



La filiación y las relaciones parentales (I). La determinación de la filiación y sus acciones

Unidad 12. Primera parte

FABIOLA MECO TÉBAR
07/05/2025



Este texto está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento NoComercial SinObraDerivada 4.1 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

It may be copied, distributed and broadcast provided that the author that publishes it are cited.

Commercial use and derivative works are not permitted. The full licence can be consulted on Creative Commons

La filiación y las relaciones parentales (I). La determinación de la filiación.

La patria potestad

Unidad 12. Primera parte

SUMARIO: I. La filiación: significado y alcance. A. Evolución del concepto de familia como modelo de organización social. B. Concepto y clases de filiación. Principios de la ordenación jurídica de la filiación. La determinación de la filiación. C. Efectos de la determinación de la filiación: a) Derecho a los apellidos. b) Derecho de asistencia y alimentos c) Derechos sucesorios. II. Determinación de la filiación. En especial, la vía judicial. A. Determinación de la filiación matrimonial. a. El juego de las presunciones de paternidad b. La virtualidad del consentimiento. c. El supuesto de matrimonio posterior de los progenitores. B. Determinación de la filiación no matrimonial. a. El reconocimiento. b. El expediente ante el encargado del Registro Civil. c. La sentencia firme. d. La determinación de la filiación materna extramatrimonial. III. La determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. A. La inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. B. La gestación por sustitución o los llamados vientres de alquiler. C. La fecundación post mortem. IV. La patria potestad.

En esta lección se ofrecen ideas básicas sobre la materia. Puede profundizar en la misma en el "Itinerario práctico".

I. La filiación: significado y alcance

A. Evolución sobre del concepto de familia como modelo de organización social

El tratamiento de la filiación parte de una premisa insoslayable en la actualidad: la evolución del concepto de familia y la superación del modelo de familia extensa y de la familia nuclear, que hasta hace relativamente poco era mayoritario e incuestionable. La familia nuclear se articulaba en torno a un matrimonio entre personas de distinto sexo. La realidad social se muestra mucho más compleja y plural al acoger diferentes muestras de convivencia entre personas que viven otros modelos de familia igualmente legítimos en pro de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, viables en el ámbito legal y en la práctica, y en el marco de los cuales tiene cabida la filiación y las relaciones paterno/materno filiales. Otra de las cuestiones que ha evolucionado en la institución de la familia es la consideración jurídica de sus miembros, no sólo respecto de los convivientes o cónyuges, sino también de la infancia y adolescencia o de los ascendientes como sujeto de derecho y no como objeto de protección.

Esta nueva realidad social ha tenido su reflejo en el plano jurídico. Han surgido así normas tales como la Ley 13/2005 relativa a matrimonios de personas del mismo sexo; las múltiples normas autonómicas sobre uniones de hecho; la Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución que deja sin efecto la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN (cuya doctrina contradice la STS de 6 de febrero de 2014 que, a su vez, choca con la STEDH de 26 de junio de 2014); las reformas sobre protección de la infancia y adolescencia; o estrategias para abordar el envejecimiento y la consideración de las personas mayores, etc. La normativa sobre filiación ha sido recientemente modificada en 2015 por la Ley 19/2015, de 13 de julio y por la Ley 26/2015 de 28 de julio, sobre sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

B. Concepto y clases de filiación y principios por los que se rige su ordenación jurídica. Determinación y acreditación de la filiación

La **filiación** se regula en el Código Civil en los artículos 108 a 141, y 175 a 180 respecto de la adopción. Se concibe jurídicamente como aquella relación que existe y une a las personas que el Derecho califica como padre y/o madre, sean estos progenitores o no, con las que conceptúa como hijo o hija. Viene asociada a una serie de derechos y deberes que configuran el contenido de la **relación paterno/materno filial o de las funciones parentales**. De ahí que el Derecho regule los mecanismos que conducen a su fijación o determinación **legal**, o, si se quiere, los presupuestos a los que liga los efectos de la filiación.

La determinación de la filiación no debe confundirse con la **acreditación** o con la **prueba** de la misma. Determinada una filiación, el ordenamiento establece, asimismo, mecanismos para su acreditación, esto es, para hacer valer la existencia y el contenido de una relación de filiación. En este sentido, son relevantes la inscripción en el Registro Civil – que es el título prioritario de legitimación – (véase lo dispuesto en el art. 114 CC), el documento o la sentencia que determina legalmente la filiación, el juego de la presunción de paternidad y, a falta de los anteriores, la posesión de estado (art. 113 CC).

