrimonio determina paternidad); los concebidos fuera del matrimonio, por obra de cualquiera, siguen a la madre (porque su paternidad es desconocida). Aparece, pues, de nuevo la idea implícita de la certeza de la maternidad, aunque conciba del vulgo, y que la paternidad deriva del matrimonio.

No conozco más textos romanos relativos a maternidad³². Hay algún otro que reitera la referencia indirecta a paternidad: uno de Paulo, en D.23,2,65,1 (*liber VII Responsorum*): «...et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse»; otro, una constitución del emperador Gordiano, en C.5,4,6 (relativo a matrimonio contraído contra mandato del príncipe): «*et ideo postea liberos susceptos natosque ex iusto matrimonio legitimos esse, responsum viri prudentissimi Pauli declarat*». En este segundo se reitera la misma idea que en el primero y con apoyo en la respuesta de Paulo, precisamente (del texto anterior).

1.2 Derecho español. De la Edad Media a la Codificación

A) En la Edad Media española se puede constatar la ausencia de textos legales que aludan de modo directo a la maternidad, si bien está presente, explícita o implícita, la idea de la certeza de la maternidad frente a la incertidumbre de la paternidad, a cuya determinación van dirigidas todas las reglas y normas de los principales cuerpos legales, sea en los Fueros generales o locales³³, ya en las Partidas y Leyes de Toro.

Es curioso que en las Partidas los pasajes más expresivos para lo que aquí interesa están fuera del ámbito de la filiación (que tiene, sin embargo, normas específicas), y que en este ámbito apenas puede encontrarse ningún texto medianamente aprovechable. Así, en la Partida VI,13,11 («*quales hijos, de aquellos que non son legítimos, pueden heredar a sus madres*») aparece la expresión más clara y contundente a nuestros efectos: «*las madres siempre son ciertas de los hijos que nascen dellas; por esta razón, todo fijo debe heredar en los bienes de su madre en uno con los otros hijos legítimos que nascen della*»³⁴. Y en Partida VI,13,12 («en

³² Aunque no hay ningún texto romano que lo diga directamente, hay otros que permiten pensar que en la mente de los juristas romanos maternidad era equivalente a parto. Así, en D.1,5,14: «... *partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus; et ideo inter liberos connumerabitur*»; y D.1,5,16: «*idem edit, si eadem Arescusa primo duo pepererat, postea geminos ediderat, dicendum est enim, non posse dici utrumque ingenuum nasci, sed eum, qui posterior nascitur. Quaestio ergo facti potius, non iuris*».

³³ Cfr. GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969, *passim*.

³⁴ No es muy explícita la glosa de GREGORIO LÓPEZ a esta Ley de Partidas: «Dice el Filósofo en el lib. 1. *de generatione animalium*, que en la generación la mujer suministra la materia informe, la que recibe su forma de la fuerza formativa que existe en el semen del varón. Además, las funciones de la hembra en la generación son más trabajosas que las del hombre, y sabe ella mejor, qué hijos le pertenecen; de ahí es que, según el mismo filó-

qué manera pueden heredar entre sí los hermanos que son dichos naturales») reitera la misma idea de certeza de la maternidad: «fijo natural, que non es nacido de legítimo matrimonio, si muriere sin testamento, non aviendo fijos nin nietos nin madre, entonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre, deven haber todo lo suyo; [...]. E esto es, *porque los hermanos que les pertenescen de parte de su madre, son ciertos, e los de parte de padre son en dubda*». He ahí, otra vez, la oposición romana de certeza de la maternidad frente a la incerteza de la paternidad.

En la Partida IV, tit. 13 («de los fijos legítimos»), 14 («de las mugeres que tienen los homes que non son de bendiciones») y 15 («de los fijos que non son legítimos») se trata ampliamente la determinación de la paternidad, incluso la legitimación de los hijos naturales, pero todas las alusiones a maternidad y madres son vagas («los fijos que nascen dellas») y dan por supuesto lo que es, como la cosa más natural o sencilla del mundo. De esos y otros pasajes, como Partidas IV,19,3 y IV,19,5³⁵, puede deducirse, por otro lado, que en dicho cuerpo legal se identifica maternidad con parto.

La misma imprecisión que en Partidas encontramos en las Leyes de Toro, de las que la más conocida, la ley 11, relativa al hijo natural, sólo alude a que «sus padres podían casar *con sus madres* justamente sin dispensación». Mas (dato importante) en esa ley, en que se exige el reconocimiento del padre para la determinación de la filiación natural (en los términos que la define), no exige, en cambio, el reconocimiento de la maternidad³⁶, lo cual acredita la vigencia del principio *mater semper certa est* en su concepción y régimen de la filiación, y la no necesidad de determinación voluntaria por la madre. La ley 10 habla también de *madres*, reiteradamente, sin otra precisión.

En todo caso se puede sacar la conclusión de que la maternidad no creó problemas jurídicos de definición o determinación, vinculada siempre al hecho del parto y a la idea de certeza; conclusión esa a la que llega también un especialista en filiación en esa época, Gacto Fernández, para

sofo, lib. 9. *Ethi corum*, el amor de la madre es más profundo: a más de que son mayores los cuidados de la misma para la educación de los hijos, y de ahí es que, dice el Ecles. cap. 7 vers. 29, *gemitum matris tuae ne obliviscaris*» (ed. Barcelona, 1843, p. 702). Las glosas a la ley 12, y demás citadas en el texto, son más intrascendentes a nuestros efectos.

³⁵ Ahorro la transcripción íntegra de esos textos, para citar sólo los pasajes que interesan aquí. En Partida IV,19,3 («en cuya guarda, del padre, e de la madre deven ser los fijos, para nodrecerlos, e criarlos») se dice: «Nodrescer, e criar *deven las madres a sus fijos*, que fueren menores de tres años, e los padres a los que fueren mayores desta edad. Empero, *si la madre fuesse tan pobre (...)*. Pero si la madre los oviesse de guardar...». Partida IV,19,5 («A quales fijos son tenudos los padres de criar, e quales non»): «Engendran los omes fijos en sus mugeres, legitimas, e a las vegades en otras, que no lo son (...). Ca *los fijos que nascen de las mugeres* de bendición (...). Esto mismo es, de *los que nascen de las mugeres*, que tienen los omes por amigas manifestamente (...).».

³⁶ Así lo entendió y aplicó la STS de 30 de junio de 1865 (citada por NAVARRO AMANDI, *Código Civil de España*, Madrid 1880, I, p. 134, y por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), Madrid, 1984, I, p. 886.

quien «constando siempre la identidad de la madre en la práctica por el mismo acto del nacimiento, nunca planteará el problema de la incertidumbre de la maternidad»³⁷. Por ello mismo afirma ese autor que «acerca de la madre no se dispone nada (en los grandes fueros y otros cuerpos legales), signo inequívoco de la vigencia del antiguo aforismo romano *mater autem semper certa est*»³⁸.

Hay que llegar al siglo XIX para encontrar alguna novedad en esta materia, pues hasta su segunda mitad siguen vigentes las Leyes de Partidas y de Toro antes citadas (estas últimas reproducidas en la Novísima Recopilación, libro X, tit. V («de los hijos, su emancipación y legitimación») y XX («de las herencias, mandas y legados»), textos en los que no se hace referencia concreta a maternidad —ni siquiera en la ley 5.^a, que reproduce la 9.^a de Toro relativa a «casos en que los hijos bastardos e ilegítimos pueden o no heredar a sus madres ex testamento o ab intestato»—.

B) *El Proyecto de 1851* tampoco hace alusión directa a la maternidad, pero contempla en varios preceptos el reconocimiento voluntario por la madre junto al paterno: así, en el artículo 119 (necesidad de reconocimiento previo de «los padres del hijo natural» para la eficacia de la legitimación), 122 («los padres de un hijo natural podrán reconocerle de común acuerdo»), 123 («para el reconocimiento por uno solo de los padres bastará...»), 125 («cuando el padre y la madre separadamente reconozcan un hijo natural, no podrán revelar...»). Luego, el artículo 127 establecía: «se prohíbe, en todo caso, la investigación de la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio». Comentando ese precepto, justifica García Goyena la prohibición de la investigación de la maternidad apelando a la reputación de la madre, y añade: «contra estas consideraciones importa poco decir que la maternidad es un hecho físicamente cierto y susceptible de pruebas positivas; la investigación de la paternidad, limitando su derecho y ejercicio al hijo, carece de todos los inconvenientes mencionados, y sin embargo, no se permite, aún cuando haya un reconocimiento expreso del padre en un instrumento privado».

Como puede comprobarse, en ese Proyecto, por influencia del *Code Napoleon*, se rompe la línea y concepción romana del *mater semper certa est* y no necesidad del reconocimiento para su determinación. Influencia que ha perdurado como un pesado lastre del que no ha sabido desprenderse el legislador español en toda la historia posterior de la filiación (en la que no ha dejado de influir el Derecho positivo y la doctrina francesa).

C) Así, en el artículo 51 de la *Ley del Registro Civil de 1870* se impedía la expresión de la identidad del padre y abuelos en la inscripción

³⁷ *Op. cit.*, p. 77. Más adelante añade el mismo autor que «cuando no existiera duda sobre la identidad del progenitor, conocida siempre, como hemos visto, la de la madre, el hijo goza de la condición de natural si entre ellos no mediaba alguna causa...» (p. 78).

³⁸ *Op. cit.*, p. 68.

del nacimiento del hijo ilegítimo (que entonces era el ilegítimo no natural), salvo que voluntariamente declarara su paternidad aquél por sí o por apoderado; y añadía: «lo mismo se observará en cuanto a la expresión del nombre de la madre y de los abuelos maternos» (pfo. 2.º). Sin embargo, no pasa desapercibida al legislador la cuestión de la certeza de la maternidad, pues en la Exposición de motivos, a la hora de justificar dicha norma, apostilla al efecto: «igual prohibición (que para el padre) se establece respecto a la expresión del nombre de la madre, *no obstante que ella es siempre conocida*».

D) El *Código Civil de 1889*, que seguía en este punto muy de cerca al Proyecto de 1851 con la novedad introducida en la base 5.^a de la Ley de Bases de 1888³⁹, tampoco alude directamente a la maternidad, salvo en cuanto que contempla el reconocimiento del hijo natural «por el padre y la madre conjuntamente, o por uno sólo de ellos» (art. 129; cfr. también el 132, en idéntico sentido, para el reconocimiento separado). De ello resultaba que la maternidad no matrimonial sólo quedaba determinada, aparte de por resolución judicial, por reconocimiento voluntario de la madre, de manera que en caso de inscripción de nacimiento por declaración de un tercero no quedaba determinada legalmente la filiación materna (cfr. R 11 septiembre de 1995, relativa a una inscripción efectuada en 1930). Luego, establecía el artículo 136 que «la madre estará obligada a reconocer al hijo natural: 1.º cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior (escrito indubitado de reconocimiento de la maternidad, posesión de estado del hijo); 2.º cuando se prueba cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo». En esta segunda hipótesis se identificaba maternidad con parto; en la primera se hacía depender de actos voluntarios de la madre (documento indubitado de reconocimiento, posesión de estado). Mas este caso del artículo 136 era, como el del 135 para la paternidad, un supuesto de reclamación judicial de maternidad, no de determinación extrajudicial, que es la que nos preocupa por ahora⁴⁰.

Sobre esa legalidad sustantiva incide la Ley de Registro Civil de 1957 (LRC en lo sucesivo) y su Reglamento de 1958 (RRC), que por ser normas vigentes dejo para examinar como Derecho positivo actual más adelante.

2. SISTEMAS JURÍDICOS. ORDENAMIENTOS EXTRANJEROS

Paralelas a las distintas concepciones de la filiación, en general, y correspondientes sistemas jurídicos relativos a su determinación, pensados sustancialmente en función de la filiación paterna (que históricamen-

³⁹ Dice esa base 5.^a, por lo que aquí interesa: «No se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre (...). *Se permitirá la investigación de la maternidad, y se autorizará la legitimación (...)*».

⁴⁰ A su vez, el originario art. 140 CC, relativo a los alimentos a que tenía derecho el hijo ilegítimo no natural, decía que sólo podría reclamarlos: «(...); 3.º, respecto de la madre siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo».

te ha creado los principales problemas en relación con la determinación de la filiación), aparecen, condicionados por sus respectivos antecedentes históricos, también dos formas distintas de entender la maternidad con sendos sistemas o procedimientos de determinación:

a) Unos Ordenamientos jurídicos parten del clásico principio *mater semper certa est*, y establecen que la maternidad debe quedar determinada jurídicamente desde el primer momento, desde la inscripción del nacimiento en el Registro correspondiente, una vez constatado el parto y conocida la identidad de la madre; ésta no puede obstaculizar aquella determinación, que queda sustraída a su voluntad. Es el sistema predominante en los países anglosajones y germánicos y los de su área de influencia, y el de varios Convenios internacionales.

b) En otros Ordenamientos –los latinos: como más representativos, el francés, el italiano y el español– no siempre queda determinada la filiación materna *ab initio*, aun conocido el hecho del parto y la identidad de la madre y del hijo, sino que tal determinación jurídica queda subordinada a la voluntad de la madre de forma varia: unas veces, para toda filiación, y otras sólo para la no matrimonial; de otro lado, en algunos sistemas se requiere el reconocimiento voluntario de la madre, o se subordina su identificación en el parto a su voluntad (con la posibilidad del «*accouchement anonyme*» francés), o se permite que la madre «desconozca» y niegue su maternidad si no ha declarado ella el nacimiento en el momento de su inscripción (sistema español, para la no matrimonial).

En el terreno de los principios y concepción de la filiación resulta que en los sistemas y Ordenamientos el primer grupo de la organización de la determinación de la filiación materna se halla presidido por la idea eminente del derecho de toda persona a conocer su origen biológico y su propia identidad y por el derecho también a pertenecer a una familia; principios que informan igualmente tales Ordenamientos en otros aspectos y manifestaciones (en materia de adopción, en cuanto al anonimato del donante de gametos en IAD,...).

Los Ordenamientos del segundo grupo se hallan influidos, en cambio, y en una u otra medida, por los principios formalistas derivados de los problemas particulares de la determinación de la paternidad, y desconocen o subordinan la determinación de la maternidad y el derecho de toda persona a conocer su origen a otros criterios y valores sociales, y para justificar el margen de voluntarismo individual dejado a la determinación de la maternidad adúcese a veces el derecho de la madre a preservar su honorabilidad e intimidad –sobre todo, en la ocultación de la maternidad no matrimonial– y el que no se puede imponer esa relación jurídica y personal a quien no desea ser madre (dejando despejado el camino para una adopción que dé una madre voluntaria al hijo que se ha quedado sin la biológica).

Se trata, como puede observarse, de dos concepciones distintas de la filiación, en general, y de la maternidad, así como del juego y trascendencia de otros hechos y valores individuales y sociales, que acusan, aquellas y éstos, la influencia del pasado histórico de los respectivos pueblos y ordenamientos.

2.1 Ordenamientos en los que la filiación materna queda determinada directamente, conocido el parto y la identidad de la madre

He aquí una sucinta referencia a algunos sistemas jurídicos y Ordenamientos más destacados en esa concepción:

a) *Sistema anglosajón*. En el *Reino Unido*, de antiguo –en el «Common Law», siguiendo antecedentes romanos–, la maternidad queda establecida a partir del parto: «because the fact of birth and identity can be established by the evidence of the doctor or other persons present at the birth», dice Bromley⁴¹. En términos semejantes en la jurisprudencia: «motherhood, although also a legal relationship is based on fact, being proved demonstrably by parturition»⁴². Hoy incluso, con referencia a las procreaciones asistidas (*reproductive technologies*), la «Human Fertilisation and Embryology Act 1990» vincula también maternidad a embarazo y parto⁴³.

En *Estados Unidos* la reciente «Uniform Parentage Act» establece la maternidad como derivada del embarazo y parto: «the natural mother may be established by proof her given birth to the child» (art. 3.1); determinación de maternidad que es vista como perfectamente natural por la doctrina⁴⁴.

b) *Alemania*. Es este quizá el país y Ordenamiento en el que de forma más clara y directa queda establecida la maternidad en la inscripción de nacimiento, probado el parto y la identidad del hijo respecto del alumbrado, datos que, junto a otros, se hacen constar en el acta correspondiente (art. 21 de la *Personenstandsgesetz*, redacción de 1976). Esa posición queda reforzada desde el momento en que la jurisprudencia constitucional alemana (de forma muy clara a partir de varias sentencias del Tribunal Constitucional federal de 1988, 1989 y 1994, citadas en el apartado II,3,3) viene considerando como un derecho fundamental de la persona el conocimiento del propio origen biológico, con lo que resulta

⁴¹ P.M. BROMLEY-N.V. LOWE, *Family Law*, Londres (1987, 7.ª ed.), p. 246 (donde alude, seguidamente, a casos problemáticos); en el mismo sentido, S.M. CRETNEY-J.M. MASSON, *Principles of Family Law*, Londres, 1990, p. 493; y J. DEWAR, *Law and the Family*, Londres, 1992, pp. 82 y 88.

⁴² *Amphill Peerage Case* (1977), A.C. 547-577 (citado por CRETNEY, *op. loc. cit.*).

⁴³ Cfr. DEWAR, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁴ Cfr. J. L. DOLGIN, «Just a gene: Judicial assumptions about parenthood», *UCLA Law Review*, 1993, pp. 636 ss.

inconcebible dentro de ese sistema jurídico el dejar la determinación de la maternidad a la voluntad de la madre⁴⁵.

c) *Austria*. Su régimen jurídico en lo que aquí interesa es semejante al alemán: en el acta de nacimiento se hace constar, junto a datos concretos del nacido, la identidad de la madre (art. 19 de la *Personenstandsgesetz*), quedando determinada la maternidad, matrimonial o no matrimonial, por el solo hecho del nacimiento del hijo y su constancia en el acta de nacimiento. Por otro lado, el encargado del Registro Civil debe hacer de oficio la inscripción de nacimiento tras una investigación de los hechos (art. 9.1 PStG).

d) *Suiza*. El artículo 252 CC suizo (redacción de 1976) mantiene, para la filiación en general, la posición que desde la redacción original (1907) adoptó para la no matrimonial⁴⁶. Dice aquel precepto: «1. A l'égard de la mère, la filiation résulte du seul fait de la naissance»⁴⁷. En la inscripción del nacimiento debe mencionarse en todo caso el nombre y apellidos de la madre (art. 67.1 *Ordonnance sur l'état civil*, de 1953); y da fe del hecho de que esa mujer ha dado a luz el hijo (art. 9.1 OEC) con lo que constituye, así, la prueba de la filiación materna⁴⁸. También en este país esa posición ha quedado reforzada, tras ciertas discusiones doctrinales y debate jurisprudencial⁴⁹, por la reforma de su Constitución

⁴⁵ La misma filosofía jurídica preside el conocimiento del propio origen biológico por parte de los adoptados. Cfr. FRANK, en el *Staudinger BGB Kommentar* (ed. 1991), ad § 1775, núm. 15 ss.

⁴⁶ Cfr. HEGNAUER, *op. cit.*, p. 34: «La naissance révèle par elle-même, directement et sans équivoque, la descendance maternelle. C'est pourquoi le rapport de filiation entre l'enfant et la mère résulte, de plein droit, du seul fait de la naissance, et ceci depuis les temps les plus anciens (*mater semper certa est*, in: Digesta Iustiniani, 2,4,5; art. 252.1). Il existe déjà pendant la grossesse, à titre conditionnel. La filiation maternelle découle automatiquement et impérativement de la descendance. Une reconnaissance juridique de l'enfant par la mère n'est ni nécessaire ni admissible. La mère ne peut pas rejeter son enfant, ni l'enfant rejeter sa mère. Le rapport de filiation prend naissance même si la mère consent d'emblée à l'adoption de son enfant».

⁴⁷ En el «Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernat la modification du Code Civil suisse» (1974) se dice a ese respecto: «El artículo 252 del proyecto tiene por modelo el artículo 302 CC, en virtud del cual la filiación ilegítima resulta, respecto de la madre, del solo hecho del nacimiento, mientras que respecto del padre debe ser establecida por un reconocimiento o una sentencia. La primera disposición ha sido adoptada principalmente para distinguir el sistema (suizo) del del Código Civil francés, que exigía igualmente un reconocimiento expreso para la filiación respecto de la madre (art. 334/335, redacción antigua) y exige aún hoy bajo una forma atenuada (art. 337, redacción 1972). El principio según el cual, por ley, la filiación resulta respecto de la madre del solo hecho del nacimiento se aplica igual a la filiación legítima. Conviene, pues, explicar su alcance general. Todo interesado puede exigir la constatación de una maternidad litigiosa pidiendo que la inscripción en el Registro Civil sea rectificada o, a falta de tal inscripción, por una acción autónoma». Cfr. también Guy FLATTET, «Le nouveau Droit civil de la filiation», *Rev. Intern. Dr. Comp.*, 1977, pp. 675 ss.

⁴⁸ Cfr. C. HEGNAUER, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁹ Por lo que se refiere a doctrina, véase la citada en la nota 25. En cuanto a jurisprudencia, cabe citar la S. Trib. fed. suizo de 5 de febrero de 1986 (*Revue de l'Etat civil*, 1986, pp. 283 ss.), en la que, tras reclamación por un hijo del conocimiento de la identidad de su padre biológico (que su madre se negó a revelar, y que constaba en oficinas de la adminis-

federal de 17 de mayo de 1992, que ha modificado su artículo 24 (si bien con otro propósito: protección contra abusos en la aplicación de las técnicas de reproducción y de la genética) y garantiza a la persona el conocimiento de su propio origen en estos términos: «*La Confederation [...] veille par là à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et se conformera notamment aux principes suivants: [...] a) l'accès d'une personne aux données relatives à son ascendance est garantie*».

e) *Países Bajos*. De acuerdo con el artículo 17 del libro I, de su Código Civil, en la inscripción de nacimiento se hace constar, entre otros datos, la identidad de la madre, con lo que queda determinada la maternidad, matrimonial y no matrimonial, con esa inscripción en el acta de nacimiento⁵⁰.

f) *Grecia*. Cabe decir lo mismo para este Ordenamiento, de acuerdo con lo que dispone la Ley 344/1976 relativa a las actas del estado civil, redacción de 1984, artículo 22, en relación con el artículo 1463.2 CC⁵⁰.

En los mismos términos en el Código Civil de *Turquía*: la filiación materna, matrimonial o no matrimonial, queda establecida por el solo hecho del nacimiento del hijo (art. 297 CC, en relación con la Ley de Población, artículo 16 y 20).

g) *Portugal*. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 57, 67 y concordantes del Código del Registro Civil, en la inscripción de nacimiento debe constar la inscripción de la madre, sin distinción según sea matrimonial o no matrimonial, de forma que queda determinada la filiación materna en el acta de nacimiento del hijo si el nacimiento tiene lugar menos de un año antes de la inscripción; si se hace transcurrido ese año y su declaración ante el Registro no es hecha por ella o por el marido, debe ser notificada a la madre; si ésta confirma la maternidad, queda determinada (arts. 1804 y 1805 CC, y 141 Código Registro Civil)⁵⁰.

h) *Bélgica*. Históricamente, el Derecho belga siguió en materia de filiación, en general, y en cuanto a la filiación materna, la línea voluntarista del *Code français*, y exigió para la no matrimonial el reconocimiento de la madre. Tras la condena del Estado belga por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 13 de junio de 1979 (asunto *Marcks*), fue reformado el Código Civil belga por Ley de 30 de marzo de 1984, a partir de la cual la filiación materna queda establecida automáticamente por la mención del nombre e identidad de la madre en el acta de nacimiento (mención obligatoria, además, desde la aludida ley). Así determinada la maternidad, puede ser impugnada judicialmente por los procedimientos y

tración), el Tribunal dijo que en Derecho suizo no existe un derecho fundamental a conocer la identidad del progenitor.

⁵⁰ Datos obtenidos de la «*Guide pratique internationale de l'état civil*» (Commission internationale de l'état civil, Berger-Lebrant), actualizada al 1 de enero de 1988.

pruebas ordinarios, salvo que haya posesión de estado conforme con el acta de nacimiento.

Además de ese modo de determinación, la madre aún menor de edad, casada o no, puede reconocer voluntaria y formalmente a su hijo «si el nombre de la madre no es mencionado en el acta de nacimiento o en defecto de este acta» (art. 313 CC, reformado en 1984). Tal puede ocurrir —dicen los comentaristas belgas⁵¹ si el parto tiene lugar en Francia o en Luxemburgo, cuyas legislaciones autorizan el anonimato de la madre en el parto (primera hipótesis) o si el hijo es abandonado (segundo caso). Cabe, por otro lado, en Bélgica, la determinación judicial de la maternidad (art. 314 CC), a cuyo efecto rige (como, en general, para toda la filiación, a partir de la Ley de 31 de marzo de 1987) el principio de libre investigación de la verdad biológica. Por lo que se refiere a la maternidad, el demandante debe probar que el hijo es precisamente el que la pretendida madre dió a luz (art. 314.3.º); prueba que debe hacerse demostrando que el hijo tiene posesión de estado de tal respecto de la presunta madre (art. 314.4.º); a falta de la cuál cabe cualquier otra prueba (al igual que en sentido contrario), incluidas las biológicas, que los tribunales pueden acordar de oficio⁵².

2.2 Ordenamientos en que la determinación de la filiación materna queda subordinada a la voluntad de la madre

Los más representativos, interesantes para nosotros por la influencia ejercida (legal y doctrinalmente) en nuestro país, son:

a) *Francia*. Frente a otros sistemas jurídicos, como el alemán, que no conciben que el nacido de mujer identificada pueda no tener madre, el Derecho francés, por razones eminentemente históricas, permite desde hace tiempo que haya hijos cuya filiación materna no sólo quede a discreción de la madre biológica, sino que permite indirectamente una especie de prohibición de la investigación de la maternidad desde 1993, lo cual no deja de ser paradójico por cuanto que desde la reforma de la filiación por Ley 93-22, (de 8 enero de 1993), han quedado suprimidos los históricos obstáculos y limitaciones del *Code* a la determinación de la paternidad no matrimonial.

En efecto: en Derecho francés no se establece directa y automáticamente la maternidad (ni siquiera la allí llamada legítima), por cuanto que

⁵¹ Cfr. L. INGBER-I. DE SAEDELEER-A. RENARD, «Chronique de Droit civil belge», en *RTDC*, 1991-4, pp. 830-831, y doctrina belga que citan. Véase también DE PAGE-MASSON, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. II-2.º (Bruselas, 1990), pp. 879 ss.

⁵² Se queja la doctrina belga (véase la citada en la nota anterior) de que el legislador de 1984 no había hecho referencia a la maternidad resultante de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; maternidad que, en defecto de regla específica, será —dicen— la de la madre que haya gestado y parido el hijo, aunque no sea la madre genética.

en la inscripción de nacimiento (cfr. art. 56 CC) no es obligatorio indicar el nombre de la madre: «si les père et mère de l'enfant naturel, ou l'un d'eux, ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet» (art. 57.1.º CC). Además, el encargado del Registro Civil no tiene que investigar de oficio esos datos. En tal caso, el recién nacido será inscrito en el Registro de nacimientos como nacido de padres desconocidos⁵³. Cabe, sin embargo, el reconocimiento voluntario y formal de la madre (art. 334.8 CC, redacción de 1982), y la acción judicial de investigación de maternidad.

A ello se une una vieja tradición jurídica francesa del parto anónimo⁵⁴ y del «secreto de la maternidad» que durante mucho tiempo fue ajena al régimen del Código Civil, habiéndose regulado en el «Code de la famille et de l'aide sociale» (art. 47)⁵⁵, y practicado al parecer profusamente. La Ley de Reforma 93-22 (8 de enero de 1993), no sólo ha llevado esa norma al *Code*, sino que, al decir de la mejor doctrina⁵⁶ ha llegado mucho más lejos. Esa ley ha dado nueva redacción al artículo 340, párrafo 1.º: «la recherche de la maternité est admise sous réserve de l'application de l'art. 340.1»; artículo este que dice: «lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé».

Esa petición de secreto de su identidad de la madre, que debe ser explícita y precisa en tal sentido, puede dar lugar no sólo a que no se haga constar el nombre de la madre en la inscripción de nacimiento del nacido, sino a que los servicios médicos que han atendido a esa madre no deban ni puedan dar datos de su identidad incluso en caso de acción judicial de

⁵³ Cfr. J. HAUSER-D. HUET-WEILER, *Traité de Droit civil. La famille*, París, 1993, p. 343, que citan una circular de 10 de julio de 1987 que modificó la Instrucción general relativa al estado civil de 21 de septiembre de 1955 y recuerda la prohibición de indicar que el hijo ha nacido de padre y madre desconocido.

⁵⁴ El secreto de la maternidad va ligado en Francia a la posibilidad de parto anónimo, seguido de un abandono anónimo del recién nacido en un *bureau d'abandon*, cuyo origen parece hallarse en el «torno» que, ya en la Edad Media, había en la parte exterior de los orfanatos. Se atribuye su invención a Guy de MONTPELLIER, creador, en 1160, de las Órdenes Hospitalarias del Santo Espíritu, quién añadió más tarde un orfanato al Hospital Santo Spirito en Roma. Ese sistema del torno se extendió muy rápidamente en los países y sistemas jurídicos de influencia romanista —dice Rainer FRANK, «La signification différante attachée à la filiation par le sang en Droit allemand et français de la famille», *loc. cit.*, pp. 637 ss.—. En el siglo XVIII había en Francia unos 250 de esos tornos, y en 1833 unos 130.000 niños así abandonados. En la segunda mitad del XIX empezaron a declinar esos establecimientos, en lugar de los cuales fueron creados los «bureaux d'admission» o «bureaux d'abandon». El anonimato del abandono no siempre rigió con el mismo rigor, reinstaurándose en París en 1887 la «libertad de los abandonos», que garantizaba que no habría que responder a preguntas en el momento del abandono de los niños. El abandono era «un acto unilateral del que la Administración era sólo testigo, que puede desaconsejar pero no impedir» (FRANK, *op. loc. cit.*): regla que se convirtió por ley en 1904 como obligatoria y que se ha conservado hasta hoy. Véase también sobre esta cuestión, con nuevos datos, P. RAYNAUD, «L'acte de naissance...», *cit.*, *loc. cit.*, pp. 904 ss.

⁵⁵ «Dans une redaction d'ailleurs discutable», apostillan HAUSER y HUET-WEILER, *op. cit.*, p. 541.

⁵⁶ HAUSER-HUET-WEILER, *op. loc. cit.*, y J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, en *RTDC*, 1991, pp. 693 ss.

reclamación de maternidad (cfr. art. 340, párrafo 1.º y su remisión al 340.1) –interpretación estricta de comentaristas del prestigio de J. Rubellin-Devichi y de Hauser y Huet-Weiller⁵⁷–, lo que termina constituyendo un obstáculo insalvable a la acción de investigación de la maternidad, al tiempo que una discriminación respecto de la paternidad (hoy investigable, y de muy fácil prueba), discriminación que no satisface a algunos⁵⁸, obviamente (a estas alturas).

Esta cuestión –tanto la general, de no determinación automática de la maternidad sino a voluntad de la madre, como la específica del «accouchement anonyme»– ha sido objeto de gran discusión en el vecino país, y si unos autores justifican tal sistema y solución alegando que no se puede imponer un estatus jurídico con tan graves responsabilidades como comporta la maternidad a quién la rechaza⁵⁹, y como medida pragmática para evitar infanticidios y abortos⁶⁰, otro sector doctrinal critica con más o menos dureza ese régimen de determinación de la maternidad como contrario a estos derechos fundamentales e incluso a Convenios internacionales suscritos por Francia⁶¹.

En última instancia ese régimen francés de la maternidad se halla en la línea de despreocupación, histórica y actual, del Derecho francés por la veracidad en materia de filiación y por el conocimiento del propio origen biológico (también en la adopción y en las procreaciones asistidas).

b) Italia. En Derecho italiano tampoco queda determinada la maternidad automáticamente, sino que para la filiación no matrimonial depende de la voluntad de la madre. Hay, además, un tratamiento legal distinto según que la filiación sea legítima o ilegítima (terminología italiana) aunque su Tribunal Constitucional ha hecho ciertas precisiones.

Si el nacimiento es de unión legítima, en la inscripción de nacimiento deben constar, junto a los datos generales, el nombre y otros datos identificadores del padre y de la madre (arts. 71 y 73 del *Ordenamento dello Stato Civile*, RD 1939). En cambio, si el nacimiento es de unión ilegítima se hará constar sólo los datos que proporcionan el o los progenitores que

⁵⁷ Autores y obras citadas en nota anterior. Cfr. también F. GRANET, «L'établissement judiciaire...» cit., *loc. cit.*, pp. 22 ss.

⁵⁸ HAUSER-HUET-WEILER, *op. loc. cit.*; y F. GRANET, «L'établissement judiciaire de la filiation...», cit., *loc. cit.*, p. 22. Cfr. también P. RAYNAUD, «L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence?», *Dalloz*, 1980, Chron., pp. 1 ss.

⁵⁹ Cfr., en la doctrina no actual, René SAVATIER, *Le Droit, l'Amour et la Liberté* (2.ª ed., 1963), pp. 162 ss.; y «Est-ce possible?» *Dalloz*, 1963, Chr., pp. 229 ss. (231); en la más reciente, R. FRANK, *op. loc. cit.*, p. 637.

⁶⁰ Véase J. RUBELLIN-DEVICHI, «Droits de la mère et droits de l'enfant», *RTDC*, 1991, pp. 703 ss.

⁶¹ Posición esa defendida en Francia desde CARBONNIER, *Droit Civil*, París, 1993, pp. 472 ss., a F. GRANET, *op. loc. cit.*, y F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, «Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», *RTDC*, 1995-2, p. 263, y autores y trabajos que citan.

personalmente hagan la declaración del nacimiento o que hayan consentido por documento público que conste su nombre («*o che hanno fatto constare per atto publico del proprio consenso ad essere nominati*»: art. 73 OStC). Para que conste la maternidad ilegítima debe quedar determinada por medio del reconocimiento voluntario que haga la madre del hijo.

El antes aludido distinto tratamiento de la determinación de la maternidad según se trate de filiación legítima o ilegítima parece haber quedado desdibujado tras una sentencia de la Corte Costituzionale de 5 mayo de 1994, que aproxima el régimen de la segunda a la filiación legítima permitiendo también a la madre casada el ocultar su identidad en la inscripción del nacimiento del hijo⁶². Aunque no analiza la constitucionalidad ni la justicia de ese sistema de determinación de la filiación materna, lo da por bueno y aun extiende a la filiación legítima el régimen voluntarista de la maternidad ilegítima sin formular ningún reparo ni otro comentario.

Tal sistema jurídico no ha sido aceptado pacíficamente por la doctrina italiana y en el ámbito legislativo. Poco después de la promulgación del *Codice* de 1942, en abril de 1949 la Diputada Bianca Bianchi presentó una proposición de ley relativa «a la obligatoriedad del reconocimiento materno, a la investigación de la paternidad...»⁶³. Luego aparecieron otras propuestas legislativas relativas a filiación, lo que, junto a otros motivos, dio lugar a una discusión entre los más prestigiosos autores del momento —discusión que se ha prolongado luego hasta nuestros días— alimentada por un «*Questionario*» formulado por el prof. A. Cicu, «*Per una riforma delle norme sulla filiazione*»⁶⁴. La doctrina se dividió, y mientras unos autores se mostraron contrarios a la reforma y defendieron el sistema de determinación de la filiación materna entonces (y ahora) vigente, con variada argumentación, no muy distinta de la francesa (evitar abortos e infanticidios, no imponer a la fuerza una maternidad a la mujer que no quiere ser madre ni asumir la función correspondiente, etc.)⁶⁵, otros recla-

⁶² El pronunciamiento del Alto Tribunal italiano que aquí interesa se refiere a la posible inconstitucionalidad de una norma relativa a la posibilidad de investigar antecedentes familiares de los progenitores en un procedimiento de adopción, que discriminaría según se trate de filiación legítima o ilegítima en función de la determinación de la maternidad, y dice que «...qualunque donna partoriente, ancorché da elementi informali resulti trattarsi di coniugata, può dichiararsi di non volere essere nominata nell'atto di nascita...». (Sent. núm. 171, *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 1535 ss.).

⁶³ Véase esa y otras proposiciones de ley en *RTDPC*, 1952, pp. 818 ss.

⁶⁴ «*Per una riforma delle norme sulla filiazione*», con «A) *Questionario*» (presentado por A. CICU), «B) *Proposte di legge*» (aludidas en la nota anterior), seguidas de las respuestas, en valiosos trabajos, de varios autores (G. AZZATITTI, G. MIGLIORI, E. ONDEI, G. NAPPI, G. B. FUNAIOLI, A. TRABUCCHI...).

⁶⁵ Así, G. MIGLIORI, «*Sulle proposte parlamentari in tema di filiazione*», *RTDPC*, 1952, pp. 841 ss. (que decía que la obligatoriedad del reconocimiento materno sólo puede hacerse si la madre se ocupa del hijo); G. B. FUNAIOLI, «*Risposte in tema di filiazione*

maron una reforma de aquella legalidad⁶⁶. La doctrina más reciente está también dividida, planteándose algunos autores la inadecuación de aquel régimen de determinación de la maternidad al Convenio de Bruselas de 1962 –lo que ha motivado igualmente diversidad de opiniones al respecto y en cuanto a la justificación en uno y otro sentido⁶⁷–.

c) *Luxemburgo*. Su normativa es muy próxima a la francesa anterior a la reforma de 1993. En el acta de nacimiento del hijo natural no se hace constar la identidad del padre y de la madre si no es con el consentimiento de ellos (art. 57 CC, redacción Ley de 16 de mayo de 1975)⁶⁸; con lo que la maternidad no queda determinada automáticamente por el solo hecho del parto, sino por decisión o asunción voluntaria de la madre.

3. CONVENIOS INTERNACIONALES. LÍNEAS FUNDAMENTALES SOBRE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA EN LOS MÁS IMPORTANTES

La cuestión de la filiación materna afecta en tal grado a la persona y derechos fundamentales de la misma (identidad, protección de la personalidad, intimidad personal y familiar, entre otros) que ha sido objeto de atención y regulación en varios Convenios internacionales, algunos de ellos con ese específico y único objeto (Convenio de Bruselas de 1962). Ante la imposibilidad de profundizar en su estudio (que tampoco es de este lugar) ni abarcarlos todos, haré referencia a los más importantes, y a su eficacia y aplicabilidad en nuestro Derecho, una vez ratificados por España⁶⁹.

A) *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Roma, 14 de noviembre de 1950). Ratificado

legittima e naturale», misma revista, pp. 928 ss.; A. TRABUCCHI, «Filiazione legittima e illegittima», *ibidem*, pp. 936 ss.

⁶⁶ E. ONDEI, «Problemi legislativi in tema di filiazione», *RTDPC*, 1952, pp. 853 ss. (858-859); G. NAPPI, «Nascita e dichiarazione conforme», *ibidem*, pp. 894 ss. (899 y 902); BRUSA, «Dello stato di figlio (rilievi di iure condendo)», *ibidem*, pp. 865 ss.; M. STELLA RICHTER, «Sull'obbligatorietà del riconoscimento di figli illegittimi e sul disconoscimento di paternità», *ibidem*, p. 967.

⁶⁷ Cfr. a ese respecto CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, t. I, parte 2.ª, Padova, 1977, p. 659.

⁶⁸ Cfr. la *Guide pratique internationale...*, cit., ed. actualizada 1990.

⁶⁹ Además de los aludidos en el texto, cabe citar, entre otros, la «Declaración Universal de Derechos del Hombre» (NNUU, Nueva York, 10 de diciembre de 1948), cuyo artículo 25.2 dice que «todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social»; la «Declaración de los Derechos del Niño» (Asamblea General Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959), cuyo principio 3 dice que «el niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad»; y el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (Naciones Unidas, Nueva York, 16 de diciembre de 1966; Instrumento ratificado por España el 27 de abril de 1977, «Boletín Oficial del Estado» de 30 abril 1977), cuyo artículo 24 expresa que «1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, (...), a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre».

por España el 26 de septiembre de 1979 («Boletín Oficial del Estado» del 10 de octubre de 1979), sólo indirectamente alude a la filiación materna en sus artículos 8 (que garantiza a toda persona el derecho al respeto de su vida privada y familiar) y 14⁷⁰, fundamentalmente. Tiene particular importancia porque con ocasión de su aplicación dio lugar a una importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de 13 de junio de 1979, asunto *Marckx*), que hizo notables pronunciamientos relativos a la determinación de la filiación materna y ha tenido amplia repercusión.

En el mencionado *caso Marckx*, Paula Marckx, madre soltera de Alejandra, en nombre propio y de ésta, demandó al Reino de Bélgica cuestionando las normas de su Código Civil relativas a la determinación de la filiación materna de los hijos ilegítimos y los efectos de las mismas en relación con los vínculos familiares y derechos patrimoniales derivados⁷¹, normas incompatibles con los artículos 8 y 14 del Convenio. El TEDH hizo, entre otros, estos importantes pronunciamientos⁷²: «el artículo 8 debe aplicarse a la vida familiar de la familia ilegítima de igual forma que a la de la familia legítima». «Al proclamar en el párrafo 1.º el respeto a la vida familiar de cada uno, el artículo 8 supone en primer lugar que el Estado no puede interferir en el ejercicio de ese derecho más que de acuerdo con los términos que estrictamente establece el párrafo 2.º del mismo artículo[...]. No obstante, el Estado no sólo debe abstenerse de tales interferencias, sino que, junto a tal obligación de carácter negativo, existen asimismo aquellas obligaciones positivas que el respeto efectivo a la vida familiar implica. Ello significa, entre otras cosas, que cuando el Estado establece en su Ordenamiento jurídico interno el régimen aplicable a ciertos vínculos familiares, tales como los que existen entre una madre soltera y su hijo, debe actuar en todo caso de forma que los interesados puedan desarrollar una vida familiar normal. Tal como se concibe en el artículo 8, el respeto a la

⁷⁰ Por lo que aquí interesa, dicen los artículos citados:

– Artículo 8: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional... o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

– Artículo 14: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

⁷¹ Alejandra Marckx, nacida en 1973, era hija de Paula Marckx (belga, soltera); ésta comunicó el nacimiento de aquélla al encargado del Registro Civil, quien informó al Juez de Paz, como impone la ley belga para los nacimientos ilegítimos. Tras otros trámites, Paula Marckx reconoció primero a su hija, convirtiéndose en su tutora, y un año más tarde la adoptó (con vista, sobre todo, a efectos sucesorios m.c.).

⁷² Dejó previamente constancia de que «de acuerdo con la legislación belga (del momento), del mero hecho del nacimiento no derivan vínculos de filiación entre la madre soltera y el hijo», y que, frente a la determinación de la maternidad legítima por la inscripción del nacimiento, «en el caso de los hijos ilegítimos sólo se consigue lo mismo bien a través del reconocimiento de la madre, bien mediante los procedimientos legales previstos para la investigación de la maternidad».

vida familiar implica concretamente, según la opinión del Tribunal, la existencia en el Ordenamiento jurídico interno de cada Estado de ciertas garantías legales que permitan la intervención del menor en su familia desde el momento mismo de su nacimiento. Es cierto que el Estado puede satisfacer esta necesidad con los medios que juzgue más oportunos, pero en la medida en que ello no se realiza atenta contra el artículo 8.1, sin que siquiera haya lugar a contemplarlo desde la perspectiva del párrafo 2.º».

Más adelante añade: «de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, una distinción es discriminatoria si carece de una «justificación objetiva y razonable», es decir, «si no persigue un objetivo legítimo» o si no existe «una relación de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y los objetivos a realizar». «Para permitir el normal desarrollo de la vida familiar de una madre soltera y su hijo, el Estado debe evitar cualquier discriminación basada en el nacimiento; todo ello se deduce del artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio»⁷³. Y terminó decla-

⁷³ Dicha sentencia dijo, además, entre otras cosas, las siguientes:

«35. Conforme a la legislación belga, la filiación materna de un hijo ilegítimo no se establece por el mero hecho del nacimiento, ni siquiera por la inscripción obligatoria, según el artículo 57 CC, del nombre de la madre en el certificado del nacimiento. Los artículos 334 y 341 exigen para su determinación el reconocimiento voluntario o bien una declaración de maternidad del Tribunal competente. Por el contrario, según el artículo 319, la filiación del hijo de una mujer casada se prueba simplemente por el certificado del nacimiento inscrito en el Registro Civil. Las recurrentes consideran que este sistema vulnera en lo que a ellas respecta el artículo 8 del Convenio, considerado aisladamente y en conexión con el artículo 14 del mismo. Todo lo cual es rechazado por el Gobierno (belga). La Comisión, por su parte, estima que existe en efecto una violación del artículo 8 de forma independiente y en relación con el artículo 14 con respecto a Alejandra y una vulneración del artículo 14, en relación con el 8, con respecto a Paula Marckx».

«37. Por lo que respecta a Alejandra Marckx, sólo disponía, según la legislación belga en vigor, de un sistema para determinar su filiación materna: la investigación de la maternidad. Aunque una sentencia declarativa de que la filiación de un hijo ilegítimo produce los mismos efectos que el reconocimiento voluntario, el procedimiento aplicable es más complejo. Además de las pruebas que han de ser aportadas, el representante legal del menor necesita el consentimiento del consejo de familia antes de ejercitar la acción (...). Existe, por tanto, el riesgo de que la determinación de la filiación se prolongue excesivamente, permaneciendo entre tanto el menor jurídicamente desvinculado de su madre. El sistema entraña una vulneración del respeto a la «vida familiar» de Alejandra Marckx (desde el punto de vista jurídico), cuya filiación materna no constaba jurídicamente del 16 al 29 de octubre de 1973. Pese a la brevedad de este período, existe también violación del artículo 8 con respecto a la segunda recurrente».

«39. Para el Tribunal el que muchas madres solteras, en contra de la actitud de Paula Marckx, no deseen ocuparse de sus hijos, no justifica el sistema jurídico impuesto por la legislación belga, conforme al cual la determinación de la maternidad se subordina al reconocimiento voluntario o a una declaración del Tribunal competente. Semejante actitud no es siquiera el comportamiento normal constituido por las relaciones entre las madres solteras y sus hijos. Como señala el informe de la Comisión, también puede ocurrir que una madre casada no desee educar a su hijo y, sin embargo, ello no impide que el mero hecho del nacimiento cree entre ellos vínculos jurídicos de filiación. Por otra parte, el interés de un hijo ilegítimo en disponer de un vínculo de tal carácter no tiene por qué ser menor que el de un hijo legítimo y, sin embargo, de acuerdo con la legislación belga, aquél corre el riesgo de que su filiación materna no se determine».

«40. El Tribunal reconoce que el apoyo y fomento de la familia tradicional es por sí mismo legítimo e incluso elogiado. Sin embargo, ello no implica la necesidad de recurrir

rando que, «sobre el sistema para determinar la filiación materna», había existido violación del artículo 8 del Convenio con respecto a Paula Marckx (diez votos frente a cinco)⁷⁴.

B) *Convenio de Bruselas, número 6 de la Comisión Internacional de Estado Civil* (12 de septiembre de 1962), *sobre determinación de la filiación materna de los hijos extramatrimoniales*. Fue suscrito por España (Instrumento de adhesión de 27 de enero de 1984, «Boletín Oficial del Estado» de 17 de abril de 1984). Es más específico (como indica su propia denominación), y muy explícito su artículo 1.º: «cuando una persona es designada en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, la filiación materna quedará determinada por tal designación. Sin embargo, esta filiación podrá ser impugnada».

La primera parte de este artículo es contundente en cuanto a la determinación directa de la filiación materna una vez identificada la madre en la inscripción de nacimiento. El principal problema radica en el sentido y alcance de los términos «podrá ser impugnada», cuestión discutida en nuestra doctrina⁷⁵, habiendo sostenido algún autor que ese término engloba el «desconocimiento» que el artículo 47 LRC permite a la madre no casada cuando no conste su reconocimiento de la filiación (con lo que este precepto estaría en la línea del Convenio, al que no contradiría ni se opondría).

En mi opinión, el término *impugnada* que emplea el artículo 1.º del Convenio en su versión española debe ser interpretado en el sentido técnico jurídico que esa palabra tiene en nuestro Ordenamiento, o sea, en el

a medidas que, como en el caso que nos ocupa, sean al mismo tiempo lesivas para la familia ilegítima. Los miembros de una familia ilegítima han de disfrutar de las garantías consagradas por el artículo 8 del Convenio en el mismo plano que los de la familia tradicional».

«41. (...) En el presente caso, el Tribunal no puede dejar de tener en cuenta que la gran mayoría de los Ordenamientos jurídicos de los países miembros del Consejo de Europa han evolucionado y continúan haciéndolo, junto con los más importantes documentos internacionales, hacia el pleno reconocimiento jurídico de la máxima *mater semper certa est*».

⁷⁴ Pueden encontrarse interesantes comentarios de esta sentencia del TEDH y su repercusión en Derecho español, en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, «Régimen de la filiación y protección jurídica de la familia», AA.VV., *Protección jurídica de la familia* (Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos), Madrid, 1982, pp. 137 ss., y en *Comentario a las reformas del Derecho de Familia* (Tecnos), cit., p. 888; Díez DEL CORRAL, «La inscripción de la filiación en el Registro Civil», *RD Not.*, 1984, pp. 17-18; y FOSAR BELLOCH, «El Derecho de Familia y la política familiar del Consejo de Europa. Análisis de algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo y decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en materia de Derecho de Familia», Homenaje a *Juan B. Vallet de Goytisolo*, vol. III, Madrid, 1988, pp. 372 ss.

⁷⁵ Paralela discusión (acerca de la incidencia del Convenio de Bruselas en las respectivas legislaciones nacionales) se ha producido en Italia y Francia. Véase, a título de ejemplo, CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 660; MENGONI, «La filiazione fuori del matrimonio», en AA.VV. *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, pp. 138 ss.; y, en Francia, René SAVATIER, «Est-ce possible?», *Recueil Dalloz*, 1963, *Chronique*, pp. 229 ss.; F. GRANET, «L'établissement judiciaire de la filiation...», cit., *loc. cit.*, pp. 21 ss.

de negación judicial de la filiación (aquí, la materna) por medio de una acción impugnación, que es el significado y alcance jurídico del término «impugnación» en los artículos 128, 136, 137, 138, 139, 140 y 141 CC: tal es el «sentido propio de las palabras» usadas por el legislador (art. 3.1 CC). No comparto, pues, la tesis de quienes, con una interpretación amplia, permiten comprender y subsumir en el término «impugnar» (del Convenio de Bruselas) el «desconocimiento» del artículo 47 LRC, pues cuando nuestro legislador emplea esta última palabra en otros lugares tiene un sentido distinto: tanto en el artículo 47 LRC (*expressis verbis*) como en el artículo 117 CC⁷⁶ va referida a una negación extrajudicial de la filiación.

Tampoco me convence la apelación que hace algún autor⁷⁷ –para justificar la adecuación del artículo 47 LRC al artículo 1 del Convenio de Bruselas– al término *contestée* de la versión francesa de este último precepto convencional, ya que en la interpretación y aplicación de un Tratado o convenio internacional en nuestro país, ratificado por España y publicado en el «Boletín Oficial del Estado», y así convertido en norma de Derecho interno (arts. 96.1 CE y 1.5 CC), hay que atenerse al texto que como tal Derecho español ya tiene: el Convenio de Bruselas, que sólo vincula jurídicamente como Derecho interno en cuanto publicado en el «Boletín Oficial del Estado», es ley española en la versión y texto así publicado, como cualquier otra ley nacional: y en ese texto legal se emplea la palabra *impugnar*, y no «desconocer» o «contestar»⁷⁸.

Por otro lado, el término jurídico *contester* en Derecho francés (y belga y luxemburgués) se refiere siempre a impugnación judicial de la filiación⁷⁹, unas veces de la filiación no matrimonial (arts. 338 y 339 del *Code*), o de la filiación legítima cuando acciona la madre (arts. 318,

⁷⁶ De «desconocimiento» habla la ley 68.3.º,2) del Fuero Nuevo navarro para el mismo caso del artículo 117 CC. Cfr. mi trabajo, «El “desconocimiento de la paternidad” del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes al matrimonio, en la Compilación navarra», *Rev. Jur. de Navarra*, enero-junio 1993, pp. 271 ss.

⁷⁷ J. DIEZ DEL CORRAL, «La inscripción de la filiación en el Registro civil», *loc. cit.*, p. 18. Cfr. también PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, p. 425 y coment. artículo 47 LRC, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., t. IV-3.º, p. 99, donde considera el término «impugnada», «traducción discutible de la expresión francesa “contestée”, si ha de entenderse en el sentido amplio...»; y estima que al dejar la reforma del RRC de 1986 intactas las reglas relativas al «desconocimiento», «viene a significar una posición oficial en favor de que esta facultad de desconocimiento ni es contraria a la Constitución ni es contraria a los Convenios internacionales» [«tampoco al Convenio de Roma, a pesar de la interpretación que dio la citada sentencia (asunto Marckx) del TEDH de 13 de junio de 1987 al principio *mater semper certa est*», añade en nota]. Estoy en desacuerdo con estas últimas afirmaciones, como justifico en el texto.

⁷⁸ La palabra «contestar» está aceptada, aunque galicismo, por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en el sentido de «replicar, impugnar».

⁷⁹ Quiero recordar que el texto italiano del artículo 1 del Convenio de 1962 es del siguiente tenor: «quando una persona è designata nell'atto di nascità come madre, la maternità è stabilita mediante questa designazione, salva l'azione di contestazione». Habla, pues, de *azione* (judicial) y de *contestazione*, equivalente en Derecho italiano al *contester* del Derecho francés a que me refiero más adelante en el texto.

318-1, 318-2) u otras personas (arts. 316-1, 316-2, 322, 327), incluso el marido cuando impugna su paternidad una vez demostrada la no maternidad de mujer casada (arts. 325 y 326)⁸⁰. Pero siempre *contester* se refiere al ejercicio de una acción judicial de negación de la filiación formal; nunca, en Derecho francés, a algo semejante al «desconocimiento» de los artículos 117 CC, ley 68,3.º-2) del Fuero Nuevo de Navarra y artículo 47 LRC españoles.

Hay, además, un argumento más importante, de fondo, finalístico: la *ratio legis* del artículo 1 del Convenio de Bruselas es, evidentemente, que la filiación materna no matrimonial debe quedar establecida automáticamente con la prueba de la maternidad y la constancia en la inscripción de nacimiento de la identidad de la madre –así lo interpreta el TEDH en su sentencia de 13 junio de 1979, caso Marckx–; maternidad que pretende dicho Convenio que quede sustraída a la voluntad de la madre, a lo que se opondría el que, con una interpretación amplia de la excepción de «impugnación», pudiera la madre biológica, por su sola decisión y sin garantía alguna, hacer desaparecer la maternidad tras su constancia en la inscripción de nacimiento, de la misma forma que establece que tampoco será necesario el reconocimiento voluntario para que conste la maternidad –Derecho belga antes de la reforma de 1984 y, en parte, el Derecho italiano hoy–. La posibilidad de impugnación de la maternidad a que alude el artículo 1.º del Convenio busca el dejar a salvo el poder demostrar (como no podía ser menos), que en algún caso la maternidad inscrita no sea veraz (sea por falsa atribución de una maternidad o por error en la identificación de la madre o del hijo). Pero ello debe hacerse con las garantías suficientes y apropiadas jurídicamente para la búsqueda y demostración de esa realidad frente a la falsedad o el error; búsqueda y demostración que en todos los sistemas jurídicos y ordenamientos de nuestra área cultural y jurídica se hace judicialmente⁸¹: sentido técnico-

⁸⁰ En Derecho francés se reserva el término «*désaveu*» y «*désavouer*» para la impugnación de la paternidad por el marido (arts. 312, 313-2, 314, 316, 316-2, 317 del *Code*) y, como digo en el texto, el término «*contester*» se emplea para otros tipos de impugnación judicial de la filiación, o por otras personas o por el propio marido en otros casos, pero siempre impugnación judicial.

⁸¹ No se diga que el «desconocimiento» (como suele ser calificado) del artículo 117 CC es una forma (general) de supresión de la filiación extrajudicial que conoce y consagra nuestro Ordenamiento. El motivo de tan fácil supresión de la filiación paterna en ese supuesto se halla en la incertidumbre de tal paternidad y en lo poco vigorosa que es la presunción de paternidad matrimonial cuando la época de la concepción es anterior al matrimonio, época en que no opera la presunción de cohabitación del artículo 69 CC ni cabe dar por presuntas las relaciones en los (luego) marido y mujer de las que derivaría el nacimiento del hijo y la paternidad del marido. Es por la vulnerabilidad (mayor que en otros casos) de la presunción de paternidad por lo que el artículo 117 permite destruir la presunción por decisión del marido y «desconocer» extrajudicialmente su paternidad –desconocimiento extrajudicial casi exclusivo, por cierto, de los Ordenamientos españoles: CC, Ley catalana de filiación de 1991 y Fuero Nuevo navarro, pues en otros sistemas jurídicos eurooccidentales se hace siempre judicialmente: cfr. mi trabajo «El *desconocimiento de la paternidad* del hijo nacido...», cit.–. Ese esquema jurídico y mecanismo de supresión de la filiación, propio de la paternidad y basado en la incerteza de ésta y procedimiento for-

jurídico del término «impugnar» (y del *contester* francés) que emplea el artículo 1.º del Convenio de Bruselas.

C) *Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño* (Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989), suscrito por España, ratificado en 6 de diciembre de 1990 («Boletín Oficial del Estado» de 31 de diciembre de 1990). De este Convenio nos interesan los artículos 7 y 8, particularmente⁸².

De tales preceptos cabe subrayar el derecho del niño, desde que nace, «en la medida de lo posible, a *conocer a sus padres* y a ser cuidado por ellos» (art. 7.1); y que los Estados firmantes «se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar *su identidad...*» y «cuando un niño sea *privado ilegalmente* de alguno de los *elementos de su identidad...*» (art. 8). Aunque los términos empleados son a veces relativos –problema frecuente en Tratados y Convenios de esa clase y en aquel foro de las Naciones Unidas–, particularmente las expresiones «en la medida de lo posible» y «privado ilegalmente», quiero destacar la preocupación por el conocimiento de los padres y por la identidad del hijo, que el Convenio pretende proteger, preservar. Aunque los instrumentos jurídicos para tal protección y defensa son imprecisos, y dejados a discreción y regulación de cada Estado firmante, el dato más importante a nuestros efectos es la filosofía que informa y fines que persigue el Convenio: aquella preocupación y la protección y defensa de tales derechos (conocimiento del propio origen biológico y la identidad de la persona), directamente implicados en la determinación de la filiación materna.

Sin perjuicio de volver sobre este Convenio, parece inevitable hacerse desde ahora estas preguntas: ¿garantiza el Ordenamiento español, con la facultad de desconocimiento por parte de la madre (art. 47 LRC), al niño el derecho a conocer a sus padres «en la medida de lo posible»?; ¿garantiza el derecho del niño a preservar su identidad personal y biológica un sistema jurídico que permite suprimir discrecionalmente la maternidad conocida de su inscripción de nacimiento y dejar de tener madre identificada?; ¿en qué forma preserva y protege esa identidad un Ordena-

mal (presunción) de su determinación, no es válido para la maternidad, que es cierta y cuya determinación no se rige por los mismos principios formales, como tengo dicho reiteradamente.

⁸² He aquí tales artículos:

– Artículo 7: «1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.–2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional...».

– Artículo 8: «1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin ingerencias ilícitas.–2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad».

miento que por ley permite la desaparición del elemento más importante de la identidad de una persona, como es la maternidad?

Mas el problema no es ya, según entiendo, tanto de Derecho Internacional y de cumplimiento de un Convenio de esa clase, cuanto de Derecho interno: cómo se integra, dentro del Ordenamiento complejo, éste (y otros) Convenio(s) una vez publicados en el «Boletín Oficial del Estado». ¿Qué eficacia tienen estos últimos, y posición jerárquica en el sistema general de fuentes en relación con otras normas (como la LRC, por ejemplo)?

4. VALOR NORMATIVO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES TRAS SU INTEGRACIÓN EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

Discutida esta cuestión en el ámbito doctrinal⁸³, fue resuelta por la jurisprudencia antes de la Constitución de 1978 reconociendo a los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España una superior categoría normativa respecto de las demás fuentes de Derecho interno: así, en las STS de 27 de febrero de 1970, 17 de junio de 1971 y 17 de junio de 1974⁸⁴. El artículo 1.5 CC (redacción de 1974) se limitó a exigir su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» para ser de aplicación directa y formar parte del Ordenamiento interno, sin más concreción. Y el artículo 96.1 CE ha reiterado esa exigencia («los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno»), añadiendo que «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados y de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional». Este párrafo, también esgrimido por la doctrina en el mismo sentido antes apuntado, permitió al Tribunal Supremo mantener después de 1978 idéntica tesis de la superioridad de los Tratados internacionales sobre las leyes internas: sentencias de 16 de diciembre de 1985, 22 de mayo de 1989, 18 de junio de 1991 y 22 de diciembre de 1992, entre otras. Por su parte, el Tribunal Constitucional, que afirmó en un primer momento «la primacía de la norma convencional sobre la

⁸³ Cfr. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, «La posición jerárquica del Tratado internacional en el sistema de fuentes del Derecho español», *Rev. Gen. Derecho*, diciembre 1993, pp.11293 ss., con amplias y precisas citas (en pp. 11296 ss.) y de quien tomo algunos datos, sobre todo jurisprudenciales, luego de constatados como correctos, y por eso reproducidos aquí.

⁸⁴ Esta última sentencia dice que es doctrina constante del Tribunal Supremo que «los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente concertado por las Partes soberanas prevalecerán sobre las normas internas vigentes sobre la misma materia, en caso de contradicción o conflicto entre unas y otras»; y luego, con referencia al asunto concreto a que se refiere (caducidad de patentes de invención), se refiere ya directamente a «orden de prelación jurídica» entre las normas nacionales e internacionales concretando que las primeras «claudican ante la normativa internacional concertada sobre la misma materia».

norma interna, de forma que ésta tiene carácter solamente supletorio» (sentencia 11/1985, de 30 de enero), ha dicho luego (sentencia de 28/1991, de 14 de febrero de 1991) que «ningún Tratado internacional recibe del artículo 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del Ordenamiento interno, de manera que la supuesta contradicción de los Tratados por las Leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas [...], sino que, como problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su solución corresponde a los órganos judiciales en los litigios en que conozcan» (cfr. también STC 49/1988, de 22 de marzo de 1988).

Si optamos por la superior jerarquía normativa del Tratado internacional —avalada por el artículo 94.1-e) CE, que le concede fuerza activa frente a la ley estatal, a la que puede derogar—, resulta la inaplicación de esta última ley en cuanto se oponga al Tratado internacional (art. 1.2 CC)⁸⁵. Lo mismo cabe decir, aun en el caso de paridad de rango normativo entre Tratado y ley estatal, cuando ésta sea anterior y opuesta o incompatible con aquél: habrá quedado derogada tácitamente en cuanto disponga la ley cosa diferente e incompatible con el Tratado y, por tanto, será inaplicable la ley estatal que merezca tal calificación.

Creo que ésa es la situación en que se hallan algunas leyes españolas, como la LRC (estoy pensando en el art. 47 y normas concordantes) por mor de su oposición e incompatibilidad con los Convenios internacionales que acabo de examinar. Volveré sobre esta cuestión más adelante.

IV. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. EN ESPECIAL, LA DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL

1. EN GENERAL. PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

Todo cuanto antecede —ideas generales, antecedentes y referencias a otros sistemas jurídicos— está orientado no con propósito especulativo o de erudición, sino en función del estudio e inteligencia del régimen jurídico de la determinación de la filiación materna en nuestro Ordenamiento, que es donde se reflejan de manera efectiva los problemas vistos, conceptuales y normativos, relativos a la maternidad. Es ésa la hora de la verdad y la de buscar solución a los muchos problemas que tiene esta cuestión hoy en nuestro Derecho positivo, complejo (Código Civil, Ley y Reglamento del Registro Civil, Convenios internacionales convertidos en

⁸⁵ Así lo expresan de forma más o menos directa las STS de 1970, 1971 y 1974, arriba citadas, y las también mencionadas en el texto posteriores a la Constitución, de 1985 a 1992.

Derecho interno) y confuso (por cierta descoordinación entre esas normas), tratando de encontrar, en la interpretación de las normas aplicables, la que mejor convenga dentro de nuestro sistema jurídico presidido por la Constitución (que no existía cuando fue promulgada la LRC de 1957), y adecuada al sistema de valores imperante hoy en nuestra sociedad, de obligada referencia en toda interpretación legal (art. 3.1 CC).

Por todo ello habré de abordar la determinación de la filiación materna con un enfoque no tanto descriptivo —donde, en los aspectos registrales, lo han hecho mejor otros especialistas⁸⁶— cuanto necesariamente crítico (a mi pesar) de las normas aplicables (a veces, por no aplicables), buscando que encajen, en su sentido y alcance profundo más que por su letra estricta, todas las piezas del puzzle sin excesivas estridencias. Y me referiré sólo a la que el artículo 108 CC llama «filiación por naturaleza» en sentido estricto, por procreación natural. Declino, pues (como tengo anticipado), entrar a estudiar los problemas de la maternidad resultante de procreaciones asistidas porque a ese respecto nuestra LTRA ha optado por identificar directamente maternidad con parto, siéndole aplicable, en todo lo demás, las normas restantes de nuestro Ordenamiento, compatibles con esa definición legal⁸⁷.

Empiezo, pues, ya por los problemas normativos.

En Derecho español común⁸⁸ la determinación de la filiación materna se halla en varios cuerpos legales, como he dicho; mas no es esa dispersión normativa lo peor, sino que las reglas correspondientes de cada uno de aquéllos datan de momentos temporales, sociales y jurídicos distintos, con conexiones y remisiones entre sí complejos y asincrónicos.

Comienza la regulación de esta materia en época ya reciente con la primera (y «provisional») LRC de 1870 (y Reglamento del mismo año). Bajo su vigencia se publica el CC de 1889 (que hace remisión a aquella ley y la deja vigente «en cuanto no esté modificada por los artículos precedentes») (art. 332)⁸⁹. Vigente este Código como legislación material fue reformada

⁸⁶ Me refiero, sustancialmente, a PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS y Díez del Corral, en los respectivos trabajos recién citados, y otros suyos, de gran solvencia en todos los órdenes (aunque a veces pueda disentir yo puntualmente de algunas de sus opiniones).

⁸⁷ Para la determinación extrajudicial de esa maternidad, cfr. PEÑA, *ad* artículo 47 LRC, en *Comentarios al CC...* (EDERSA), cit., t. IV.3.º, pp. 91-93.

⁸⁸ Este trabajo sobre maternidad va referido sustancialmente al Derecho común español. Los dos únicos Derechos civiles autonómicos con normas propias sobre filiación (catalán y navarro) no regulan directamente la determinación extrajudicial de la maternidad, salvo por reconocimiento (véanse arts. 1 ss. y 4 Ley catalana de filiación de 1991, y leyes 68 y 69 del Fuero Nuevo navarro); sólo aparece regulada su determinación judicial, positiva o negativa, en el régimen de las acciones de filiación. Como la inscripción de nacimiento se rige siempre por la LRC y RRC, de aplicación general (materia de competencia exclusiva del Estado: art. 149.1.8 CE), así quedará determinada normalmente la maternidad respecto de las personas de vecindad civil catalana y navarra (cfr. art. 41 ss. LRC). En el mismo sentido, PEÑA, *ad* art. 47 LRC, *loc. cit.*, p. 90.

⁸⁹ Derogada la Ley de Registro Civil de 1870 por la de 1957, ha quedado derogado también (quizá mejor, inaplicable) ese artículo 332 CC. Para la coordinación del CC y la LRC de 1957 en lo que afecta al Registro Civil, véanse disposiciones finales 1.ª y 2.ª de

la registral y publicados la LRC de 1957 y su Reglamento de 1958; y luego, sin ser derogados éstos, sobrevino la profunda reforma de 1981, con un régimen de filiación completamente distinto del de la redacción original del Código. Como todas esas leyes se referían a la misma materia, sin clara delimitación de lo sustantivo y lo registral, en todo momento hubo un doble régimen jurídico (CC, LRC y RRC), con diferentes origen, ideología y sensibilidad, no obstante su recíproca referencia, sin haberse cuidado el legislador en ninguna de tales reformas de adecuar suficientemente ambas legalidades paralelas y de necesaria integración, con la oportuna modificación de una (sobre todo la registral) cada vez que se modificaba la otra (las últimas reformas, parciales, han afectado sólo al RRC, no a la LRC).

A ese dato previo de una concepción y régimen jurídico actual de la filiación en el CC (1981) completamente distinto de la que había como normativa material (CC versión 1889) cuando fue promulgada la actual LRC de 1957 y Reglamento de 1958 (adaptados a este Código y régimen sustantivo) se une la ratificación por España de Convenios internacionales que han pasado a ser Derecho interno de obligada aplicación y que constituyen también legalidad vigente en esta materia, lo que multiplica los problemas de vigencia, primero, y de interpretación e integración luego de normas varias, hijas de tiempos, ideologías y concepciones tan distintas todas dentro del mismo Ordenamiento (las piezas del puzzle a que antes aludía).

Esta situación legal en materia que afecta tan de cerca a derechos fundamentales de la persona, en la que hay normas prácticamente derogadas por la Constitución y por otras de rango superior, amén de preceptos legales que se adecuan mal a nuestro sistema legal de filiación si no son interpretadas según Constitución más que en su propia literalidad; esa situación, decía, está reclamando una reforma al menos puntual (de los preceptos pertinentes) hasta tanto llegue otra más amplia, menos urgente, que poco a poco parece ineludible a medio plazo.

2. DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACIÓN MATERNA

2.1 Maternidad matrimonial

Cabe distinguir, a su vez:

2.1.1 INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO DENTRO DE PLAZO

La determinación de la filiación materna está mal tratada en el Código Civil, donde va aludida (más que regulada, pues hace implícita remisión a la legislación del Registro Civil) juntamente con la paternidad,

esta última ley (también la Exposición de motivos de la LRC de 1957, apartado XII, sobre su justificación y alcance).

cuando son cuestiones muy distintas y con problemas y principios diferentes (efectos ulteriores aparte).

Según el artículo 115 CC, «la filiación matrimonial materna [...] quedará determinada legalmente: 1.º, por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres; [...]». La referencia al matrimonio aquí es perturbadora, y lleva a confusión en cuanto la calificación de matrimonial (o no matrimonial) interfiere la cuestión sustantiva de maternidad sí o no (o mejor, inscripción o no inscripción de la maternidad) según esté o no vigente la presunción del artículo 116 CC.

La inscripción del matrimonio de los padres a que alude el artículo 115.1.º acredita la calidad de mujer casada de la madre, y determina luego la paternidad (matrimonial) por el juego de la presunción *pater is est* (art. 116). La constancia de la maternidad (elemento esencial y fáctico; luego vendrá su calificación) no se deduce del matrimonio, sino que consta en la inscripción del nacimiento y por razón de éste, según las normas registrales relativas al mismo (arts. 40, 44 y 47 LRC).

Dice el artículo 47 LRC que «en la inscripción de nacimiento *constará la filiación materna* siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria» (cfr. art. 181 RRC)⁹⁰. La identificación de la madre resulta, así, de la coincidencia (en cuanto a la misma) de dos títulos a los que la LRC (art. 47) da particular relevancia en tal determinación: *a*) la declaración que a tal efecto haga la persona que promueva la inscripción (cfr. arts. 42 y 43 LRC.)⁹¹, basada en el conocimiento que tenga de los hechos (art. 42 LRC) y obligada a ser veraz bajo la amenaza de falsedad en documento público; y *b*) el parte escrito que dé al

⁹⁰ Esa norma, aplicable por igual a la filiación materna matrimonial y no matrimonial, permitió la determinación de la maternidad no matrimonial sin necesidad de un reconocimiento voluntario de la madre, que venía a exigir el Código, redacción original, lo que se traducía en que no quedaba determinada la maternidad por la sola inscripción del nacimiento a partir de la declaración de un tercero. La exposición de motivos de la LRC de 1957 lo justificaba así: «Ignoraban muchas madres que sus hijos (inscritos, en práctica viciosa, por la simple declaración de tercero) no constaban legalmente como tales hijos suyos, con las graves e injustas consecuencias que ello traía, sobre todo cuando, por obstáculos sobrevenidos, el reconocimiento voluntario se hacía imposible. El nuevo texto, teniendo en cuenta que la mayor parte de las madres naturales desean que se inscriba en el Registro la filiación de la prole habida fuera del matrimonio, y considerando además que, estadísticamente, las declaraciones de terceros, en virtud de las cuales se extiende la inscripción de nacimiento, son exactas en la generalidad de los casos, da plenos efectos a la fijación de la maternidad en el Registro sin necesidad de declaración de la madre, si bien reconociendo a la interesada una situación ventajosa contra las falsas atribuciones de filiación».

⁹¹ La LRC de 1870 exigía la presentación del recién nacido al Registro Civil para la práctica de la inscripción de nacimiento dentro de plazo, lo que fue suprimido ya por el artículo 328 CC (en 1889) por incómodo. En este precepto se exige la obligación de que el autor de la declaración del nacimiento la firme («o por dos testigos, a su ruego, si no pudiere firmar»), que mantiene el artículo 36 LRC. En la práctica la declaración verbal, oral, ha sido sustituida por la escrita, por medio de un impreso oficial (OM de 24 de diciembre de 1958, actualizada por otra posterior).

encargado del Registro el médico, comadrona o ayudante técnico sanitario que asistan al parto (arts. 44 LRC y 167 RRC), o, en su defecto, la comprobación que sobre la realidad del nacimiento e identidad de la madre y del hijo efectúe el mismo encargado por medio del médico del Registro Civil o por otro medio reglamentario (art. 44 *in fine* LRC; sobre el procedimiento de comprobación, véanse arts. 28 LRC y 167, 168 y 315 RRC).

De todo ello se infiere que la filiación materna matrimonial se determina, en principio, en la inscripción dentro de plazo, con cierto automatismo (por la simple declaración de quien promueva la inscripción unida al parte médico o comprobación reglamentaria) y sin necesidad de reconocimiento voluntario, y podría decirse que en tal caso rige el principio *mater semper certa est* si no fuera porque en algunos supuestos (los de los arts. 47 LRC y 167 RRC) se permite cierta intervención a la madre y posibilidad de «desconocer» su maternidad u ocultar su identidad, lo que pasa a constituir el problema fundamental en esta determinación de la maternidad.

Aunque me referiré a tal problema y esos preceptos más ampliamente al tratar la filiación materna no matrimonial, quiero dejar dicho ya, por lo que aquí interesa, que la facultad de la madre de «desconocer» su propia maternidad (art. 47 LRC) no es aplicable a la mujer casada, cuando conste su matrimonio: lo dice explícitamente el párrafo 2.º: «no constando el matrimonio de la madre...»⁹². Pienso que cabe decir lo mismo, y que no procede el desconocimiento, cuando por estar previamente inscrita una paternidad no matrimonial u otra razón no entre en juego la presunción de paternidad del artículo 116⁹³ (por aquello de *ubi lex non distinguit...*): no puede ser objeto de otra interpretación una norma que, si por un lado se refiere a la facultad de desconocer, por otro va a dejar sin filiación materna a una persona. Añádase a ello una razón de fondo más grave e importante: el artículo 47-2.º y 3.º LRC está, en mi opinión, derogado tácitamente por incompatible con el Convenio núm. 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativo a la determinación de la filiación materna de los hijos no matrimoniales (Bruselas, 12 de septiembre de 1962) al que se adhirió España, y que es Ley, Derecho interno, desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

En conclusión: la maternidad del hijo de mujer casada debe quedar determinada por su inscripción en el Registro Civil, no sólo ni tanto por las razones invocadas habitualmente (naturaleza fáctica y de fácil prueba de los datos que la determinan, ser hecho conocido y difícilmente oculta-

⁹² En el mismo sentido, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: «... evidentemente, tal norma (art.47 LRC) no es aplicable a la filiación materna matrimonial» (*Derecho de familia*, p. 425).

⁹³ Parece ser otra para este caso la opinión de PEÑA (*Derecho de familia*, cit., pp. 424-425, y *ad art. 48 LRC, loc. cit.*) y de DÍEZ DEL CORRAL, *op. loc. cit.*, p. 43.

ble, etc.) sino sobre todo por motivos jurídicos: no son ya aplicables las normas que permitían la ocultación de la maternidad o dejar a voluntad de la madre su identificación o no en el parto, y porque no se puede privar a una persona desde su nacimiento del derecho natural y fundamental de conocer su origen y su propia identidad.

2.1.2 INSCRIPCIÓN DE LA MATERNIDAD MATRIMONIAL FUERA DE PLAZO

Cuanto he dicho para la inscripción de nacimiento y de la filiación materna dentro de plazo es sustancialmente válido para la inscripción de la maternidad matrimonial fuera de plazo (supuesto raro en la realidad): cuando no haya inscripción de nacimiento en el Registro, o cuando no aparezca filiación alguna en la inscripción de nacimiento efectuada.

Pues bien: cuando proceda la inscripción de la filiación materna fuera de plazo (art. 95-5.º LRC) se efectuará mediante expediente registral tramitado de acuerdo con los artículos 311 y ss. RRC y Circular de la DGRN de 29 de octubre de 1980. De ese expediente y normas cabe destacar que en aquél «se investigará por las pruebas presentadas o de oficio: [...]; 2.º, la existencia e identidad del nacido; 3.º, cuantas circunstancias deban constar en la inscripción» (art. 312 RRC); y «deberán incorporarse al expediente: 1.º, el parte de alumbramiento, suscrito por médico, comadrona, o asistente técnico sanitario [...]». Como puede observarse, en el expediente se investigará y deberá acreditarse la identidad del nacido (lo que requiere una referencia al nacimiento, quién lo ha alumbrado y la identidad entre ese nacido y el que ahora debe ser inscrito) y demás datos propios de la inscripción, si no los proporciona el parte médico o no es habido o asequible (cfr. R de 13 de mayo de 1986).

Por lo demás, ninguna otra particularidad en ese procedimiento de inscripción, cuyos problemas (y atención doctrinal) se centran en la paternidad. Más problemática es, en cambio, la inscripción de maternidad de mujer casada cuando pretenda que se haga como no matrimonial, o deba serlo por estar previamente inscrita una paternidad de varón distinto al marido de aquélla. Como maternidad no matrimonial la vamos a ver en el apartado siguiente.

2.2 Filiación materna no matrimonial

La determinación extrajudicial de esta maternidad puede hacerse por su constancia en la inscripción de nacimiento dentro de plazo en el Registro Civil (art. 120-4.º CC), o por los mismos medios que la paternidad: reconocimiento formal (art. 120-1.º CC) o por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil (art. 120-3.º). Centraré mi atención en el primer medio de determinación,

con particularidades y graves problemas; y abordaré luego más brevemente el reconocimiento y el expediente registral sólo en cuanto a las particularidades que afectan a la maternidad, por ser innecesario reproducir aquí su doctrina y régimen jurídico general.

2.2.1 DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD NO MATRIMONIAL EN LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO DENTRO DE PLAZO

El artículo 120 CC establece que «la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: [...]; 4.º, respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil». Esta remisión a la LRC se refiere a los artículos 47 LRC, y 167, 168, 181 y 182 RRC y concordantes, vistos poco ha para la filiación matrimonial, y mantenidos prácticamente inmodificados (salvo el art. 181 RRC en 1986) tras la reforma de la filiación en 1981. Cuando la inscripción de nacimiento se haga dentro de plazo la determinación de la maternidad no matrimonial no difiere, como regla general, de la matrimonial a que he aludido en el apartado anterior, al que me remito⁹⁴.

Al margen de esas reglas generales, la inscripción de la filiación materna no matrimonial plantea varios problemas específicos. El primero es el de si el padre del nacido puede revelar la identidad de la madre en atención a la prohibición del artículo 122 CC. Discutida esa cuestión antes, el actual artículo 181 RRC (redacción RD 1917/1986, de 29 de agosto) ha despejado las dudas: «el padre que promueve dentro del plazo la inscripción de nacimiento, en virtud de declaración, puede expresar, a efectos de hacer constar en el Registro la filiación materna, la persona con quien hubiere tenido el hijo, siempre que la identidad de la madre resulte del parte o comprobación exigidos para la inscripción»⁹⁵.

En cuanto a la maternidad no matrimonial de mujer casada –y lo es cuando el padre del hijo no es el marido de esa madre: artículo 108-1.º *in*

⁹⁴ Sin embargo, este procedimiento de determinación de la filiación materna en la LRC de 1870 era aplicable sólo para la matrimonial, pues para la no matrimonial disponía aquella ley (art. 51) que no se expresará en la inscripción de nacimiento del «recién nacido» la filiación materna (tampoco la paterna, como dije en otro lugar), salvo que la propia madre, por sí o por apoderado, hiciera la declaración de su maternidad. Esta situación se prolongó hasta la LRC de 1957 (el CC de 1889 calló al respecto) en que el artículo 47 no distingue y es aplicable a la maternidad matrimonial o no matrimonial.

⁹⁵ Cuestión esa que ya había abordado la Circular de la DGRN de 2 de junio de 1981, justificándola en estos términos: «en tal caso no es que el padre, que reconoce la paternidad en la misma inscripción, revele la identidad de la madre, sino que la maternidad ya está determinada legalmente por la declaración de nacimiento y el parte o comprobación reglamentarios, conforme al Código y a la LRC (cfr. arts. 120.4 CC y 47 LRC y 181.II RRC). Esta solución es la impuesta por las necesidades de la práctica para facilitar la inscripción de los hijos habidos en relación estable de hecho, y no obstante lo prescrito en el antiguo artículo 132 CC, que sustancialmente recogía ya la misma doctrina hoy expresada en el nuevo artículo 122 del Código».

fine CC-, hoy⁹⁶ no hay ningún inconveniente en su inscripción y determinación como tal, pues la maternidad siempre es igualmente cierta, cualquiera que sea el estado civil de la madre y la naturaleza jurídica de la filiación resultante. Los problemas en ese caso no provienen de la maternidad, sino que los crea la paternidad, que era lo que preocupaba a la Circular de la DGRN de 2 de junio de 1981 (cfr. apartado I-B de la misma). Por lo que se refiere a esa maternidad, es inscribible directamente y sin necesidad de expediente registral: «sólo se requiere la calificación de una declaración de nacimiento y la comprobación de la exactitud de ésta (cfr. art. 28 LRC)», dice la R de 19 de enero de 1995 (véanse también las RR de 3 de abril de 1990, 1 de febrero de 1993, 26 de mayo y 10 de junio de 1994)⁹⁷.

El principal problema de fondo, en mi opinión, relativo a esa maternidad no matrimonial es si le afecta el artículo 47 LRC (facultad de desconocimiento) en el caso de que no haya habido reconocimiento materno. Yo creo que no, como dije poco ha: no sólo porque pienso que dicho precepto está hoy derogado y es inaplicable, sino porque se refiere únicamente a la madre no casada (*sic*), y no ha lugar a extender el alcance de esa norma más allá de su explícita previsión legal.

Otra situación particular es la de la filiación materna de mujer casada cuando ya esté inscrita previamente la paternidad no matrimonial. También aquí procede la inscripción directa de la maternidad como en el caso anterior y por idéntica razón, en mi opinión: por la certeza y realidad de la maternidad, igual en todos los casos, a lo que no empecen los problemas de la paternidad, cuyo conflicto de la no matrimonial inscrita antes con la presunta del marido debe resolverse en otro plano y según principios y normas distintas. Formalmente la maternidad puede acceder en ese caso al Registro, si se está todavía dentro del plazo legal (arts. 42 LRC y 166 RRC), sin necesidad de expediente y por medio de una «inscripción complementaria» (art. 296, último párrafo RRC) con los títulos ordinarios para la inscripción materna (declaración y parte o comprobación reglamentaria del art. 47 LRC). Será preciso únicamente la calificación de la declaración de nacimiento y la comprobación a que alude la R de 19 de enero de 1995 antes citada⁹⁸.

⁹⁶ Digo hoy porque otra era la situación legal antes de la reforma de la filiación de 1981 en relación con la LRC de 1957 y su Reglamento (cfr. arts. 181, 183 y 190 en su redacción de aquella época).

⁹⁷ «La necesidad de esta comprobación (cfr. art. 185 RRC) se funda –dice la resolución últimamente citada– en la presunción legal de convivencia de los cónyuges (art. 69 CC), de modo que, para poder inscribir la filiación no matrimonial de madre no casada y, en su caso, de progenitor distinto del marido, ha de llegarse a la convicción de que no rige la presunción legal de paternidad del marido de la madre por haber acaecido el nacimiento pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho del matrimonio (art. 116 CC)». La necesidad de esa comprobación es para la inscripción de la paternidad no matrimonial, pero no, según pienso, para la maternidad, que afecta, por su certeza, a la madre biológica de igual forma si está casada o no.

⁹⁸ En el mismo sentido, PEÑA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., t. I, p. 889.

En el caso de que la inscripción de nacimiento se haga sin intervención de la madre, la Dirección General de los Registros ha estimado que la filiación materna no matrimonial queda determinada legalmente si coinciden en aquélla la declaración y el parte médico del alumbramiento, si bien el encargado del Registro debe notificar el asiento a la madre o a sus herederos (arts. 47-2.º LRC y 182 RRC). En el caso que conoció la R de 21 de junio de 1995, la inscripción de nacimiento se practicó por declaración de la abuela materna, y aunque no se hizo oportunamente la notificación a la madre a los efectos del artículo 47 LRC, «dado que después se ha notificado a la madre el reconocimiento de la paternidad y que ésta ha demostrado asumir la maternidad, parece evidente que no podrá ya desconocer la maternidad por la vía registral (cfr. art. 47.3 LRC y 182.2 RRC), de modo que ese defecto de tramitación ha quedado subsanado prácticamente»⁹⁹.

Además de esas cuestiones eminentemente formales y casuistas —que volveremos a encontrar más adelante—, el problema más importante relativo a la determinación de la maternidad no matrimonial es el de la inteligencia y alcance de las normas antes citadas (arts. 47 LRC y 167 RRC), como ya sugerí para la filiación matrimonial.

Esos preceptos¹⁰⁰, que permiten a la madre no matrimonial «desconocer» su maternidad¹⁰¹ y hacer desaparecer su identidad del acta de nacimiento cuando no es ella la declarante o no ha reconocido la filiación, y que no conste la identidad de la madre en el parte de nacimiento si ésta se opone a ello, eran comprensibles y estaban más o menos justificados en 1957 y 1958 en cuanto el Derecho sustantivo que tomaban como referencia era el régimen de la filiación del Código Civil de 1889, profundamente formalista y voluntarista en cuanto a la determinación de la filiación ilegítima, y despreocupado por la coincidencia o no de la filiación legal con la biológica. Sin embargo, no es ésa la legalidad y principios

⁹⁹ En relación con la inscripción de nacimiento practicada antes de la LRC de 1957, sin intervención de la madre y en virtud de la sola declaración de un tercero, la maternidad no quedaba legalmente determinada ya que el Código exigía el reconocimiento voluntario de la maternidad para tal determinación (extrajudicial). La R de 11 de septiembre de 1995 así lo dijo, y estimó que una inscripción hecha en 1930 en aquellas condiciones no implicaba que la filiación materna estuviera ya determinada, cosa que sólo ocurrió con el acceso al Registro de un posterior reconocimiento testamentario hecho por la madre.

¹⁰⁰ De esos preceptos se ha dicho que significaron en su momento un importante adelanto y de gran repercusión práctica (PEÑA, *Comentarios*, ult. cit., p. 887). Pudieron tener, en efecto, ese alcance en 1957 respecto del régimen de filiación del Código (de 1889), particularmente en cuanto permitió la determinación de la filiación materna por la sola coincidencia de la declaración y el parte o comprobación reglamentarios, sin necesidad del reconocimiento voluntario de la madre. Hoy me parece gravemente perturbadora su presencia (la de alguno de sus párrafos o expresiones, al menos) en nuestro Ordenamiento.

¹⁰¹ Sobre el ejercicio de tal facultad de desconocimiento, su mecánica registral y efecto, véase ampliamente en PEÑA, *Comentarios al Código Civil...* (EDERSA), cit., t. IV-3.º, pp. 98 ss. Yo no me ocupé de esta cuestión no sólo porque en el autor y obra citados se halla mejor tratado, sino porque creo que, como argumento a continuación en el texto, esa facultad no existe hoy por estar derogado el artículo 47 LRC.

hoy vigentes en esta materia, en vista del artículo 39 CE, aunque el principio de veracidad biológica no opera con demasiado rigor en la determinación extrajudicial de la filiación¹⁰² y hay muchas concesiones a la llamada veracidad sociológica y otros criterios formales (unos más justificados que otros, ciertamente). La indudable inadecuación de aquellas normas registrales al actual régimen jurídico material de la filiación, no obstante la remisión del artículo 120-4.º CC, obligan a examinar su inteligencia y alcance más allá de su (aparente) vigencia formal en tanto que presentes en la Ley y Reglamento del Registro Civil.

A) *La no identificación de la madre en el parte médico, si ella quiere que no conste (art. 167 RRC).*

En este punto pienso que no tiene hoy vigencia ni valor normativo el artículo 167 RRC¹⁰³ en tanto que por ese conducto se priva al nacido, por mera voluntad de la madre, de su maternidad, de cuya importancia para la identidad de la persona y otros valores hablé en el apartado II.2.4. Un

¹⁰² En nuestro régimen legal de filiación hay una grave incoherencia entre el régimen de determinación extrajudicial de la misma (con el formalismo y voluntarismo conocidos) y el de la determinación judicial, presidido por el principio de veracidad (art. 127 CC). No es racional ni congruente que una institución unitaria (realidad única e idéntica) se halle regulada de forma tan diferente en dos proyecciones de la misma (su determinación): no está en absoluto justificado, en mi opinión. Debiera haber entre ellas una cierta unidad de criterio y un mínimo paralelismo, obedientes ambas al mismo principio, al menos, y congruentes dentro de un sistema jurídico, el sistema y principio general informante de la institución, que, tras la reforma de 1981, no es otro, evidentemente, que el del artículo 39 CE, mejor recogido en el artículo 127 CC para la determinación judicial; por otro lado, lo ha asumido plenamente el Tribunal Supremo, yendo a veces más lejos que su tipificación en los arts. 131 ss. CC (en materia de legitimación activa, por ejemplo).

El formalismo que todavía pervive en la determinación extrajudicial de la filiación (arts. 120 ss.) proviene de concepciones anteriores de la filiación que no casan bien con el artículo 39 CE. Pienso que en ese ámbito (determinación extrajudicial) el legislador de 1981 no ha traducido bien ese principio constitucional, con soluciones discutibles, principio que se ha llevado y desarrollado bastante mejor en los artículos 127 ss. CC ¿Qué hacer ante tal situación e incongruencias legales? Pienso que, mientras la legalidad (ordinaria) sea ésta, debe adecuarse la interpretación y aplicación de todos esos preceptos, y con mayor necesidad y urgencia la de los artículos 120 ss., al principio de veracidad explicitado en el artículo 39 CE en cuanto sea posible, sin más limitaciones o excepciones que las inevitables, haciendo a veces una verdadera interpretación correctora (de la que hay importantes muestras y aciertos en nuestra jurisprudencia). No vale invocar, como se hace con frecuencia, algunas frases de la nonata exposición de motivos de la Ley 13/1981 para justificar ciertas decisiones legales y aquel formalismo: ni fue verdadera exposición de motivos, ni ésta es (sería) norma jurídica, ni representa la idea o principio constitucional del artículo 39 CE.

¹⁰³ Permítaseme recordarlo: «En el parte de nacimiento, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien lo suscribe, constará con la precisión que la inscripción requiere la fecha, hora y lugar del alumbramiento, sexo del nacido y menciones de identidad de la madre, indicando si es conocida de ciencia propia o acreditada, y en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual, con la madre, firmará el parte, salvo si ésta no puede o se opone, circunstancia que también se hará constar. El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad». Obsérvese—dato importante— que este precepto no distingue entre filiación matrimonial y no matrimonial.

Reglamento, aunque sea el del Registro Civil, no tiene rango suficiente para regular una cuestión de esta trascendencia, que afecta a derechos fundamentales (del hijo), ni para contradecir las normas generales¹⁰⁴ con rango de ley relativas a los datos que deban constar en un documento oficial que pone en conocimiento de la Administración pública un hecho tan importante como el nacimiento de una persona, lo que afecta a su estado civil, de interés público e indisponible, amén de otros aspectos trascendentes. Creo que tampoco cabe invocar, para defender la vigencia del artículo 167 RRC, las normas relativas al secreto médico, cuyo campo de actuación es otro (discreción frente a la curiosidad de terceros) y que tiene sus límites legales: en el ámbito judicial, y ante la posibilidad de comisión de delito (en este caso, el del art. 220-2.º CP, por ocultación de hijo «para alterar o modificar su filiación», de indudable aplicación a nuestro caso). No se olvide, de otro lado, que «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior» (art. 1.2 CC); y esa contradicción no se limita a lo textual o literal de esas otras normas de rango superior, sino también a su contenido y alcance una vez interpretadas como procede.

Es más: pienso que en el caso en que el parte médico omita la identidad de la madre por un cumplimiento reglamentista del médico de la norma que comento, sin perjuicio de otras consecuencias apuntadas, el encargado del Registro podrá (y debería) atenerse al artículo 44 LRC, segunda parte, y al art. 94-2.º RRC, y comprobar el hecho del nacimiento y todos los demás datos en la forma que previenen esos preceptos (cfr. también art. 24 LRC y su referencia a la actuación del Ministerio Fiscal). Pienso así no tanto porque en ese caso el parte médico sería incompleto desde un punto de vista jurídico y en vista de los preceptos citados, sino porque el encargado del Registro, jurista, debe atenerse al Ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo al Reglamento del Registro Civil, y debe saber que hay normas de rango superior que garantizan a toda persona (aquí, el recién nacido) una protección básica sin discriminación por razón de la filiación (art. 39.3 CE) y el conocimiento de su identidad, que comienza por la determinación de su maternidad, de lo que no le puede privar un Reglamento obsoleto y derogado en ese punto, ni una interpretación literal, estrecha y no jurídica del mismo¹⁰⁵.

B) *Facultad de la madre no casada de «desconocer» su maternidad (art. 47 LRC).*

Aludida esta cuestión en relación con la determinación de la maternidad matrimonial, pienso en términos generales que hoy no está vigente

¹⁰⁴ Estoy pensando, en principio, en el Código Penal, LRC e incluso en el artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad de 1986 y normas concordantes, y demás normas generales aplicables.

¹⁰⁵ La misma preocupación apunta y a parecida conclusión llega PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, quien se apoya sustancialmente en el artículo 39.3 CE y deber de los padres de prestar asistencia de *todo orden* a los hijos (cfr. su coment. art. 47 LRC, en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, cit, t. IV-3.º, p. 95).

dicho precepto, ni es aplicable incluso a la madre no matrimonial (mencionada directamente). Cabe aducir, en mi opinión y en apoyo de esa tesis, las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque el artículo 47 LRC se opone radicalmente, en cuanto deja a discreción de la madre no matrimonial la determinación de la maternidad, a lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio núm. 6 CIEC, relativo a determinación de filiación materna de los hijos no matrimoniales (Bruselas, 12 de septiembre de 1962), que constituye Derecho interno desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (17 de abril de 1984). El artículo 1 de este Convenio establece que «cuando una persona es designada en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, *la filiación materna quedará determinada por tal designación*». Dicho Convenio y esta norma tienen hoy el valor jurídico de ley ordinaria, por lo menos¹⁰⁶. En todo caso, es evidente que al ser ley posterior y con contenido normativo distinto e incompatible con la ley anterior (art. 47 LRC), ha derogado tácitamente a esta última.

No se opone a esa conclusión, ni permite hablar de compatibilidad de dichas normas (o que el precepto registral no se oponga al convencional) el que el artículo 1 del Convenio añada «sin embargo, esta filiación podrá ser impugnada», pues *la impugnación* de la filiación a que alude —ese término en el texto español, de valor jurídico indubitado, igual que el *contestée* del texto francés, que algunos invocan en otro sentido— significa jurídicamente impugnación judicial —como razoné en III.3.B)—, lo que no coincide con el «desconocimiento» extrajudicial y discrecional (y no sometido a ningún control) del artículo 47 LRC.

Tanto en el Convenio de Bruselas de 1962 como en el Ordenamiento español (art. 139 CC) cabe la impugnación (judicial) de la maternidad determinada legalmente en la inscripción de nacimiento con expresión de la identidad de la madre. Es una impugnación normal y razonable, como otras impugnaciones de la filiación cuyo objeto es la demostración en un proceso y con las garantías pertinentes para los interesados de que la filiación formal impugnada no coincide con la real. Mas eso es distinto de lo que permite el artículo 47 LRC, mera negación voluntaria, arbitraria, sin sujeción a razón ni hecho ni prueba alguna, de la maternidad, formulada por la madre. Ello está en oposición con esa otra ley española, posterior a la registral, que es hoy el Convenio de Bruselas de referencia; y tal oposición, de fondo y en su formulación legal, e incompatibilidad efectiva de ambas normas, comporta la derogación tácita de la más antigua y su inaplicabilidad actual.

¹⁰⁶ Recuérdese que el TS ha hablado, después de la Constitución de 1978 (sentencias de 22 de mayo de 1989, 16 de junio de 1991, 22 de diciembre de 1992, entre otras) de la superioridad de los Convenios y Tratados internacionales suscritos y publicados en España respecto de las leyes internas.

b) En el orden puramente lógico o racional parece poco razonable —a mí me parece gravemente irrazonable— en un sistema jurídico integrado por varias leyes que regulan conjuntamente una institución y necesitado de una interpretación sistemática, que una de ellas disponga que se pueda privar discrecionalmente de maternidad por la sola voluntad de la madre y que otra (posterior, y desarrollo de principios constitucionales vigentes) se permita la libre investigación y reclamación judicial de esa misma maternidad por el hijo (art. 133 CC)¹⁰⁷. Tal incongruencia formal y de fondo, racional y jurídicamente poco justificada¹⁰⁸ —obliga al hijo, privado de su maternidad con tanta facilidad, a ejercitar una acción judicial de reclamación de filiación materna en un pleito donde no se le va a poner ningún obstáculo para probar una realidad que ya era conocida—, no sólo constituye aquella oposición irrazonable de dos normas, sino su incompatibilidad real de fondo: de principios que deben presidir la inteligencia, interpretación y aplicación de las normas concurrentes relativas a una misma institución. Esa incompatibilidad entre la vieja norma que permite el desconocimiento arbitrario (por meramente voluntario y por no sometido a control alguno) de la maternidad y la nueva norma que permite su investigación y prueba judicial, debe resolverse a favor de ésta¹⁰⁹.

c) La posibilidad de que la madre no casada «desconozca» su maternidad no se da para la madre matrimonial: en este punto está prácticamente de acuerdo toda la doctrina, como dije. Ello supone una grave discriminación en la determinación de la filiación materna según sea matrimonial o no matrimonial; diferencia de trato que no se da tanto, como vengo sosteniendo desde hace tiempo¹¹⁰, en lo que respecta a las madres (se permitiría a la no matrimonial lo que no se permite a la matrimonial) sino a los hijos, que se ven así discriminados sin motivo suficiente (la maternidad es idéntica en su certeza y prueba, funciona igual respecto de hijos matrimoniales y no matrimoniales) en cuanto que pueden ser «desconocidos», privados jurídicamente de una maternidad conocida,

¹⁰⁷ En este punto es más consecuente en el aspecto sistemático el Derecho francés, que si permite a la madre el parto anónimo (art. 341-1 *Code*), lleva tal posibilidad y régimen hasta sus últimas consecuencias, prohibiendo la reclamación de maternidad (art. 341), ya que actúa como *fin de non-recevoir*, que paraliza la acción y el proceso de reclamación, la constancia de la voluntad de la madre de permanecer inidentificable. Es ése un sistema y régimen todavía más injusto que el español, pero más coherente sistemática y formalmente.

¹⁰⁸ Sólo es explicable atendiendo a la fecha del artículo 47 LRC (1957) y a su relación con el régimen de la filiación entonces vigente en el Código (versión de 1889), muy distinto del hoy vigente y obediente éste a principios opuestos a aquellos cuerpos legales.

¹⁰⁹ Obsérvese la incongruencia que supone, de otro lado, en la evolución de un sistema jurídico la progresiva apertura en la determinación de la paternidad (no sólo por medio del reconocimiento voluntario sino también por imposición judicial) a pesar de ser menos segura su afirmación, frente a lo cual se facilita hasta un extremo inverosímil la supresión sin control alguno de la maternidad (hecho más cierto), retro trayendo la determinación de ésta última a tiempos en que el padre reconocía o no a quien quería y cuando quería, y su paternidad quedaba casi a su libre albedrío.

¹¹⁰ En LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV-2.º, p. 104; y en mi coment. artículo 120 CC, *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), Madrid, 1991, t. 1, p. 469.

identificada e inscrita en el Registro, por la madre no casada, cosa no posible para los hijos matrimoniales, cuya determinación de su filiación materna es distinta y mejor protegida.

Esa discriminación —que, insisto, supone un trato desigual injustificado por no ser razonable (STC 34/1981, de 10 de noviembre)— es contraria a la Constitución (art. 14), con lo que la norma discriminatoria, en este caso el artículo 47-2.º y 3.º LRC, ha de considerarse inconstitucional e inaplicable por derogada por la Constitución¹¹¹.

No me convence ni me parece viable la tesis, que tiene algún defensor prestigioso en nuestra doctrina¹¹², de que para evitar tal discriminación se extienda también a la madre casada la posibilidad de «desconocer» y hacer suprimir su maternidad del acta de nacimiento, aplicándole el artículo 47 LRC. Esa solución, artificial y amañada para defender este precepto, deja intacta la situación legal y el trato desigual en la ley (que sólo pretenden igualar esos autores en una interpretación personal), y es contraria a la concepción de fondo de la filiación en nuestro vigente Ordenamiento sustantivo (Constitución, CC), que propicia la veracidad en materia de filiación, la adecuación de la situación formal a la biológica en cuanto sea posible (no en términos absolutos, ya sé) y establece como principio eminente el de la libre investigación y determinación de la filiación.

Con este principio general informante —cuya vigencia apenas es discutible—, me parece muy difícil pretender salvar el artículo 47 LRC permitiendo a la madre casada privar de su filiación materna al hijo matrimonial y obligar a éste a reclamarla judicialmente. Tal solución parece, cuando menos, contraria a nuestro actual régimen jurídico de la filiación. Es mucho más fácil, amén de razonable y justa, la solución contraria para evitar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada: negar a la madre no casada la facultad de desconocer y suprimir su identidad del acta de nacimiento. Y es más beneficiosa para el hijo no matrimonial: no se olvide que el *favor filii* es principio subyacente a todo nuestro sistema de filiación, como el interés del menor inunda ya todo nuestro Ordenamiento jurídico¹¹³.

¹¹¹ Cfr. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al CC y Compilaciones*, cit., t. IV-3.º, p. 106. Me congratulo de coincidir con tan prestigioso autor, el más sensible (casi el único) a estos problemas y argumento. Véase, en el extremo contrario, L. SEGOVIA LÓPEZ, «El derecho de la madre a desconocer a su hijo», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 1 de diciembre de 1994, quien no sólo justifica tal desconocimiento sino que incluso llega a la siguiente conclusión: «no debe desaparecer la posibilidad de no reconocimiento de la maternidad, cuando no sea fruto de una relación matrimonial, y recíprocamente, no se debe permitir la investigación y reconocimiento forzoso de la paternidad cuando no haya existido una relación estable, sea o no matrimonial»(!!).

¹¹² DE LA CÁMARA, *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (EDERSA), t. III-1.º, Madrid, 1984, p. 202; y DIEZ DEL CORRAL, «La inscripción de la filiación...», *loc. cit.*, p. 17.

¹¹³ Me refiero, sustancialmente, a las normas específicas de protección del menor en el CC, a la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y a los Convenios y tratados

d) El argumento de fondo más sólido, en mi opinión, contra la vigencia actual, postconstitucional, del artículo 47 LRC y de la facultad de desconocimiento, reside en que comporta la privación de la filiación materna sin control judicial alguno¹¹⁴ y supone también la privación del dato básico de la identidad de la persona, con todas sus consecuencias –entre otras, la privación de apellido(s), de nacionalidad y vecindad civil, de patria potestad, etc.

Como dije en su momento –perdónese la reiteración, pero me parece argumento fundamental–, la maternidad es el elemento básico para establecer la paternidad (sólo se es padre del hijo engendrado a partir de las relaciones habidas con la madre), y el dato también más importante en la identificación de la persona frente a «los otros»: identificación biológica, vinculación a una estirpe y a un parentesco, a una ascendencia individual y familiar. La privación de la maternidad por el «desconocimiento» voluntario de la madre supone negar al nacido el conocer quién es, de dónde viene, a quiénes debe para bien o para mal la vida y su propia individualidad y origen, elementos primarios en la formación y definición de su personalidad e identidad, esenciales también y subyacentes a la dignidad de la persona y al desarrollo de su personalidad, principio y derecho fundamental de todo ciudadano protegido por el artículo 10.1 CE y previo y básico de todos los demás derechos fundamentales de la persona.

Negar la maternidad en los términos del artículo 47 LRC supone el más grave atentado contra ese derecho fundamental a la propia dignidad e identidad de la persona, a conocer su origen, al libre desarrollo de la personalidad, bienes, valores y derechos fundamentales de toda persona, *prius* lógico de todos los demás, lo que es contrario a nuestro orden público constitucional. Y no se olvide, de otro lado, que «las normas relativas a los derechos fundamentales [...] que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos del Hombre y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE); lo que obliga a interpretar el artículo 47 de conformidad con los varios Tratados y Convenios internacionales relativos a derechos humanos y derechos del niño (aludidos en el apartado III.3) y no en su literalidad y en la facultad de la madre de desconocer su maternidad y privar de ella al hijo extramatrimonial.

internacionales suscritos por España (desde entonces, Derecho interno) que de forma más o menos directa contienen normas en ese sentido: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (NN UU, Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950, y Protocolos posteriores), Convención sobre los Derechos del Niño (NN UU, 20 de noviembre de 1989), entre otros.

¹¹⁴ Sorprende un tanto que, frente a lo difícil que es modificar el Registro Civil por sólo expediente gubernativo (controlado por el Encargado), y exigiéndose para casi todos los casos el ir a un proceso judicial (cfr. art. 92 LRC), lo fácil que resulta aquí, sin control alguno, modificar el Registro y privar a un niño de su filiación materna.

C) *Argumentación invocada en favor de la ocultación o del desconocimiento de la maternidad no matrimonial. Refutación.*

La tesis que critico ha tenido valedores en nuestro país y fuera. Se ha aducido a favor de la determinación voluntaria de la filiación materna –sea en sentido positivo: sólo quedará establecida jurídicamente con la voluntad explícita o reconocimiento de la madre; o en sentido negativo: permitiéndole desconocerla o negarla discrecionalmente–: *a)* unas veces, que la maternidad no matrimonial afecta al honor y a la intimidad de la mujer y no se le puede imponer que arrostre el deshonor y sus consecuencias¹¹⁵; *b)* otras veces, que la imposición obligatoria de una maternidad no deseada y en esas condiciones puede inducirle al aborto o al infanticidio; *c)* para algunos no es bueno imponer una maternidad, que comporta función grave y deberes delicados, a una mujer que no desea asumirlos ni ser o jugar el papel de madre¹¹⁶; *d)* últimamente se alega que el que quede indeterminada la maternidad biológica facilita el camino para una futura adopción, que proporcionará al nacido una madre y una familia que lo acepte de buen grado desde el primer momento.

Ninguno de esos argumentos me parece hoy convincente.

Sub a) El sentido del honor (¡tan subjetivo y relativo siempre!) es hoy muy distinto del que tenía nuestra sociedad en el siglo pasado o hace unas décadas (incluso en 1957). A fines del siglo xx ya no es tan deshonorosa la maternidad de mujer soltera en la consideración social, y aun siendo la intimidad y la honorabilidad de la persona bienes muy valiosos, no han de ser considerados aislados y en términos absolutos, sino referidos a la situación en que se producen y comparados con otros bienes y derechos en conflicto: por cuanto el dejarlos a salvo (?), ocultando la maternidad extramatrimonial, entra en conflicto con la determinación de la filiación materna del hijo, cuestión y hecho que, además de lo dicho poco ha en orden a su dignidad, identidad y conformación de su personalidad, afecta también al honor de su persona –no se olvide el deshonor que suponía en este país el ser hijo ilegítimo o hijo «de nadie», de padres desconocidos, la afrenta que suponía ser «expósito», por lo que se prohibió expresarlo en el acta de nacimiento (cfr. arts. 59.1 LRC y 21, 169 y 196 RRC)–. En ese conflicto de intereses, de bienes y valores personales enfrentados, me parece superior el interés del hijo (su dignidad, el conocimiento de su ori-

¹¹⁵ Para proteger el honor de la mujer, y por influencia de la permisón del «parto anónimo» con viejos antecedentes en Francia (cfr. nota 54), parece que había en Madrid en el siglo pasado un centro de la llamada Cofradía del Pecado Mortal, vinculado a una orden religiosa, en el que las mujeres podían, a petición propia, dar a luz con el rostro tapado. Véase idéntica referencia en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas...*, cit., ad artículo 120, p. 890.

¹¹⁶ Esas ideas anteriores están presentes en la doctrina italiana (MIGLIORI, FUNAIOLI, TRABUCCHI,...) y francesa (de SAVATIER a RUBELLIN-DEVICHI), citada en notas 59 y 53 y 54; y también en algún autor español (DÍEZ DEL CORRAL, *op. loc. cit.*, p. 15, y más recientemente SEGOVIA LÓPEZ, *op. loc. cit.*).

gen biológico, de su identidad, etc.) al de la madre, cuya intimidad y honor o deshonor a ese respecto y el correspondiente interés protegible, interpretados de acuerdo con la sensibilidad social de este fin de siglo y no de 1889 o 1957, deben ceder ante otros bienes y derechos que nuestra Constitución y nuestro sistema de valores estiman hoy superiores. Así lo han entendido nuestros Tribunal Supremo (sentencias de 12 de noviembre de 1987 y 14 de julio de 1988, entre otras) y Tribunal Constitucional (sentencia 7/1994, de 17 de enero, y Autos 103/1990 y 221/1990), que han afirmado con reiteración y claridad la prevalencia del interés social y de orden público que subyace a la declaración de la paternidad, en la que están en juego los derechos de alimentos y otros, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE¹¹⁷. Si hay, pues, que sacrificar uno de aquellos intereses, me parece que es hoy menos grave que ceda el de la madre que el del hijo.

Sub b) El riesgo de infanticidio o aborto que puede implicar la posibilidad de imponer una maternidad no deseada es real, ciertamente; pero también hoy bastante menor que en otros tiempos, por tener la maternidad extramatrimonial distinta consideración que otrora, y cuando el tratamiento penal de aquellos actos es muy distinto en el nuevo Código Penal. Ese riesgo de aborto o infanticidio se da también respecto de las maternidades matrimoniales no deseadas y en familias en que la llegada de un nuevo hijo crea graves problemas económicos, familiares o sociales; y, sin embargo, no cambia para tales casos el régimen de determinación de la maternidad. Por otro lado, hay datos que permiten afirmar que no es mayor el número de infanticidios y abortos relacionables con lo que aquí interesa en los países (amplia mayoría en el mundo occidental) en que la maternidad queda determinada automáticamente por la inscripción de

¹¹⁷ Dice la STS de 14 de julio de 1988, con referencia al cambio que ha supuesto en nuestro sistema jurídico el régimen del artículo 39.2 CE: «... habida cuenta, principalmente, del interés preponderante que se concede a la filiación y, con ella, a los legítimos y superiores de toda la sociedad de estado cultural avanzado en que se potencian los intereses familiares y sociales frente a los estrictamente individuales representados por la protección que se dispensa a la intimidad y a la integridad consagrados en los artículos 15 y 18 de la propia Constitución». A su vez, la STC 7/1994, de 17 de enero, dice (FJ 2.º): «Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Así lo ha declarado este Tribunal en los Autos 103/1990, FJ 4.º, y 221/1990, FJ 3.º, en donde hemos resaltado que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE (...). Sin que los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares». Sobre esta cuestión véase mi trabajo «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales», *Poder Judicial*, núm. 25 (marzo de 1992), pp. 49 ss.(62-65).

nacimiento e inclusión en ella de la identidad de la madre, sin intervención voluntaria, positiva o negativa, de ésta ¹¹⁸.

Se reproduce aquí, a efectos dialécticos, y en la realidad, un nuevo conflicto, ahora entre un riesgo de infanticidio o aborto hoy (relativamente) lejano y no mayor que en otros sistemas jurídicos, frente a una situación (hijos sin filiación materna) y un mal próximo para muchos otros niños, que arriesgan quedar sin maternidad y sus consecuencias ¹¹⁹.

Sub c) Frente a la idea de que no es bueno o aconsejable imponer una maternidad a mujer que no desea asumirla como carga personal o como función social y jurídica, cabe oponer inmediatamente: 1) que tampoco ha sido consultado el hijo antes de nacer ni elige a su madre, que le viene impuesta; 2) que no dará mejor resultado que aquella maternidad automática no deseada otra impuesta judicialmente a la madre (perfectamente posible en nuestro Ordenamiento), ni una paternidad judicialmente declarada (lo que, con aquel razonamiento, aconsejaría el suprimirlas también); 3) finalmente, que hay funciones y deberes jurídicos que no pueden quedar y no quedan a discreción del afectado, y la Ley los impone a ciertas personas en determinados casos con independencia de la voluntad de las mismas, por razones ajenas a su voluntad (responsabilidad individual, posición en la familia o en la sociedad, etc.). El caso de la maternidad es uno de los más evidentes y graves: afecta al estado civil e identidad de las personas, materia indisponible, que no se puede regir por criterios voluntaristas y de disponibilidad (renuncia, negación arbitraria). No se olvide, por otro lado, que es delito el «ocultar o entregar a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación» (art. 220.2 CP vigente) —con tratamiento distinto, por cierto, del que se daba a este delito en el CP de 1944.

Sub d) En cuanto a que el dejar indeterminada la maternidad biológica facilita una futura adopción, me parece el menos convincente de los argumentos contrarios a la tesis que defiendo. Bastaría pensar en que el fin no justifica los medios y en la desproporcionalidad entre el coste jurídico y humano de uno y la ventaja que proporciona el otro. Pero, sobre todo, es falaz ese argumento, pues si la madre biológica quiere dar en adopción más tarde el hijo que no quiere criar como propio ni ejercer los deberes de la maternidad, nada obsta para ello el que conste *ab initio* su identidad en la inscripción de nacimiento y que resulte de ella una maternidad biológica que dejará enseguida de ser jurídica y la carga funcional

¹¹⁸ Cfr. J. MASSIP, «Les modifications apportées au droit de la famille par la loi de 8 janvier 1993», *Deffrénois*, 1993. 634, núm. 29 (que ha estudiado ese problema en Alemania, Suiza, Bélgica, Países Bajos); y F. GRANET, «L'établissement judiciaire de la filiation...», *loc. cit.*, p. 24.

¹¹⁹ En el fondo ello constituye un problema de política jurídica, que requiere una clarificación y solución por parte del legislador. Ponderado ese conflicto de acuerdo con el razonamiento expuesto en el texto, creo que es preferible garantizar una maternidad, una identidad y demás al nacido frente a un lejano (hoy) e hipotético riesgo de infanticidio o aborto, cuya inevitabilidad se halla en otro terreno y contexto jurídico y social.

de una maternidad –opción, por cierto, que no tiene el hijo hasta los doce años: antes no se toma en consideración su voluntad a los efectos de aceptar o no la madre adoptiva–. El precio de la (supuesta) facilitación de una futura adopción es demasiado alto: privar a una persona de su identidad, del conocimiento de su propio origen. Por otro lado, esa ocultación de la identidad de la madre como paso previo para una más fácil adopción va en contra de una línea y evolución en Derecho Comparado (y en el nuestro: cfr. artículo 180 CC y 28 Ley Adopción Catalana) que tiende a facilitar a los adoptados el conocimiento de su origen y la investigación de su filiación biológica.

En conclusión: creo que hoy no son aplicables, y que han quedado derogados tanto el artículo 47 LRC (posibilidad de la madre no casada de «desconocer» su maternidad) como el 167 RRC (facultad de ocultar la identidad de la madre en el parto): la maternidad no matrimonial, como la matrimonial, deben quedar determinadas directamente en el acta de nacimiento por la sola constancia en ella de los datos conocidos del alumbramiento del hijo: identidad de la madre que lo pare y del nacido, según los mecanismos normales de la legislación registral en relación con la sanatoria, en su caso. No hay razón suficiente que impida que en nuestro Ordenamiento jurídico tenga vigencia el principio *mater semper certa est* en su moderna inteligencia, casi universal y acorde con los Convenios internacionales pertinentes y con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia caso Marckx).

En relación con la determinación de la maternidad el problema del Derecho español (y del legislador: es sobre todo cuestión de política legislativa) es el de adoptar las precauciones necesarias para que no pueda atribuirse gratuita y vanamente una maternidad inexacta a una mujer. Siempre es posible el error o la falsedad consciente. Para evitarlo tórnense las precauciones razonables y garantías previas, y aun las medidas posteriores que lo desincentiven; y quede luego siempre a salvo la posibilidad de demostrar judicialmente la inexactitud. Lo que no es razonable es el permitir el «desconocimiento» del artículo 47 LRC, incontrolado, con la posibilidad de que se haga por mera voluntad y al arbitrio de la madre, y justificarlo luego en la posibilidad de error y para evitar maternidades inexactas ¹²⁰.

2.2.2 DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA NO MATRIMONIAL EN INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO FUERA DE PLAZO

Puede haber lugar a esa determinación en dos supuestos fundamentales: a) cuando no aparezca inscrita la filiación en el Registro; b) cuando

¹²⁰ Con esa justificación (que era la de la exposición de motivos de la LRC de 1957), déjese también al varón desconocer su paternidad formal, donde hay mucha más probabilidad de error.

ya esté inscrito el nacimiento sin determinación de filiación (o sólo la paternidad) y se pretenda completar ésta con la correspondiente materna.

A) *Filiación no inscrita en el Registro.*

Cabe reproducir aquí cuanto dije de la inscripción de nacimiento fuera de plazo para la filiación materna matrimonial y normas aplicables. De esta filiación materna se ocupó con cierta amplitud la Circular de 2 junio 1981, con particular atención a la maternidad de mujer casada, en cuyo caso para la inscripción de la filiación materna como no matrimonial se exige la comprobación en el expediente de que no rige la presunción de paternidad marital del artículo 116 CC (cfr. R de 5 de agosto de 1981, y luego la de 11 de octubre de 1991¹²¹ y otras más). De esa exigencia, que me parece innecesaria y perturbadora, me ocupó en el apartado siguiente.

Otro supuesto de determinación de esta maternidad puede ser aquél en que hay un reconocimiento materno formal, en documento público y referido a hijo no inscrito, que se pretenda inscribir en el Registro. Habida cuenta del acceso al Registro del reconocimiento (inscripción marginal a la de nacimiento: art. 46 LRC), el RRC prevé una «anotación soporte de otros asientos» (O de 24 de diciembre de 1958): «en la anotación se indicará este carácter especial, y puede extenderse en virtud de declaración del interesado» (art. 154.1.º RRC). En esa anotación soporte del nacimiento se practicará la anotación marginal del reconocimiento materno. «Desaparecida la situación que la motivó, será cancelada (la anotación soporte), y los asientos marginales (aquí, la inscripción marginal del reconocimiento), trasladados, en su caso» (art. 154.1.º RRC).

B) *Nacimiento inscrito en el Registro sin determinación de la filiación (materna).*

Si está inscrito sólo el nacimiento del hijo sin determinación de la maternidad, puede acreditarse ésta en expediente gubernativo de inscripción fuera de plazo a los solos efectos de complementar la inscripción de nacimiento (cfr. art. 95.1.º LRC y 296 y 186 RRC, y RR de 13 de mayo de 1987, 29 de septiembre de 1988, 16 de junio y 18 de septiembre de 1993 y 30 de abril de 1994). El caso menos problemático es aquél en que preténdese inscribir la sola maternidad de madre no casada, lo que se hará normalmente por medio de reconocimiento (cfr. RR de 8 de junio de 1992 y 11 de septiembre de 1995) o (teórica y excepcionalmente) por medio del título o la investigación correspondiente con la prueba del nacimiento, de la identidad del nacido respecto de la madre y demás (art. 312 RRC y concordantes), caso

¹²¹ Quiero destacar que en esta Resolución se tomó en consideración, para la inscripción de la filiación materna como no matrimonial de mujer casada, además del nacimiento del hijo después de los trescientos días siguientes a la separación de hecho, la ausencia de la posesión de estado de hijo matrimonial; posesión de estado de que han prescindido, en cambio, muchas otras resoluciones en relación con el alcance de la presunción de paternidad matrimonial en casos marginales como el aquí considerado.

para el que estimo también posible (y viable) el mencionado expediente. Se trata, pues, de concretar los datos y circunstancias (protagonista: la madre) del hecho del nacimiento ya inscrito (art. 296 RRC y RR de 13 de noviembre de 1989, 3 de febrero de 1990 y 11 de octubre de 1991).

Más conflictivo es el supuesto en que la madre sea casada y el hijo lo haya tenido con varón distinto del marido. Puede pretenderse inscribir conjuntamente paternidad y maternidad (a) o estar ya inscrita previamente la paternidad extramatrimonial y solicitarse la inscripción de la sola maternidad (b).

Sub a) Del primer caso se ocupó la Circular de 2 de junio de 1981: «fuera del plazo establecido para la inscripción de nacimiento y esté o no practicada esta inscripción, a efectos de inscribir la filiación no matrimonial de madre casada, habrá de comprobarse que no rige la presunción legal de paternidad del marido y que el hijo no se encuentra en la posesión del estado de hijo matrimonial». Véase RR de 11 de octubre de 1991 y 5 de noviembre de 1991. El requisito de la prueba o comprobación de que el hijo no se encuentra en la posesión de estado de hijo matrimonial ha sido criticado por la mejor doctrina especializada¹²², y, reminiscencia de la legislación anterior, parece que no hay ninguna razón para que sea exigido hoy, tras la reforma de la filiación de 1981. De dicha exigencia prescinden también las Resoluciones de la DGRN a partir de la de 5 de enero de 1986 y luego prácticamente todas (13 de noviembre de 1989, 8 de enero, 16 de marzo, 30 de agosto y 19 de diciembre de 1990, 10 de octubre de 1991, 7 de noviembre de 1994 (2^a), 11 de diciembre de 1994, etc.).

Pero tampoco entiendo yo por qué haya de exigirse la prueba de que no rige la presunción de paternidad del marido para la inscripción de la maternidad. Ésta es un dato cierto que debe inscribirse sin ninguna precalificación una vez probada su real ocurrencia (el parto y la identidad del hijo respecto de la madre que lo ha alumbrado); lo que se hará, también en este caso, con los títulos y averiguaciones y pruebas pertinentes que practicar en el expediente registral. Eso parece que llega a admitir la Circular de referencia, aunque subordinado a que el hijo no ostente el estado de filiación matrimonial¹²³, extremo éste del que disiento. Llego a aquella conclusión y a este último desacuerdo (con la Circular) porque creo que no pueden interferir los problemas de paternidad (si opera o no la regla *pater is est*, si es compatible con un reconocimiento anterior, etc.) en la

¹²² Cfr. DÍEZ DEL CORRAL, «La inscripción de la filiación...», *loc. cit.*, p. 62; y PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al CC y Compilaciones*, cit., t. IV.3.º, p. 128.

¹²³ «Si en el expediente se comprueba —dice la Circular, III, párrafo 6.º— esos dos hechos negativos (es decir, la no aplicación del artículo 116 CC y la falta de la posesión de estado de filiación matrimonial) podrá inscribirse, con los requisitos ya dichos, tanto el reconocimiento de la filiación materna como el de la paterna. Pero si lo que resulta del expediente es que rige la presunción del artículo 116 y que, sin embargo, el hijo no ostenta la posesión de estado de filiación matrimonial, sólo podrá inscribirse el reconocimiento de filiación otorgado por la madre casada. No figurará entonces la filiación paterna correspondiente al marido...».

determinación de la maternidad, que por su propia naturaleza tiene distintos mecanismos de determinación y se rige por el principio de certeza, frente a la incertidumbre y juego de presunciones y reglas formales en la determinación de la filiación paterna. Si la maternidad queda determinada por medio del título, investigación y pruebas pertinentes, debe ser inscrita, como realidad previa y conocida. Luego ya se determinará e inscribirá (o no) la paternidad según las reglas correspondientes.

Por eso no comprendo bien el razonamiento y solución dada por los dos RR de 7 de noviembre de 1994 (1^a y 2^a), relativas a inscripción complementaria de la filiación no matrimonial paterna y materna respecto de persona cuyo nacimiento fue inscrito sin mención alguna de filiación. En la «1.^a» se acordó la necesidad de previo expediente gubernativo para determinar si se ha destruido la presunción de paternidad del marido de la madre, mujer casada que había reconocido, al igual que el progenitor, la maternidad y paternidad del inscrito. «En el presente caso –dice esa Resolución–, el hecho de que la autora del reconocimiento estuviera casada en el momento del nacimiento del hijo exige que se compruebe, en el expediente gubernativo, que no rige la presunción de paternidad del marido por haber nacido el hijo después de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges (cfr. arts. 113.1 y 116 CC)»; y no hubo lugar a la inscripción de la maternidad¹²⁴.

En la «2.^a» Resolución de aquella fecha, y con el mismo objeto, se estimó probado que la presunción de paternidad marital había quedado desvirtuada por la constancia de la separación de los cónyuges en la sentencia de divorcio, y acordó la inscripción de la filiación paterna y materna no matrimonial sin necesidad de expediente gubernativo previo.

Comprendo que en esta segunda Resolución se acuerde la inscripción de la filiación paterna por reconocimiento en cuanto que la prueba de la separación de la madre y su marido desde más de trescientos días anteriores al nacimiento dejaba sin efecto la presunción de paternidad del artículo 116 CC y, por tanto, se podía inscribir marginalmente el reconocimiento y con él quedar determinada la filiación paterna. Pero eso afecta sólo a la paternidad, cuya determinación obedece a principios y reglas propias. La maternidad –he dicho– debe quedar determinada directamente una vez haya constancia de ella y se acredite con los títulos pertinentes, sin que deba ser obstáculo para su determinación jurídica el

¹²⁴ En idéntico sentido, la Resolución de 30 de abril de 1994, referida a una inscripción de nacimiento sin constancia de filiación, y reconocimiento ulterior de la filiación no matrimonial otorgado por madre casada, en cuyo caso se exigió no sólo que el reconocimiento tuviese los requisitos formales y complementarios pertinentes, sino también la comprobación de que no regía la presunción legal de paternidad del marido de la madre (cfr. comentario de S. QUICIOS MOLINA en *CCJC*, núm. 38, pp. 441 ss.). Véase también Resoluciones de 11 de mayo de 1993 y 30 de mayo de 1994, en parecidos términos, aunque la última con otra justificación (invoca el artículo 113 CC, en mi opinión, incorrectamente, en lugar del 116, por lo que respecta a la presunción de paternidad marital).

que opere o no la presunción de paternidad marital: se es madre y debe haber maternidad con independencia de eso. Luego resultará, de otros datos y reglas jurídicas, si la maternidad es matrimonial o no matrimonial¹²⁵.

De cuanto dejo dicho se puede colegir que estoy menos de acuerdo con la Resolución de 7 de noviembre de 1994 (1.^a), que acordó la no inscripción de la maternidad hasta que se dejara probado que no operaba en el caso la presunción del artículo 116 CC. Esta norma afecta sólo a la paternidad, y es natural que no se inscribiera el reconocimiento paterno hasta dicha comprobación. Pero eso es cuestión de paternidad, insisto, donde son incompatibles la marital presunta y la derivada del reconocimiento realizado por varón distinto del marido: hay que demostrar que no opera la primera, automática, en principio, para inscribir la segunda. La maternidad, sin embargo, es independiente de una y otra, y debe ser inscrita en cuanto quede acreditada por los mecanismos correspondientes. Ya se determinará luego la paternidad que proceda según sus propias reglas.

Sub b) Caso parecido es aquél en que, inscrita en el Registro la filiación paterna de varón distinto del marido, preténdese completar la inscripción de nacimiento con la de la maternidad (de mujer casada), que no constaba inicialmente. Para este supuesto dijo la Circular de 2 de junio de 1981 que «habrá de comprobarse en el expediente que no rige para el reconocido la presunción de paternidad del marido»; y añade que si resulta aplicable la presunción del artículo 116 CC «no podrá inscribirse la filiación materna por la razón antes apuntada de que ello supondría enervar en vía inadecuada la presunción legal y porque no puede contradecirse el estado de filiación que prueba el Registro (art. 50 LRC y art. 113.2 CC)». No me convence este argumento¹²⁶. Pienso, como dije antes, que acreditada por títulos y medios idóneos en el expediente registral la maternidad, debe ser inscrita: es el único dato seguro, y su determinación legal obedece a criterios de certeza (más que de veracidad), y es siempre básico y previo a la paternidad (aunque ésta haya accedido antes al Registro, por motivos distintos: principios formales, voluntarismo, etc.). No puede dejar de inscribirse la maternidad porque de ella derive una paternidad (presunta, sólo eso) incompatible con la inscrita previamente¹²⁷. Resuélvase luego la incompatibilidad de las paternidades en conflicto en su propio terreno,

¹²⁵ Por eso me quejaba al inicio de este trabajo de que se apliquen a la maternidad principios, criterios y mentalidad de la paternidad, cuando son realidades distintas y deben de merecer criterios de determinación también diferentes, independientes. Como también critiqué (desde hace tiempo: cfr. mi trabajo «La filiación en el Derecho Civil especial de Cataluña», *Rev. Jur. Cat.*, 1973-2, pp. 229 y otras) que trascienda e influya en la determinación de maternidad y paternidad (hechos y categorías sustantivas) las valoraciones jurídicas «matrimonial/no matrimonial», que es un dato adjetivo, calificador (jurídico), que se halla en un plano distinto y que no debe interferir en la determinación de la maternidad, sobre todo.

¹²⁶ Tampoco a DÍEZ DEL CORRAL, *op. loc. cit.*, pp. 65-66.

¹²⁷ En el mismo sentido, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (TECNOS), cit., t. I, p. 889. Cfr. también DÍEZ DEL CORRAL, *op. loc. cit.*, p. 66.

por el procedimiento que corresponda, aunque sea tan formal y legalista como su propia determinación¹²⁸. Porque en otro caso, si, como exigen la Circular y pasaje citados, no se logra probar que la presunción de paternidad no opera en ese caso, el hijo se queda sin madre y tendrá sólo una paternidad sin más seguridad y fundamento que la voluntad de un reconocedor y una inscripción para la que no se exigió ningún requisito ni prueba.

Obsérvese que de nuevo se cruzan en la determinación de la maternidad los principios y criterios formalistas propios de la paternidad (sus dudas, sus presunciones, su voluntarismo), con consecuencias tan graves como la recién apuntada y el desconocimiento del principio cuasiuniversal de *mater semper certa est* en la inteligencia moderna que conocemos. A ello puede añadirse que poner dificultades a la hora de interpretar y aplicar las normas que determinan la filiación materna no matrimonial no deja de acentuar un trato diferencial y discriminatorio respecto de la matrimonial, cuya determinación es más directa, menos conflictiva¹²⁹: discriminación que, aunque derive de preceptos legales, es contraria al artículo 14 CE, correctamente entendido (porque no hay motivo razonable ni causa suficiente para el trato desigual en materia de maternidad), cosa que por inconstitucional debe evitar el intérprete a la hora de aplicar las normas correspondientes.

2.2.3 DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA NO MATRIMONIAL POR RECONOCIMIENTO

Esta determinación es menos problemática cuando la mujer es no casada, caso en que se aplican las reglas normales y solas del reconocimiento. Más conflictivo es el reconocimiento del hijo no matrimonial efectuado por mujer casada, supuesto en que a su vez cabe distinguir dos hipótesis: que, por la época del nacimiento del hijo, entre en juego y deba aplicarse la presunción del artículo 116 CC, o que en caso contrario (nacimiento después de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de esa madre respecto de su marido) no rija la presunción de referencia.

Sólo voy a ocuparme aquí de las cuestiones específicas que plantea el reconocimiento materno, a lo que creo deben preceder unas breves *consideraciones* relativas al mismo que me parecen imprescindibles:

a) En primer lugar, pienso que, aunque nuestro Código no distingue y tiene un régimen unitario, no se debe aplicar en bloque y literalmente al reconocimiento materno la normativa general del reconocimiento, construida intelectual y jurídicamente (también, anterior en el tiempo) para la filiación paterna según principios formalistas y voluntaristas derivados de la clásica incertidumbre e inicial dificultad de prueba de la paternidad.

¹²⁸ Véase la solución que propone PEÑA, obra y lugar últimamente citados.

¹²⁹ Cfr. PEÑA, *op. loc. cit.*, p. 893.

La dejación a iniciativa del sedicente padre del reconocimiento se justifica histórica y sustancialmente en aquella incertidumbre y se admitió con objeto de facilitar la determinación de una paternidad que de otro modo sería muy difícil demostrar (lo que obligaría a ir a un proceso, con prueba no fácil, y siempre falible). Parecida explicación puede tener la exigencia de consentimientos, aprobaciones y otros criterios formales.

Frente a todo ello, la maternidad es una relación inmediata, directa y de fácil prueba: de ahí el principio *mater semper certa est*. Si el varón, cuando reconoce un hijo, lo único de que puede estar seguro es de la realidad de unas relaciones sexuales con la madre, de las que cree (sólo puede creer, nada sabe con certeza) que ha nacido el hijo que reconoce como suyo, y por eso lo hace –su reconocimiento comporta una implícita afirmación de relación sexual y la creencia de que el hijo ha nacido de ella–; en cambio, la mujer que reconoce un hijo efectúa una afirmación de un hecho indubitado que conoce directamente, y su aseveración coincide objetivamente con la realidad declarada (salvo error y problemas de identificación, que merecen distinto tratamiento): eso es lo único trascendente de tal afirmación, y basta para la determinación jurídica de la maternidad.

En consecuencia, habida cuenta de esa distinta realidad subyacente, que determina la necesaria vigencia de principios distintos que organicen jurídicamente su respectiva determinación (paternidad y maternidad), en la interpretación y aplicación al materno de las normas relativas al reconocimiento de la filiación, en general, debe tenerse en cuenta aquella diferente realidad fáctica y jurídica, y debe superarse el formalismo que preside el régimen general del reconocimiento, que no se adecua a la maternidad. Mientras no haya una reforma de la determinación extrajudicial de la filiación y deba aplicarse el actual régimen legal del reconocimiento al materno, pienso que la adecuación a este último de tales normas debe hacerse, de acuerdo con los criterios hermenéuticos sociológico y teleológico (art. 3.1 CC), teniendo en cuenta principios realistas, de verdad material¹³⁰, y no los formalistas que por razones históricas presiden e informan la concepción y el régimen del reconocimiento en nuestro sistema jurídico.

En consecuencia, el reconocimiento materno debe ser considerado sencillamente como una mera y directa *afirmación de un hecho cierto*, la maternidad, sin más, efectuado por la madre, que determina también directamente la filiación materna, de la misma forma (salvo diferencias puntuales) que la determina la inscripción en el Registro Civil por la declaración unida al parte o comprobación reglamentaria. Respecto del reconocimiento materno creo que huelgan las teorías del reconocimiento-

¹³⁰ Principios que ya aplica el Tribunal Supremo en los procesos de filiación: cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación», *Poder Judicial*, marzo de 1989, pp. 105 ss.

confesión, reconocimiento-admisión y demás formuladas para el paterno, aquí inocuas¹³¹; y, partiendo de ahí, las demás consecuencias del régimen jurídico correspondiente¹³².

b) Aunque no afecta tanto al reconocimiento materno como al paterno, quiero aludir (por su relación próxima con lo dicho) a esa anómala (en palabras suaves) suspensión de los efectos del reconocimiento paterno inscrito en el Registro por simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento del hijo reconocido (art. 124.2.º CC)¹³³. No puedo omitir dos sucintas apostillas: 1.º, me parece injustificada, sin fundamento suficiente esa suspensión de la eficacia del reconocimiento paterno por la mera voluntad de la madre: creo que es arbitrario dejar la determinación de la filiación paterna, que afecta al estado civil de las personas y tiene trascendencia pública, a la sola voluntad de la madre, sin más. 2.º, no me convence la razón invocada por algún prestigioso comentarista¹³⁴ de que, en general, ella conoce mejor que nadie quién pueda ser el padre (?), pues en este caso no se trata de que ella sepa o no quien lo es, aquí intrascendente: la Ley no lo subordina a que ello sea cierto (ni preocupa demasiado a nuestro legislador en materia de reconocimiento la verdad biológica) y porque la eficacia del reconocimiento en nuestro sistema jurídico no depende de que sea cierta la filiación reconocida y se corresponda con la realidad.

Veamos ya los supuestos de reconocimiento de filiación materna antes apuntados.

A) *Reconocimiento de la filiación materna por mujer no casada.*

En principio, no plantea este caso especiales problemas, y queda sometido a las reglas generales del reconocimiento formal. Sin embargo, es en orden a su interpretación y aplicación al reconocimiento materno donde puede haber alguna particularidad en atención a las observaciones recién hechas. Por ejemplo, habida cuenta de la certeza de la maternidad y de que su reconocimiento es, ante todo, declaración de un hecho cierto conocido y constatable (más que declaración de voluntad de querer constituir la relación jurídica de filiación), debe descargarse de voluntarismo la valoración de tal declaración de maternidad y todo este reconocimiento, y, salvo violencia o intimidación o error en la identificación del hijo (que no error en el querer, error vicio del consentimiento en sentido técni-

¹³¹ Véase la idea que tengo del reconocimiento en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, cit., t. IV-2.º, pp. 108 ss.

¹³² Al igual que es inútil la impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento; y debiera serlo la legal necesidad de requisitos complementarios, etc, de la misma forma que la impugnación de la maternidad (art. 139 CC) es diferente que la impugnación de la paternidad.

¹³³ Véase ampliamente en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al CC...* (EDERSA), cit., t. IV-3.º, pp. 228 ss.

¹³⁴ PEÑA, *op. loc cit.*, p. 230.

co), el reconocimiento será válido y eficaz. De otro lado, en mi opinión, cabe perfectamente el reconocimiento incidental de la maternidad, en cuanto comporta una afirmación de ese hecho, aunque no haya voluntad directa de reconocimiento-determinación de filiación, ni se haya otorgado en forma legal¹³⁵.

Aunque, visto el tenor de nuestra legalidad vigente, poco vale mi desacuerdo y crítica (*dura lex, sed lex*), ¿qué sentido tienen en orden a la determinación de la maternidad por reconocimiento de la madre los consentimientos, audiencias y aprobaciones judiciales del artículo 124 CC, salvo que se invoque que la mujer que reconoce y afirma ser madre no lo sea ciertamente por suposición de parto o error en la identidad del hijo? Esos consentimientos y aprobaciones, de discutida justificación y dudosa interpretación referidos a la paternidad, y sólo comprensibles en una concepción formalista del reconocimiento paterno, no tienen sentido alguno, en mi opinión, en relación con la maternidad y el principio *mater semper certa est*, de casi universal aceptación, y frente a cual tales requisitos complementarios apenas significan otra cosa que una innecesaria e incongruente infracción de dicho principio, amén de injusta.

B) Reconocimiento de la filiación no matrimonial por mujer casada.

Esta situación es problemática por razón de la presunción de paternidad que la Ley vincula al matrimonio, al nacimiento de mujer casada, lo que ha generado amplias discusiones en otros sistemas jurídicos próximos al nuestro¹³⁶. Hoy no hay en nuestro Ordenamiento las viejas dificultades (CC de 1889) derivadas de la prohibición del reconocimiento de la filiación ilegítima no natural; no obstante lo cual fueron habilitados ciertos mecanismos, que la LRC de 1957 propició, que permitieron aquellos reconocimientos vedados. En cuanto al Derecho vigente, la eficacia del reconocimiento de la filiación no matrimonial efectuado por mujer casada va a depender sustancialmente de que entre en juego o no la regla *pater is est* en relación con la situación registral del reconocido por la madre.

¹³⁵ No se me ocultan las razones que invoca PEÑA en contra de la admisibilidad del reconocimiento incidental, basadas en el término *otorgado* que en algún lugar emplea el legislador, y otras. Pero entiendo que estos argumentos ceñidos a la letra de la Ley y, en general, los eminentemente formales, deben ceder ante los de tipo racional, sociológico y finalístico, más vinculados a los principios y criterios informantes de una institución dentro de un sistema jurídico.

¹³⁶ Cfr., para el Derecho francés, P. RAYNAUD, «Volonté individuelle et filiation par le sang», *RTDC*, 1982-3, pp. 543 ss. En relación con el Derecho italiano, donde la cuestión del reconocimiento del hijo adulterino ha sido muy discutida antes de la reforma de la filiación de 1975, ha ocupado después a la doctrina: véase, junto a las obras generales (FINOCCHIARO, CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, MAJELLO, FERRANDO), los trabajos de ADAMI, «Il riconoscimento del figlio naturale da parte della donna coniugata», *Dir. Fam. e Pers.*, 1983, pp. 265 ss.; NAPPI, «Il riconoscimento di figlio naturale da parte di donna coniugata al tempo del concepimento», misma revista, 1982, pp. 682 ss. Para nuestro Ordenamiento, cfr. J. POZO VILCHES, *El reconocimiento del hijo no matrimonial de mujer casada*, Madrid (Trivium), 1993, con amplia información y jurisprudencia.

a) Si no rige la presunción de paternidad del artículo 116 CC, no hay problema si ha precedido separación legal, siquiera sea provisional, por más de trescientos días anteriores al nacimiento, a cuyo efecto bastará aportar certificación de la resolución judicial que la haya acordado. Si se trata de separación de hecho habrá que probarla igualmente, para lo cual es apto el expediente de inscripción fuera de plazo¹³⁷—expediente necesario también, en opinión de algunos, para el caso de separación legal—¹³⁸.

b) Cuando se trate de *reconocimiento materno de mujer casada de hijo ya inscrito del que consta en el Registro la paternidad de varón distinto al marido*, surge el problema de si es posible la inscripción de aquel reconocimiento directamente, o si es preciso que preceda la comprobación de que no rige en tal supuesto la presunción de paternidad marital. A ese respecto, y para hipótesis que examino, exigió tal comprobación la Circular mencionada¹³⁹. Cfr. también el artículo 185 RRC (redacción de 1986).

En este punto, y en cuanto a la argumentación de la Circular, se opuso enseguida Díez del Corral¹⁴⁰, alegando que no es decisiva la invocación de los preceptos que hace: «no hay contradicción entre la filiación paterna que proclama el Registro y la filiación materna que intenta acceder a él», dice. En tal caso —me permito añadir yo— el problema, si lo hubiera, sería

¹³⁷ En el caso que dio lugar a la Resolución de 30 de abril de 1994 la separación de hecho se probó ante el encargado del Registro por testimonio de siete vecinas de la madre que manifestaron conocerla y que vivía separada de su marido varios años antes del nacimiento de la hija que reconoció; en el mismo sentido, los informes de la Guardia Civil. Es notable la afirmación que hace esa Resolución respecto a que «esta comprobación de la no entrada en juego de la presunción de paternidad del marido de la madre ha de realizarse precisamente en un expediente *ad hoc*, como ha tenido ocasión de razonar la Circular de 2 de junio de 1981».

¹³⁸ A estos problemas atendía la Circular de la DGRN de 2 de junio de 1981 cuando decía que «a efectos de inscripción de filiación no matrimonial de mujer casada, habrá de comprobarse que no rige la presunción legal de paternidad del marido y que el hijo no se encuentra en la posesión de estado de hijo matrimonial». Si bien es razonable la primera exigencia, en particular cuando no haya inscripción previa de otra paternidad distinta de la del marido, resulta incongruente y gratuito exigir la comprobación de que el hijo no tiene posesión de estado de hijo matrimonial. En ningún lugar (Código ni LRC) aparece norma alguna que permita exigir tal dato para la eficacia e inscripción del reconocimiento materno, y no hay por qué acumular innecesarios y alegales requisitos formales a una institución ya demasiado gravada con los de esa clase. En ese mismo sentido se manifestaron enseguida cualificados expertos en la materia (DÍEZ DEL CORRAL, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS), que desautorizaron la Circular y estimaron que no ha lugar al comentado requisito, que luego ha dejado de exigir la DGRN a partir de la Resolución de 5 de enero de 1986.

¹³⁹ «Habrá de comprobarse en el expediente —dice la Circular— que no rige para el reconocimiento la presunción de paternidad del marido. En caso contrario, es decir, si resulta aplicable la presunción del artículo 116 CC, no podrá inscribirse la filiación materna, por la razón antes apuntada de que ello supondría enervar por vía inadecuada una presunción legal y porque no puede contradecirse el estado de filiación que prueba el Registro (art. 50 LRC y art. 113-II CC)».

¹⁴⁰ «La inscripción...», *loc. cit.*, p. 65. Cfr. también DE LA CÁMARA, *op. loc. cit.*, pp. 420 ss.; MARTÍNEZ SANCHÍZ, «Influencias del Derecho público sobre el Derecho de familia», RDNot., 1986, p. 43; y POZO VILCHES, *op. cit.*, pp. 96-97.

de paternidad: enfrentamiento de la no matrimonial inscrita antes y la matrimonial presunta derivada de la maternidad (que se pretende inscribir) de mujer casada; incompatibilidad que se traduciría en que «no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria» (art. 113.2.º CC). Pero, además, en nuestra hipótesis no hay tal incompatibilidad legal, ya que la hay sólo entre una filiación determinada (la matrimonial no inscrita) y una hipotéticamente presunta, de una presunción que no llega efectivamente a operar ni a determinar paternidad por no constar antes la maternidad de mujer casada (art. 115.1.º CC). Lo que en realidad ocurre es que no llega a entrar en juego la presunción del artículo 116 ni a surgir una paternidad marital legal por mor de la prohibición del 113.2.º: sólo impugnando previamente y dejando sin efecto la paternidad no matrimonial inscrita puede operar la regla del artículo 116 (cfr. R de 7 de enero de 1987, en el mismo sentido).

La maternidad, aquí como en otros casos, es ajena al juego de esas reglas formales, exclusivas de la paternidad. La maternidad es un hecho cierto y debe tener acceso al Registro y determinar filiación en cuanto reúna los requisitos legales para ello; y el reconocimiento es un medio idóneo para determinar también la filiación matrimonial (cfr. arts. 117, 118 y 119 CC). La cuestión de su calificación (matrimonial o no) es accesorio, adjetiva y posterior; la de la paternidad correspondiente es ajena, distinta, afecta a otro hecho derivado incluso jurídicamente (art. 116) de la maternidad, mas no anterior ni condicionante de ésta o de su determinación. Por tanto, no pueden ser los problemas de la paternidad los que impidan determinar la maternidad. Resuélvase en buena hora esos problemas, después y al margen de la maternidad, hecho seguro, distinto y autónomo respecto de aquélla (lo que no se da a la inversa), sin interferir la determinación del hecho previo.

Por todo esto no creo que deba exigirse, en este caso, para la eficacia del reconocimiento materno, la comprobación de que no opera la presunción de paternidad marital. Si nada lo veda ni hay otra paternidad incompatible, regirá esta presunción y determinará la paternidad del marido. Si hay otra paternidad anterior correctamente determinada (hipótesis que ahora me ocupa) no operará la regla del artículo 116 CC por incompatibilidad legal y real, hasta que quede invalidado el reconocimiento y la filiación no matrimonial anterior: explicación ésta que me parece la más razonable jurídicamente en ese marasmo de problemas formales (algunos inevitables, otros excesivos). En todo caso, la maternidad, legalmente determinada, debe tener acceso al Registro sin obstáculos ni por problemas que le son ajenos y posteriores: la maternidad es anterior, y sólo a partir de ella el hijo tiene una identidad y actúa la presunción de paternidad marital. Las incompatibilidades por mor de la paternidad y demás explicaciones jurídicas deben resolverse en este su terreno (y hay solución), que es un *posterius*, sin complicar innecesariamente el de la maternidad, que es un *a priori* indubitado de la paternidad (y más de la matrimonial).

En conclusión: entiendo que no debe exigirse la comprobación de que no rige la presunción de paternidad marital para la inscripción de la filiación materna no matrimonial del hijo de mujer casada, aunque sí para la del reconocimiento del progenitor distinto del marido. Cuestión esa poco clara en el artículo 185 RRC, que, al no distinguir, parece, por su confusa redacción, que aquella comprobación es requisito común para la inscripción de la filiación no matrimonial materna y de la paterna.

Esa misma confusión y tratamiento conjunto de la maternidad y de la paternidad aparece en no pocas Resoluciones, en que se dice que cuando sea de aplicación la presunción del artículo 116 CC la madre casada no puede reconocer a un hijo como no matrimonial y que debe figurar en el Registro la paternidad del marido (RR de 3 de abril y 25 de noviembre de 1987, 10 de mayo y 19 de septiembre de 1988, 10 de marzo y 14 de noviembre de 1989,...). En puridad, si el hijo no fue inscrito inicialmente como de mujer casada, ésta puede reconocerlo y hacer constar e inscribir su maternidad, sólo eso, sin prejuzgarla ni calificación alguna en principio y por el solo reconocimiento¹⁴¹.

2.2.4 DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD NO MATRIMONIAL EN EXPEDIENTE REGISTRAL

También aquí he de remitirme a las reglas pertinentes (art. 49.2.º LRC y 189 RRC y concordantes) y a su comentario en obras generales¹⁴², para abordar únicamente las cuestiones específicas que atañen a la maternidad. Destacaré sólo:

a) Del «escrito indubitado (...) de la madre en que expresamente reconozca la filiación» (art. 49.2.1.ª LRC), me parece evidente que no es preciso que comporte un reconocimiento de la filiación (materna) en el sentido técnico de esa figura, ni es exigible una «voluntad» de reconocer, sino sencillamente que deje constancia clara del hecho de la maternidad con cualquier expresión de la que ésta se deduzca objetivamente, de persona (el hijo) bien identificada. Si ya aludí a esa mera afirmación de maternidad, sin más, referida al reconocimiento formal, que determina directamente la filiación, me parece ello más seguro y viable en este caso, por tratarse de la maternidad y porque el escrito y tal afirmación son sólo presupuestos básicos del expediente y de la resolución que recaiga. Por lo

¹⁴¹ Luego vendrá si es matrimonial o no esa maternidad: si entra en juego la presunción del artículo 116 será padre el marido y matrimonial la maternidad; si no es aplicable dicha regla será no matrimonial y posible el reconocimiento por varón distinto del marido; y si vigente esta última regla, sólo podrá quedar determinada la paternidad de dicho tercero una vez impugnada con éxito la paternidad del marido (sea por declaración judicial tras el ejercicio de la acción del art. 134 CC, sea por reconocimiento voluntario si se ejercitó la acción de impugnación de paternidad matrimonial de los art. 136 y 137).

¹⁴² Véase ampliamente en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 890 ss.; y *Comentario del CC...*, cit., t. IV-3.º, pp. 256 ss.

demás, basta con documento privado, sea *ad hoc* o de otra clase en que incidentalmente se aluda a tal hecho en aquellos términos.

b) En cuanto a la «posesión continua del estado de hijo natural (...) de la madre,...» (art. 49.2.2.^a), cabe aplicar en principio la misma idea de posesión de estado que ha elaborado la jurisprudencia para la determinación judicial, en general, cada día con menor carga voluntarista (reminiscencia de la confusión de otrora con el reconocimiento tácito) ya iniciada antes de la reforma de 1981, y confirmada por jurisprudencia posterior (cfr. sentencias de 19 de noviembre de 1985, 5 de noviembre de 1987, 10 y 17 de marzo de 1988, 8 de julio de 1991, 14 de noviembre de 1992, 2 de marzo de 1994,...). La referencia a «hijo natural» ha de entenderse hoy equivalente a no matrimonial, sin discriminación ni distinción (salvo la del art. 125, cuando proceda).

c) «Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo» (art. 49.2.º.3.^a LRC). Los dos hechos, parto e identidad del hijo, pueden y deben ser probados por cualquier medio de los admitidos en Derecho, sin limitación alguna (incluidas las pruebas biológicas) en los términos en que operan en este expediente registral (cfr. arts. 351 y concordantes RRC). Esta prueba de la maternidad, definida por los dos datos a que alude el precepto, va más allá de la comprobación reglamentaria del artículo 44 LRC y 168 RRC, pues se trata de una prueba formal, a la que, aun hecha fuera del proceso judicial, son aplicables las normas correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y habrá de ser apreciada, según tales criterios, por el encargado del Registro, en el contexto e inteligencia que vengo proponiendo para la maternidad (que no coincide con la de la filiación paterna).

d) Creo aplicable a este expediente y medio de determinación de la filiación lo dicho en el apartado anterior para el reconocimiento materno cuando se trate de madre casada: maternidad que debe ser considerada *per se*, autónoma, y anterior a la paternidad. Por ello, disiento de la autorizada opinión —si no he entendido mal— de Peña¹⁴³, que dice que «si la madre es casada, háyase o no inscrito ya el nacimiento, háyase o no inscrito la filiación materna, debe resultar del expediente que no se da (contra lo que es normal: art. 69 CC) la presunción de paternidad del marido». Pienso que ello sólo es correcto en cuanto a la determinación de la paternidad de varón distinto al marido tras la previa inscripción de la maternidad de mujer casada; inscripción de esa paternidad que únicamente es posible si no opera la regla *pater is est* o se ha impugnado con éxito la paternidad marital. Creo, en cambio, que no procede aplicar el mismo razonamiento cuando se trata de determinar la maternidad, cuya autonomía y carácter *a priori* respecto de la paternidad permite que pueda quedar

¹⁴³ De nuevo PEÑA, *Comentario a las reformas...*, cit., p. 896; y *Comentario del CC*, cit., t. IV-3.º, p. 271.

determinada una vez resulte probada por el mecanismo correspondiente (aquí, en el expediente registral) con independencia de las reglas aplicables a la paternidad (ahora, operancia o no de la presunción de paternidad marital), según argumenté en su momento. Para Peña esto se daría sólo cuando ha precedido la inscripción de la paternidad no matrimonial de tercero¹⁴⁴. Yo entiendo que, en cuanto a la maternidad, no ha lugar a distinguir casos y situaciones, por las razones dichas.

e) Una última observación: suscribo los reparos que suscita a Peña¹⁴⁵ el hecho de que, habiendo igual certeza sobre la maternidad, sea matrimonial o no, no se dé igual facilidad de inscripción para la no matrimonial determinada en este expediente –en el que cabe la eventual oposición de parte o del Ministerio Fiscal (que enerva esta vía y remite al procedimiento ordinario)– que para la matrimonial, la cual puede ser inscrita con más facilidad en virtud de expediente ordinario de inscripción de nacimiento fuera de plazo, sin los trámites más complicados y obstáculos como el recién aludido. Ese distinto trato y régimen parece a Peña «contrario al principio de no discriminación contenido en el artículo 14 CE tal como ha sido interpretado (en materia de acción de reclamación) por la STC de 20 diciembre 1982, y al principio imperante en las legislaciones modernas *mater semper certa est*».

Comparto, en efecto, el mismo temor de que ello sea trato discriminatorio e inconstitucional (amén de injusto), pues si bien no lo es en materia de paternidad –cuyo régimen diferente de determinación según sea matrimonial o no obedece a la distinta realidad subyacente y por ello está justificado y no es discriminatorio–, tratándose de la maternidad la realidad prejurídica es idéntica y las facilidades o dificultades para su demostración fáctica y para su determinación jurídica son iguales en matrimonio o fuera de él, por lo que un diferente régimen de determinación legal de la maternidad –y este caso no es el único, como vengo denunciando– supone una injustificada discriminación y trato desigual a situaciones reales iguales, lo que constituye, ciertamente, infracción del principio constitucional de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento del artículo 14 CE.

¿Qué solución cabe para superar tal obstáculo? En este caso concreto, más que suprimir el procedimiento de determinación y el artículo 49.3 LRC parecería indicado suprimir la posibilidad de oposición de parte o del Fiscal y cualquier otro trámite u obstáculo especial que dificulten más la determinación de la maternidad no matrimonial que la matrimonial, interpretando las normas discriminatorias (ésta y otras), de forma que dejen de serlo para la no matrimonial, mientras estén formalmente vigentes; en algún caso, dejar de aplicarlas, sencillamente, por ya derogadas por la Constitución. Esa es la línea que vengo manteniendo a lo largo de

¹⁴⁴ *Comentario a las reformas...*, p. 897; y *Comentario del CC*, cit., pp. 272-273.

¹⁴⁵ Obra y lugar últ. cit., p. 263.

este trabajo, lo que con frecuencia me aparta de la doctrina mayoritaria. Por ello me permito concluir, por lo que ahora interesa, que la mejor solución sería una modificación profunda del régimen de determinación de la filiación materna, que hoy es, por el incomprensible mantenimiento de la legislación del Registro Civil de 1957/1958, formalmente incongruente, anacrónica socialmente y en no pocos puntos inconstitucional, amén de injusta para ciertas madres y algunos hijos.

V. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN MATERNA. PRINCIPALES PROBLEMAS

1. EN GENERAL

Los artículos 115.2 y 120.3 CC establecen que la filiación matrimonial y la no matrimonial, respectivamente, «quedará determinada legalmente (...) por sentencia firme»; lo que alcanza por igual a la filiación paterna y a la materna. La sentencia que determina esa filiación puede producirse, en términos generales, tanto en proceso civil como en el penal; y si bien es perfectamente posible que una sentencia penal declare la paternidad (cfr. art. 193 CP, LO de 8 de noviembre de 1995; y art. 111 CC), resulta ser menos probable y frecuente en cuanto a la maternidad (verosíblemente, como pronunciamiento accesorio en condena por delito de suposición de parto o de alteración de maternidad o de estado civil: artículos 220 y 221 CP)¹⁴⁶.

Esa declaración de maternidad es más frecuente y natural por medio de sentencia civil, la cuál requiere un proceso judicial, y éste el ejercicio de una acción a instancia de parte legitimada. La determinación judicial de filiación materna puede tener lugar tanto en forma positiva, si la sentencia declara una filiación que antes no existía legalmente, o la que constaba era inexacta y es sustituida por la verdadera (*acción de reclamación de filiación*: sea de simple reclamación, sea una acción de reclamación que lleva asociada la de impugnación de la filiación inexacta anterior, por

¹⁴⁶ ¿Es posible, en técnica procesal, que en una sentencia penal condenatoria por esos delitos, una vez declarados probados el hecho del parto de cierta mujer y la identidad del hijo, se declare la maternidad correspondiente? Aunque para este delito no hay una previsión legal en ese sentido como la del artículo 193 del Código Penal (de 1995), no veo ningún inconveniente en ello. No se trata de la aplicación analógica a los delitos del artículo 220 CP de la regla del 193 (y no sería aplicación analógica de norma penal, sino de norma civil), sino en razón de que la declaración de la maternidad es cuestión de estado civil e indisponible (la sentencia de 24 de febrero de 1977 ya dijo, para la declaración de paternidad en relación con delito sexual, que se impone en beneficio de la prole y es derecho ajeno a la mujer, allí la ofendida) (cfr., más ampliamente, mi colaboración en los *Elementos de Derecho Civil* de LACRUZ y otros, t. IV-2.º, pp. 128-129). Aun cabría aducir otra razón: la de economía procesal, pues de no pronunciar el Tribunal penal la maternidad que ante él ha quedado probada fácticamente, o se queda el hijo sin maternidad, o se le obliga a ir a un proceso civil de reclamación de filiación.

contradictoria); cuanto en vía negativa, si la sentencia declara inexacta la anterior filiación legal, que deja sin efecto: ello requiere el ejercicio de una acción de *impugnación de filiación*. Unas y otras acciones, entendidas en sentido amplio, no deben ser confundidas con las meramente declarativas: entre éstas, unas, de la existencia y validez de un título de determinación de la filiación (reconocimiento, resolución en expediente registral); otras declarativas de la inexistencia o invalidez de un título de determinación de una filiación formalmente existente (de un reconocimiento, por ejemplo).

2. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN MATERNA POR EJERCICIO DE UNA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN

Regulada en los artículos 132 y 133 CC cuando no hay posesión de estado de la filiación reclamada, y, en el artículo 131 (supuesto de filiación manifestada por la constante posesión de estado), como el régimen es común en este caso y muy semejante en aquéllos, con problemática idéntica, abordaré conjuntamente la reclamación de filiación matrimonial y no matrimonial, limitándome a las particularidades relativas a la maternidad y cuestiones más conflictivas.

2.1 Hipótesis posibles de reclamación de filiación materna

A diferencia de la paternidad, que permite distinguir supuestos distintos de reclamación (con diferentes problemas y soluciones) según sea matrimonial o no (y en la primera, según el momento del nacimiento), respecto de la maternidad son menos las hipótesis posibles porque sus problemas son prácticamente idénticos sea matrimonial o no y ocurra en un momento u otro. En todo caso cabe prever estas hipótesis:

a) No constancia de filiación alguna inscrita, bien porque el hijo no se halla inscrito en absoluto en el Registro, o porque se halla inscrito su nacimiento sin designación de maternidad: tal puede ocurrir cuando hubo abandono inicial del hijo u ocultación de su nacimiento.

b) Inscripción de nacimiento del hijo con constancia de la filiación paterna, pero no de la materna.

c) Constancia registral de filiación materna errónea, que no se corresponde con la verdadera pretendida o reclamada (sea por mero error material, o en caso de entrega del hijo a tercero, con suposición de parto). Como no cabe la existencia de dos filiaciones legalmente determinadas referidas a la misma persona es preciso impugnar la existente (errónea) incompatible con la pretendida, sea en el mismo proceso (caso más frecuente y normal: art. 134 CC), o previamente a la determinación de la nueva filiación (vía casi limitada al supuesto en que prefiera determinar-

se la filiación pretendida de forma extrajudicial, caso distinto del que ahora me ocupa)¹⁴⁷.

Hay otras hipótesis de maternidad deficiente o errónea que pueden resolverse (y quedar determinada legalmente una correcta maternidad) por mera *rectificación del asiento registral*, sea en expediente gubernativo (arts. 93 y 94 LRC), en cuyo caso no ha lugar a proceso ni sentencia que determine filiación, o por rectificación de la inscripción en juicio ordinario (art. 92 LRC y R de 19 de diciembre de 1986), que aunque termina por sentencia (ordena, sencillamente, la subsanación del error padecido al extender el asiento que afecte a maternidad), no se puede equiparar a la dictada en proceso iniciado por acción de reclamación de filiación (que determina directamente la filiación materna).

2.2 Legitimación activa

El legislador de 1981 distingue a este respecto según haya o no posesión de estado de la filiación reclamada, concediendo muy amplia (excesiva en mi opinión) legitimación en el primer caso, a «cualquier persona con interés legítimo» (art. 131), y una legitimación más limitada cuando no hay aquella posesión de estado, diferente para la filiación matrimonial («corresponde al padre, a la madre y al hijo»: art. 132.1) y para la no matrimonial («corresponde al hijo durante toda su vida»: 133.1 CC). Cuando no hay posesión de estado, y en ambos casos, están legitimados también los herederos en los términos que dicen los artículos 132.2 y 133.2, con idéntica redacción.

No abordaré estas cuestiones en tanto que generales, por lo que me remito a mi opinión y crítica vertidas en otros lugares¹⁴⁸ y a otras más autorizadas, y centraré mi atención en el trato diferente que hay entre la filiación matrimonial y no matrimonial, pues si en la primera están legitimados, cuando no hay posesión de estado (supuesto más frecuente), el padre, la madre y el hijo –parecen las personas adecuadas para reclamarla: nada que objetar, en principio–, en el caso de la no matrimonial y si no hay posesión de estado está legitimado únicamente el hijo. Ello quiere decir que la madre no matrimonial no tiene legitimación *proprio nomine* para reclamar judicialmente que sea declarada su propia maternidad respecto del hijo que ella alumbró cuando por el motivo que sea (y muchos pueden ser fáctica, jurídica y humanamente) no figura inscrita en el

¹⁴⁷ No son acciones de reclamación de filiación *stricto sensu* la acción declarativa de la existencia y validez de un título de determinación de la filiación (inscripción, reconocimiento, etc.); ni las relativas a la identidad de la persona cuya filiación ya está determinada; ni la que pretende un pronunciamiento judicial relativo a la inscripción de la filiación que anteriormente fue denegada, y alguna otra (cfr. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas...*, cit., pp. 967-968).

¹⁴⁸ Por lo que a mi respecta, véase cuanto digo en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, cit., t. IV-2.º, pp. 84 ss., y «La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación», *loc. cit.*, pp. 105 ss.

Registro o no está determinada de otro modo. Es evidente el trato legal discriminatorio de esa madre, que por serlo extramatrimonial carece (legalmente) de acción de reclamación de su maternidad, acción que tiene, en cambio, la madre matrimonial. Ese trato diferente perjudica a la madre no matrimonial (e indirectamente al hijo) sin motivo razonable suficiente y supone una grave discriminación en el sentido que contempla y prohíbe nuestra Constitución, artículo 14, en términos tan claros que no necesitan de mayor comentario.

A esa calificación y motivo cabe añadir otros serios problemas de constitucionalidad y de racionalidad con idéntico peso. Porque me parece no razonable que la persona más directamente afectada por una relación jurídica de la trascendencia de la filiación, como es la madre, carezca de acción para reclamar judicialmente su maternidad cuando no se halla establecida legalmente y, en algunos casos, no puede dejarla determinada eficazmente de otra forma¹⁴⁹. Ello es menos comprensible cuando para el mismo hecho (maternidad) con otra calificación (simplemente otra calificación) se concede a esa misma mujer una acción imprescriptible y no sujeta a caducidad si está casada.

La cuestión podría quedar en esa sola incoherencia dentro de un sistema jurídico si ello no contradijera también el principio constitucional del artículo 39.2 de nuestra Carta Magna: «la ley posibilitará la investigación de la paternidad»; expresión que, no obstante la sola alusión a paternidad, es entendida unánimemente como signifiante del principio de libre investigación de la verdadera filiación, del principio de veracidad (mejor expresado en el art. 127.1 CC); precepto este último con el que tampoco es congruente el artículo 133.1. Porque aunque el principio de veracidad no opera en nuestro sistema jurídico con rigor absoluto, por lo menos en el ámbito judicial parece claramente definido en la Constitución y en el artículo 127 CC el principio de libre investigación y búsqueda judicial de la verdadera filiación, lo cual debe comenzar por permitir a los directamente interesados el acceso a demostrar en un proceso aquella verdadera filiación. El principio del artículo 39.2 CE y del 127 CC queda reducido a muy poco si aunque se permita investigar la filiación con toda clase de pruebas se cierra la puerta a las personas más interesadas en demostrarlo por directamente implicadas en la relación jurídica. El principio de la libre investigación de la verdadera filiación comienza por la concesión de una amplia legitimación para accionar judicialmente con dicha finalidad: las posibles excepciones deben estar muy justificadas, lo que no ocurre en la situación y persona a que me refiero ahora.

Creo que también queda vulnerado el artículo 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de derechos e intereses legítimos)

¹⁴⁹ Sobre el sentido y alcance de la legitimación en esta materia, cfr. STS de 19 de enero de 1990.

cuando se niega a la madre legitimación propia para reclamar filiación no matrimonial respecto de un hijo al que ha intentado reconocer (o formalmente reconocido) y queda ineficaz su reconocimiento porque no es consentido o aprobado en los términos de los artículos 123 y 124 CC, y no determinada legalmente su maternidad, ni determinable ya acudiendo a los Tribunales¹⁵⁰. Eso es, en mi opinión, inconstitucional¹⁵¹, y pienso que podría prosperar un recurso de amparo contra el artículo 133.1 CC por esa causa. Felizmente, en la praxis procesal no ha ocurrido así gracias a la interpretación benévola y razonamiento de nuestros Tribunales y jurisprudencia, que en la STS de 21 de abril de 1988 cita el artículo 24.1 CE para justificar la legitimación que ahora comento.

Algún autor ha justificado la negación de esta acción a los progenitores en el previo incumplimiento por éstos del deber de dar nombre y asistencia o amparo al hijo, por lo que le parece que en tal caso no merece el progenitor el conservar la facultad de reclamar judicialmente la paternidad o maternidad¹⁵². Argumento insuficiente, además de inexacto, pues quizá no siempre hayan dejado de cumplir aquellos deberes, o puede ocurrir esto al margen de su voluntad (hay casos y realidades vivenciales muy variadas en este ámbito). En todo caso, la concesión o denegación de una acción judicial no depende de la mayor o menor altura ética o social del titular de un derecho, ni se deja, en general, la determinación de la filiación al trato y relación anterior del progenitor con el hijo (salvo cuando haya posesión de estado): ¿por qué se concede acción de reclamación sin limitación causal ni temporal alguna a los progenitores matri-

¹⁵⁰ Creo que esa negación de legitimación *proprio nomine* a la madre no matrimonial constituye una grave inconsecuencia añadida a una harto discutible organización de la determinación extrajudicial de la filiación; lo que no se da en otros Ordenamientos —alemán y suizo, fuera de nuestras fronteras; Ley catalana de Filiación (art. 11.3), aquí—, en los cuales, aunque se exija a veces ciertos consentimientos, se permite, al menos, que cuando son denegados pueda el reconecedor frustrado acudir ante los Tribunales para establecer su paternidad/maternidad.

¹⁵¹ Con lo que disiento del parecer de PEÑA (*Comentario al CC...*, cit., t. IV-3.º, p. 220, nota 44), para quien, tras reconocer que el Tribunal Supremo ha concedido legitimación al progenitor más allá de lo que expresan los artículos 131 y 133 CC, añade que, salvo en el caso de que «haya habido culpa por parte del progenitor en la omisión del reconocimiento», «es perfectamente explicable la drástica negativa de la Ley española a conceder al progenitor acción para reclamar la paternidad y no puede haber en ello tacha de inconstitucionalidad: el artículo 24 de la CE concede el derecho a la tutela judicial sólo cuando se trata de intereses legítimos (y lo que ocurre es que de la Ley resulta que el interés del padre en esa acción ha dejado justificadamente de ser legítimo); el artículo 39 CE obliga a que la Ley posibilite la investigación de la paternidad (pero no a petición de cualquier persona y cualquiera que sea el tiempo transcurrido)».

No comparto, en efecto, esa opinión: ¿de dónde sale esa conclusión de que «de la Ley resulta que el interés del padre en esa acción ha dejado justificadamente(?) de ser legítimo»?; ¿es la madre «cualquier persona» en el sentido de la última frase de PEÑA? Obsérvese que el Tribunal Supremo no ha hecho tales precisiones ni distinciones, e invoca, en cambio (S de 21 de abril de 1988), el artículo 24 CE para justificar una legitimación que niega el artículo 133 CC.

¹⁵² Cfr. F. LLEDÓ YAGÜE, *Acciones de filiación*, Madrid, 1987, pp. 126 ss., y A. OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España*, Granada, 1993, p. 262, quienes aceptan la restricción de legitimación del artículo 133 con esas o parecidas razones.

moniales que quizá también incumplieron, menos justificadamente, idénticos deberes?¹⁵³.

Sensible a las razones apuntadas, nuestro Tribunal Supremo ha optado por una interpretación correctora e integradora del artículo 133.1 CC (o sistemática, en relación con otras normas legales y constitucionales), y desde hace unos diez años está afirmando (con frecuente apelación a los arts. 24.1 y 39.2 CE) que no se puede negar, por excesivo formalismo o limitación legal, legitimación para reclamar la filiación correspondiente al progenitor no matrimonial que pueda probar su paternidad/maternidad. Véanse sentencias de 21 de abril de 1988, 30 de junio y 10 de marzo de 1988, 22 de marzo de 1988, 19 de enero y 2 de febrero de 1990, 8 de julio de 1991¹⁵⁴, etc.; y mantiene la misma filosofía e interpretación, si bien referidas a la acción de reclamación-impugnación del artículo 134 en relación con el 133, las Sentencia de 5 de noviembre de 1987, 23 de febrero de 1990, 20 de diciembre de 1991, 29 de abril de 1994 y 24 de junio de 1996, entre otras.

2.3 Legitimación pasiva

Ignorada esta cuestión por nuestro Código¹⁵⁵, debemos intentar resolverla por lo importante que es el convocar al proceso a las personas legitimadas, ya que ello afecta no sólo a la válida constitución de la relación jurídica procesal sino al fondo del asunto (*sic*, STS de 22 de julio de 1991 y 14 de mayo de 1992). En este punto hay que distinguir según sea filiación materna matrimonial o no matrimonial la reclamada.

A) *Filiación matrimonial*

En este caso deben ser demandados todos aquellos a quienes afecte la filiación reclamada y no sean parte actora, si están o pueden ser identifi-

¹⁵³ Como inexacto me parece también el argumento, invocado otras veces, de que los progenitores tienen a su disposición otras formas de determinación de esa filiación (el reconocimiento y el expediente registral) más fáciles y especialmente aptos para su caso: pues, amén de otras consideraciones sobre la opción más indicada entre varias legales para ejercitar un derecho (la judicial tiene aquí la ventaja añadida de que determina la filiación definitivamente, por el valor de la cosa juzgada), hay casos en que el reconocimiento puede estar abocado a ineficacia (y no determinación de la filiación) si no se obtiene ciertos consentimientos o aprobaciones judiciales, con lo que, denegada aquella acción a los progenitores, se les condena *ex lege* a no poder establecer la relación jurídica de filiación.

¹⁵⁴ «Si a la madre no casada se le negase el derecho a que se reconozca la paternidad de un hijo *por motivos de extremado formalismo*, se quebrantaría el artículo 24.1 CE», dice la sentencia de 21 de abril de 1988; y, superando tal «formalismo» (la omisión de la madre entre los legitimados *ex art.* 131 CC), concluye que esa madre se halla legitimada para reclamar la filiación, apelando a los principios generales del Derecho, a los artículos 1.4 CC y 53.3 CE. (Hablan también de la necesidad de superación del formalismo que todavía impregna la institución de la filiación en nuestro sistema jurídico las sentencias de 7 de febrero de 1986, 12 de noviembre de 1987 y 14 de julio de 1988). Sobre esa y alguna de las otras sentencias citadas en el texto, véase mi trabajo «La tensión formalismo-realismo...», *loc. cit.*, pp. 105 ss.

¹⁵⁵ No ocurre lo mismo en la Ley catalana de Filiación de 1991, cuyo artículo 15 es del siguiente tenor: «En todo proceso de filiación deben ser demandadas las personas cuya paternidad o maternidad esté legalmente determinada y que no intervengan en el proceso en otra calidad. En caso de que hayan muerto, la acción debe dirigirse contra sus herederos». Cfr. también ley 71, párrafo final, Fuero Nuevo navarro.

cados (aquí prácticamente siempre por razón del matrimonio): así, la madre y/o el hijo (según quien accione) como protagonistas directos de la relación de filiación. También el marido debe estar presente en este proceso cuando se reclame maternidad, en razón de la indivisibilidad de la filiación matrimonial, y de que la maternidad de mujer casada (y reclamada en tal calidad) desencadena la presunción del artículo 116 y va a convertir automáticamente a ese marido en padre del hijo en cuestión.

B) *Filiación no matrimonial*

Aquí debe ser demandada siempre la persona respecto de la que se pretenda la declaración de maternidad: si demanda la madre debe ser convocado al proceso el hijo, y si acciona éste, demandada aquélla. Pienso que no ha lugar a demandar al padre¹⁵⁶ porque la filiación no matrimonial es divisible y la reclamación de maternidad no determina paternidad alguna ni condiciona *a priori* quien sea padre, por lo que no afecta la sentencia sobre maternidad a este último, al menos directamente. Sólo en cuanto la maternidad contribuye a la identificación del hijo pudiera afectar indirectamente a una paternidad previamente determinada; mas el posible conflicto debe resolverse, según pienso, en el ámbito de la identidad del hijo respecto del padre y como tal hecho, pero no en cuanto maternidad, cuya determinación es independiente de la paternidad no matrimonial.

Por esta razón (divisibilidad de la filiación no matrimonial, independencia de paternidad y maternidad de esa clase) creo que no está legitimado para reclamar maternidad no matrimonial el padre ya determinado. Mas si con la actual (poco probable) o con otra legalidad se le concediera legitimación activa, cuando él reclame la declaración de maternidad deberán ser demandados el hijo y la madre, que son las dos personas a quienes une esa relación. Cuando el padre accione en nombre y representación del hijo, como actor es el hijo, demandada única será la madre.

Demandado también, en esta filiación como en la matrimonial, será siempre el Ministerio Fiscal, como en todo proceso de filiación (art. 3.6 Estatuto Ministerio Fiscal de 1981, art. 50 LRC; cfr. S. de 3 de marzo de 1988)¹⁵⁷, cuestión pacífica que no requiere mayor atención.

2.4 Elementos objetivos de la acción de reclamación de filiación materna

El objeto de este proceso es la declaración judicial de la filiación materna: incumbe, pues, al actor la prueba cumplida y concluyente de la

¹⁵⁶ En ese sentido la S. A.P. Badajoz 21 de septiembre de 1992 (citada en ALBACAR-MARTÍN GRANIZO, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. I, p. 1435), la única que conozco sobre esta cuestión.

¹⁵⁷ Sobre aspectos procesales de la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso de filiación, su incorporación posterior al mismo si no fue convocado en el primer momento, y demás, véanse las sentencias de 3 de febrero de 1988, 21 de diciembre de 1989, 6 de febrero de 1991 (cfr. mi comentario a la misma en *CCJC*, enero-marzo 1991, pp. 254 ss.) y 17 de junio de 1992.

maternidad, no tanto porque en la determinación judicial de la filiación nuestro Código se rige por el principio de veracidad, sino porque la maternidad es un hecho constatable y su determinación legal no se halla sujeta a los criterios formalistas de la paternidad. Procede, pues, en nuestro caso, sencillamente la demostración o prueba de la maternidad verdadera, con toda clase de pruebas.

La prueba de la maternidad, suele decirse, no plantea graves problemas, en principio: el actor deberá probar el hecho del parto (de la mujer demandada como madre o, en su caso, demandante) y la identidad del hijo, su coincidencia con el dado a luz por esa madre (cfr. art. 139 CC, para la impugnación). De esos dos hechos es de más fácil prueba el primero (hecho perceptible, circunscrito cronológicamente en un breve espacio de tiempo, del que suele quedar hoy constancia). En cambio, la prueba directa de la identidad del hijo es más difícil en cuanto que presupone el conocimiento o prueba de que los datos personales y registrales del que pretende ser hijo de la demandada coinciden con los atribuidos al hijo de la tenida por madre o, en defecto de datos registrales, presupone el conocimiento directo, preciso e ininterrumpido del desarrollo físico del presunto hijo desde su nacimiento. En última instancia se trata de una simple cuestión de prueba, casi siempre directa, de un elemento fáctico, que se puede hacer con cualquier medio probatorio (con independencia de su dificultad). En este ámbito y proceso, como en otros de filiación, las pruebas más eficaces y seguras son las biológicas, que tienen aquí ya pocas particularidades¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Una prueba biológica de maternidad —dice el prof. A. CARRACEDO ÁLVAREZ, destacado especialista en la materia, a cuya amabilidad debo el poder incluir esta nota— no difiere hoy sustancialmente de una prueba biológica de paternidad. Lo ideal para su práctica es que exista un padre indubitado (como ocurre en la prueba de la paternidad partiendo de una madre indubitada), pero actualmente no es siquiera necesario, y puede realizarse una investigación biológica de la maternidad directamente entre madre e hijo. Para estas pruebas se utiliza en la actualidad polimorfismos del *ADN nuclear*, fundamentalmente los llamados microsátélites (o STRs) y minisátélites; son partes del ADN que varían enormemente entre las personas y tienen una herencia muy sencilla. Por ejemplo, para el STR D21S11 (nombre del fragmento de ADN donde está), una madre puede ser 136-189 y el supuesto hijo 136-175. En este caso el presunto hijo posee un alelo (136) presente en la madre. Como la frecuencia de estos alelos en la población es muy baja, cabe atribuirle bastantes probabilidades de maternidad en ese caso. En la práctica doce de estos marcadores son habitualmente suficientes para conseguir probabilidades de maternidad o paternidad (incluso sin la otra parte de la pareja progenitora, o a partir de restos óseos o líquido amniótico) superiores al 99,99 por 100 en caso de maternidad o paternidad positiva; en caso de exclusión la seguridad es igualmente muy elevada (probabilidades de error de una billonésima o inferiores).

Existe también la posibilidad de realizar investigaciones de la maternidad utilizando *ADN mitocondrial*. Es una parte del ADN humano no presente en el núcleo de las células y que se hereda de madres a hijos; esto es, tenemos el mismo ADN mitocondrial que nuestra madre, abuela, hermanos, pero distinto que nuestro padre o abuelo. El ADN mitocondrial es útil en restos óseos de mucha antigüedad, cuando falla el ADN nuclear, pues es más probable que resulte positivo su análisis en muestras muy envejecidas (se ha aplicado, caso más conocido, en la identificación de los restos óseos de una tumba como pertenecientes a la familia de los zares de Rusia a partir de descendientes siguiendo la línea materna de herencia).

2.5 No necesidad de requisitos complementarios (consentimientos, aprobación judicial)

Planteo así la cuestión porque algún autor sugiere que cuando se trate de la determinación judicial de la filiación no matrimonial no puede eludirse la exigencia del consentimiento del hijo o de otras personas a que aluden los artículos 123-126 CC para el reconocimiento, como medio de protección del interés del hijo¹⁵⁹. No comparto esa tesis, al menos en esos términos generales (por la excepción que diré), no sólo porque nada exige al respecto el Código en su regulación de la acción de reclamación ni hay razón para pensar en una implícita remisión a los artículos citados, sino porque el régimen de las acciones de filiación es ajeno al formalismo y voluntarismo que preside la determinación extrajudicial de la misma por las razones conocidas. Y ello se da con más claridad cuando se trata de maternidad.

En los procesos de reclamación o impugnación de filiación se investiga la paternidad/maternidad verdadera según criterios de verdad biológica (art. 127.1 CC), con toda clase de pruebas y bajo el control judicial; lejos de la incerteza y falta de control sobre la verdadera filiación que se da en el reconocimiento voluntario o en el expediente registral. En el proceso de reclamación de filiación se atiende sólo a la prueba o no prueba de la paternidad o de la maternidad, que el Juez busca siguiendo criterios de verdad real¹⁶⁰ y pronuncia de acuerdo con las reglas procesales pertinentes y con total independencia de lo que consientan o no el hijo o el otro progenitor, y de que la filiación demostrada convenga al hijo o deje de convenirle. Ésa es también la posición del Tribunal Supremo, que en ninguna ocasión (que yo conozca) ha exigido o tomado en consideración

Como bibliografía específica relativa a investigación biológica de maternidad, véase ROBERTS-PAPIHA-BHATTACHARYA, «A case of disputed maternity», *The Lancet*, 29 agosto 1987, pp. 478 ss.; JEFFREYS-WILSON-THEIN, «Individual specific fingerprints of human DNA», *Nature*, 1985-316, pp. 76-79; JEFFREYS-BROOKFIELD-SEMEONOFF, «Positive identification of an immigration test case using human DNA fingerprints», *Nature*, 1985-317, pp. 818-819.

Bibliografía general sobre pruebas biológicas en la investigación de la filiación: HUGUET-CARRACEDO-GENE (coord.), *Introducción a la investigación biológica de la paternidad*, Barcelona, 1988 (contiene numerosos trabajos de varios colaboradores); CARRACEDO-BARROS (coord.), *Problemas bioestadísticos en Genética forense*, Santiago de Compostela, 1996; CARRACEDO-BRINKMANN-BÄR (coord.), *Advances in Forensic Haemogenetics*, Berlin-Heidelberg (Springer-Verlag), 1996; A. CARRACEDO, «Genética forense: Aspectos éticos y jurídicos del uso de la prueba del ADN en problemas médico-legales», en J. GAFO (ed.), *Consejo genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas*, pp. 110 ss. (con amplias referencias bibliográficas y técnicas).

¹⁵⁹ En ese sentido, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas...* (EDERSA), cit., p. 973.

¹⁶⁰ La sentencia de 21 de mayo de 1988 habla del «alcance de la verdad real en orden al reconocimiento de la paternidad» y de «obtener pruebas a fin del logro de la verdad real que siempre debe perseguir todo debate judicial, y concretamente las relaciones de paternidad». Y la sentencia de 3 de diciembre de 1988 dice que «en estos procesos (de filiación) se sigue un cierto principio inquisitivo...» (frente a otros principios formales del proceso civil). Cfr. también la STC 7/1994, de 17 de enero (FJ 6.º).

los requisitos complementarios a que ahora me refiero para sus pronunciamientos de maternidad (ni para la paternidad) en los procesos de que ha conocido.

Caso distinto es el del artículo 125 CC, cuyos términos son más claros y enérgicos formalmente y cuya finalidad protectora del interés del hijo queda explicitada y es más comprensible. Su ubicación entre las normas del reconocimiento¹⁶¹ no parece que deba ser razón decisiva para limitar su alcance a la determinación de la filiación incestuosa por reconocimiento. Por ello y, sobre todo, por su *ratio legis*, estimo aplicable el artículo 125 a la determinación judicial de la filiación no matrimonial, lo que llevado a nuestro caso (reclamación de la filiación materna) significará que el tribunal que conoce de ese asunto cuando esté determinada previamente la paternidad no matrimonial y este progenitor y la presunta madre fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, deba considerar dicho tribunal si conviene al hijo la declaración de la pretendida maternidad, y sólo declararla si lo estima conveniente para el hijo, aun probada la filiación materna.

2.6 Inexistencia de otra filiación contradictoria

El artículo 113.2 CC, como regla general (y en términos más específicos, el art. 134.2), impide que pueda reclamarse una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria e incompatible. Por tanto, cuando haya determinada formalmente una maternidad distinta de la pretendida, habrá de ejercitarse conjuntamente con la acción de reclamación una impugnación de la jurídicamente existente, lo que está regulado en el artículo 134.1. Así las cosas (y ello ocurriría sin necesidad de aludir el artículo 131 a otra filiación contradictoria), resultaría innecesario el párrafo 2.º de este último precepto –aunque no es totalmente equivalente a aquél por la diferencia, sutil, entre el «acreditada» del uno y el «determinada» del otro–. Su expresión inicial «se exceptúa [del régimen del párrafo 1.º] el supuesto en que la filiación...» sugiere enseguida que este caso y párrafo se refiere a otra cosa.

Una interpretación racional y sistemática de los indicados preceptos conduce a la conclusión de que el párrafo 2.º del artículo 131 pretende imponer una limitación a la norma, muy abierta, del párrafo 1.º, y, más en concreto, a su amplia legitimación («cualquier persona con interés legíti-

¹⁶¹ A ese efecto es ilustrativo el siguiente dato: la enmienda núm. 48 (del grupo parlamentario de UCD) al Proyecto de Ley, relativa a este artículo, al pasar por el Senado proponía sacarlo del régimen del reconocimiento y llevarlo al entonces núm. 121 («este artículo (125) incorpora un precepto que se refiere al régimen general de la determinación legal de la filiación, abstracción hecha de cuál sea el título concreto por el que se haya efectuado») (*Trabajos parlamentarios*, I, p. 655). La enmienda fue aceptada por el Informe de la Ponencia (*loc. cit.*, p. 722) y por el Dictamen de la Comisión (*ibidem*, p. 781), pero el Congreso aprobó la numeración inicial de los artículos y la ubicación del actual 125.

mo»). ¿Quiénes estarían, entonces, legitimados en tal supuesto excepcional? Como no puede entenderse esa limitación en el sentido de excluir toda legitimación y acción en este caso, parece que deba remitirse a la legitimación de los artículos 132 y 133¹⁶², o más verosímelmente, a la del artículo 134, que será el que con más frecuencia deba entrar en juego aquí ante la necesidad de impugnar la filiación contradictoria por la razón invocada al principio (art. 113.2).

3. IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA

3.1 Impugnación de filiación y rectificación de asiento registral

Cuando una filiación materna aparece erróneamente determinada hay dos mecanismos jurídicos para adecuarla a la realidad: por rectificación del asiento de filiación conforme a la LRC, o por ejercicio de una acción judicial de impugnación (art. 114.1.º CC).

A) La *rectificación* de un asiento irregular o inexacto¹⁶³ se puede hacer por medio de: *a*) juicio declarativo de rectificación (arts. 50 y 92 LRC), que constituye la regla general, y que procede en caso de nulidad de la inscripción de nacimiento por defecto o nulidad de título, tanto en la filiación matrimonial como en la no matrimonial (cfr. RR 13 mayo 1982 y 29 septiembre 1988); y *b*), expediente gubernativo tramitado de acuerdo con la legislación del Registro Civil (arts. 93 a 95 LRC y concordantes de su Reglamento), procedimiento que si bien constituye excepción frente a la regla general del juicio declarativo de rectificación, estadística y prácticamente se da en muchos más casos. A los supuestos mencionados en los artículos últimamente citados cabe añadir el de rectificación del asiento que resulte contradictorio con los hechos que una sentencia penal declare probados (art. 114.2.º CC) –sentencia que no se requiere que sea condenatoria–, que en cuanto a la maternidad puede darse cuando recaiga sentencia condenatoria en proceso por suposición de parto o por alteración de maternidad o de estado civil de los artículos 220 y 221 CP (cfr. art. 293 RRC)¹⁶⁴.

¹⁶² Cfr. SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1984, p. 632; MARTÍNEZ CALCERRADA, *Nuevo Derecho de familia*, t. I, Madrid, 1982, p. 96; y J. CARBAJO GONZÁLEZ, *Las acciones de reclamación de filiación*, Barcelona, 1989, p. 187.

¹⁶³ Tal inexactitud puede ocurrir si hay un defecto formal al extender el asiento, por irregularidad del título que permitió su práctica, o porque la filiación que proclama no se adecua a la realidad biológica: este último caso, reservado a las acciones de impugnación de filiación.

¹⁶⁴ Ni el artículo 114.2.º CC ni el 293 RRC dicen cómo ha de apreciarse la contradicción entre los hechos declarados probados por la sentencia penal y el asiento registral, cuestión más compleja de lo que puede parecer *prima facie*. En principio, parece que aquella calificación deberá hacerse en el expediente gubernativo que prevé el artículo 293 RRC y normas complementarias (cfr. arts. 97 LRC y 341 ss. Regl.), por lo que la apreciación de la contradicción compete en esa instancia al encargado del Registro.

B) Por lo que respecta a la *impugnación judicial de la filiación materna*, en sentido amplio, debo recordar la diferencia entre las acciones que tienen por objeto dejar sin efecto una filiación legalmente determinada por no adecuarse a la realidad biológica (impugnación *stricto sensu*), de las que buscan una declaración judicial de inexistencia o invalidez de un título de determinación de una filiación formalmente existente (*acciones de declaración negativas*). En los artículos 136-141 CC se hallan mezcladas unas y otras, pues la impugnación de los artículos 138.1 y 141.1.º sólo pretende anular ese título de determinación, sin discutirse si se adecua o no a la verdadera paternidad/maternidad¹⁶⁵.

C) *Hipótesis de impugnación de la filiación materna*. Cabe señalar estos supuestos:

1.º cuando la que figure como madre impugne judicialmente su propia maternidad, sea matrimonial (art. 139) o no matrimonial (art. 140.1.º y 2.º), por entender (y demostrar) que ella no lo es del hijo cuestionado;

2.º cuando, pretendiendo que se declare judicialmente una maternidad biológica, se impugne previa o contemporáneamente la maternidad legalmente determinada que se considere inexacta, por la madre o por el hijo que pretendan que quede determinada legalmente la correcta o exacta;

3.º en el caso en que se pretenda hacer desaparecer jurídicamente una paternidad matrimonial demostrando que el marido no puede ser padre por no haber sido alumbrado por su mujer el hijo impugnado (ya que la paternidad marital deriva de la filiación *a matre* de mujer casada). Caso distinto es aquél en que se accione para demostrar que el hijo no es del marido sin cuestionar la maternidad de la esposa: el hijo dejará de ser matrimonial, pero seguirá teniendo la misma madre¹⁶⁶.

3.2 Impugnación de la maternidad matrimonial

Regulada en el artículo 140 la impugnación de la filiación extramatrimonial sin distinciones, resulta, por exclusión, que el artículo 139 se

¹⁶⁵ No constituyen, por tanto, verdaderas acciones de impugnación de la filiación materna, por no discutirse en ellas la realidad de la maternidad (igual para la paternidad), junto a las acciones de rectificación de inscripción de filiación (que también se tramitan por medio de juicio declarativo ordinario), las acciones declarativas de la inexistencia o nulidad plena del título que permitió su determinación; y las que persiguen la anulación del título de determinación legal (en lugar de la nulidad absoluta): tal, la del reconocimiento a que se refiere el artículo 141 CC.

¹⁶⁶ No incluyo aquí la sentencia penal por suposición de parto o alteración delictiva de maternidad (art. 220 y 221 CP) que declare que el hijo no es de la que figura registralmente como madre, porque en tal caso no se trata de una impugnación formal de maternidad, y su reflejo en el orden civil se realiza, tras esa sentencia penal, y separadamente, por medio de rectificación del asiento contradictorio con los hechos declarados probados en la sentencia según lo dispuesto en el artículo 114.2.º CC y 293 RRC.

refiere (opinión casi unánime) a la maternidad matrimonial¹⁶⁷. Sin embargo, ése es un supuesto, mas no el único, de impugnación de maternidad matrimonial, pues también puede haber lugar a ésta cuando se impugna toda la filiación matrimonial, paterna y materna, atacando ésta última, o cuando al reclamar otra filiación distinta de la formalmente acreditada se impugna ésta (art. 134), y en ella la maternidad.

3.2.1 PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN

A) *Legitimación activa*. La sola mención de la madre en el artículo 139 como legitimada obliga a preguntarse si efectivamente es ella la única que puede impugnar su propia maternidad¹⁶⁸, y si están también legitimados el marido y el hijo, habida cuenta de que dicho precepto emplea las palabras «la mujer podrá ejercitar...». En mi opinión, no tanto por esos términos literales sino porque en el artículo 140 hay una legitimación amplia que incluye al progenitor y al hijo, y no hay razón para una discriminación tan artificial e injustificada por razón de la filiación (en el art. 139, matrimonial) como la que se daría en otro caso, pienso que no pueden quedar excluidos en éste el marido y el hijo. Item más: siendo la filiación matrimonial indivisible, y por derivar la paternidad del marido de la maternidad de mujer casada (art. 116), parece que no puede

¹⁶⁷ Una acción como la del artículo 139 CC es infrecuente en Derecho comparado: no la regulan los Códigos alemán y suizo; el italiano se refiere genéricamente a la «suposición de parto o sustitución del nacido» en su artículo 239 CC, y en términos semejantes el artículo 322.1 del *Code* (ambos en la respectiva sección «de las pruebas de la filiación legítima»). Nuestro artículo 139 CC es un precepto conflictivo («desdichadamente concebido y que suscita problemas importantes», dice DE LA CÁMARA), introducido en el Congreso y sin precedentes en el Proyecto de ley presentado por el Gobierno, que había diseñado un régimen de impugnación idéntico para la paternidad y la maternidad (el art. 139 proyectado hablaba de filiación paterna y materna, y el 140, sencillamente, de filiación) y común a la matrimonial y no matrimonial.

¹⁶⁸ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., p. 1007) cree que en el caso de que la madre haya sido coautora del delito de suposición de parto y de la consiguiente falsedad de la inscripción de nacimiento, debería negársele legitimación para accionar impugnando su maternidad, sobre todo cuando haya posesión de estado. No estoy seguro de que sea ésa la mejor solución, pues la vinculación a los propios actos no ha de llegar incluso al caso en que son delictivos; la jurisprudencia tiene dicho que nadie está vinculado por sus propios actos si son inválidos (cfr. sentencias de 21 de junio de 1945 y 14 de diciembre de 1956) y que la doctrina de los actos propios no es aplicable a cuestiones como la filiación, que son de orden público y sustraídas a la libre autonomía de la voluntad (sentencia de 28 de noviembre de 1992, que he comentado en *CCJC*, núm. 30, sept.-dic. 1992, pp. 1065 ss.). En nuestro caso, la relación jurídica derivada de una falsa maternidad trasciende el interés y la situación de quien lo ha provocado. Por otro lado, la estabilidad del estado de filiación poseído (que no es el único valor, ni siquiera el más eminente en el actual régimen de la filiación: cfr. art. 127 CC), no justifica su prolongación cuando se levanta sobre una actuación delictiva que su autora quiere rectificar. Por su parte, la sentencia de 20 de enero de 1967 consideró impugnabile un reconocimiento de complacencia en que el reconecedor sabía su imposible paternidad respecto del reconocido; y añadió que en ese caso no rige el principio de los actos propios porque el reconocimiento impugnado es un acto *contra legem*. (Sobre el juego de la máxima *nemo suam turpitudinem allegans audiatur*, cfr. mi comentario a la sentencia de 28 de diciembre de 1993, *CCJC*, núm. 34, enero-marzo 1994, p. 287).

negarse a ese marido el impugnar tal maternidad y demostrar que su esposa no es madre del hijo que le atribuye la ley ¹⁶⁹.

Por lo que respecta al hijo aun me parece más claro, además de por las razones aducidas, el que deba estar legitimado para impugnar su filiación materna, aun no aludido en el artículo 139 —sí está legitimado en la ley 70 F.N. Navarro—. Siendo él el otro elemento de la relación de filiación, en la que ocupa una posición jurídica no menos importante que la de la madre, ¿cómo se le podría negar una acción (no prevista en otro lugar) para impugnar su filiación que dice inexacta, no veraz, y demostrar que la que figura formalmente como su madre no lo es en realidad?; ¿por qué el hijo no estaría legitimado y la madre sí? En un sistema jurídico que garantiza constitucional (art. 39.2) y legalmente (art. 127.1 CC) la libre investigación de la paternidad/maternidad no puede concebirse que el principal implicado en una relación de filiación no pueda acudir a los tribunales para hacer valer aquel derecho fundamental. Negárselo comportaría, por otro lado, el negarle la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, lo que es inconstitucional, además de discriminatorio respecto del hijo no matrimonial, como dejé apuntado.

La parquedad del artículo 139 deja otros interrogantes: ¿están legitimados los herederos de la madre para impugnar esta maternidad (con independencia de lo previsto en el art. 130 CC)? Para Albaladejo, Díez Picazo y Gullón y De La Camara, no. Peña ¹⁷⁰ entiende, en cambio, que como la maternidad atribuida falsamente puede afectar a la intimidad y honorabilidad de la persona, podrían accionar los herederos para defender el interés de la mujer, o su memoria, de acuerdo con la LO de 5 de mayo de 1982. Me parece correcto este último planteamiento en el marco legal de referencia; pero en ese caso se trataría de una acción en defensa del honor o intimidad de la mujer, y no una acción de filiación, de impugnación de maternidad, que aquí estudio.

B) *Legitimación pasiva*. Teniendo en cuenta otra vez la indivisibilidad de la filiación matrimonial, y que la impugnación con éxito de la maternidad comporta el derrumbamiento de toda la filiación, por apoyarse la paternidad sobre aquella maternidad precisamente, parece evidente que demandados tendrán que ser siempre las otras dos personas implicadas en esa relación que no sean parte actora: es decir, si acciona la madre serán demandados el hijo y el padre; si acciona el hijo, lo serán el padre y la madre; y si acciona el marido-padre, estarán legitimados pasivamente el hijo y la madre (en el mismo sentido, De La Camara y García Cantero).

¹⁶⁹ Si esa legitimación es la del artículo 139, o la del 136, parece ya cuestión bizantina: se trata de accionar para probar que la esposa no es madre, como medio para impugnar la paternidad.

¹⁷⁰ *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., p. 1008; *Derecho de Familia*, cit., p. 452.

3.2.2 ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA ACCIÓN (PRUEBA DE LA NO MATERNIDAD)

El artículo 139 dice que se ha de justificar «la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo», sin más. Y ésos son, ciertamente, los hechos por los que una mujer puede resultar no ser madre del hijo del que legalmente aparece serlo: porque ella no lo ha alumbrado (no ha tenido ningún hijo; o no ése nacido en enero de 1990, aunque sí tuvo un hijo en julio de 1980), o el hijo que tuvo en cierto parto real no es precisamente el que ha sido inscrito como suyo.

Son, en efecto, dos cuestiones distintas: en el primer caso hay que probar que no hubo el parto que se atribuye a la mujer que niega cierta maternidad, trátase de una suposición de parto delictiva o de mero error de hecho. En el segundo supuesto se trata de un problema de identidad: se ha inscrito a X como hijo de esa madre, aunque ésta parió al niño Z. La prueba es, evidentemente, muy distinta: en el primer caso se centra en el parto; en el segundo es cuestión de identidad. Ambos supuestos lo son de impugnación de maternidad, y en unos casos se tratará de hacer la doble prueba apuntada, en otros sólo una (por ejemplo, que la actora nunca tuvo un hijo), aunque la prueba quizá más contundente resulte ser la de histoincompatibilidad, o la no compatibilidad de los ADN (en general, las biológicas, siempre las más eficaces y fiables).

3.3 Impugnación de filiación materna no matrimonial, y del reconocimiento. Remisión

Como en estos casos y acciones no hay problemas particulares referidos a la maternidad (al menos, de cierta entidad, por más que algunos sean sugestivos), me remito a cuanto tengo dicho en otro lugar¹⁷¹, y a otras obras generales y especiales, para no alargar excesivamente este trabajo, que ya ha sobrepasado lo previsto y razonable para su modesta pretensión inicial.

¹⁷¹ LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, cit., t. IV-2.º, pp. 138 ss.