La filiación puede ser de dos clases: **por naturaleza o por adopción**. La primera se basa en el hecho natural de la generación (imputada por presunciones o asumida) frente a la segunda, pues la filiación adoptiva, derivada de un acto jurídico (la adopción). La filiación por naturaleza puede ser **matrimonial** o **no matrimonial**. Hay quien considera que **puede hablarse de una tercera clase de filiación determinada por las técnicas de reproducción asistida**, lo que no se acierta a entender bien si tenemos presente lo dispuesto en el art. 7.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción humana asistida, que determina que en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. Así pues la aplicabilidad del principio de igualdad haría quebrar que hablemos propiamente de clases en los casos de adopción y de técnicas de reproducción por cuanto que los efectos de las mismas son los mismos. En la actualidad, la filiación se asienta sobre los siguientes principios:

- El **principio de igualdad de los hijos**, reconocido en los artículos 14 y 39.2 CE y en el art. 108.2 CC. El principio anterior debe ser puesto en relación con el principio de reconocimiento de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad y de los derechos que le son inviolables, recogido en el artículo 10 CE. La Constitución española vino a declarar, a través de estos principios, la inconstitucionalidad sobrevenida del régimen jurídico de los hijos ilegítimos.

- El principio del interés superior del niño, niña o adolescente y de su derecho a ser oído y escuchado en la toma de decisiones que le afecten.
- El **principio de investigación de la paternidad**, establecido en el art. 39.2 CE. Este reconocimiento supuso un avance para la determinación de la filiación al posibilitarse la investigación de la paternidad (o maternidad), si bien no exenta de límites al ejercitarse las acciones de filiación (plazos, legitimación, prueba, etc.).
- **El deber de cuidado de los hijos e hijas habidos dentro y fuera del matrimonio**, teniendo o no la patria potestad (art. 39.3 CE).

C. Efectos de la determinación de la filiación

Los efectos y el contenido de la filiación vienen establecidos en los artículos 109, 110, 160 y 807 y ss. CC, de cuyo tenor se desprenden tres derechos: **derecho a los apellidos**, **derecho de cuidado y alimentos** y **derechos sucesorios**.

a) Derecho a los apellidos

El **nombre** y los apellidos se consignarán en la inscripción en el Registro Civil donde se expresará el nombre que se da al nacido, si bien no podrá consignarse más de un nombre compuesto, ni más de dos simples. La Ley de Registro Civil en su art. 50 reconoce que Toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento y que las personas son identificadas con su nombre y apellidos. Quedan **prohibidos** los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, así como los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad, o los que hagan confusa la identificación, si bien no se otorgará relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad sexual de la persona. No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto. No puede imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido. A petición del interesado o de su representante legal, el encargado del Registro sustituirá el nombre propio de aquél por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas. La filiación determina los **apellidos** con arreglo a lo dispuesto en la ley. Esta materia ha sufrido varias reformas con la finalidad de hacer efectivo el **principio de igualdad** en la atribución de los apellidos a los hijos. La filiación en España viene determinada por los dos apellidos que la persona adquiere, el paterno y el materno/paterno y materno/materno/materno, siempre que aquélla esté determinada legalmente por ambas partes; a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos extranjeros de países donde el apellido materno se pierde desde la primera generación. Esa determinación quedará así establecida para posteriores inscripciones con idéntica filiación. En caso de sólo existir una filiación determinada, el hijo o hija tendrá los dos apellidos de dicho progenitor, pudiendo no obstante alterarse al inscribir el orden de dichos apellidos (art. 53 y ss. LRC y 198 RRC).

A los hijos que presenten origen desconocido, el Encargado de Registro deberá imponer unos apellidos de uso corriente y generalizado (art. 50.3 LRC) evitando el recurso a "Expósito" u otro que pudiera estigmatizar a la persona (Art. 196.1 RRC). Las líneas maestras en esta materia son los siguientes:

1. El **orden de los apellidos** que la norma (art. 109 CC y anterior 55 LRC) establecía era primero el del padre y después el de la madre.

2. La aprobación de la **Ley 40/1999**, de 5 de noviembre modificó el art. 109 CC y el anterior art. 55 de la LRC y permitió que los progenitores pudieran determinar con libertad e igualdad el orden de los apellidos en el momento de solicitar la inscripción de nacimiento del recién nacido. En caso de no hacerlo o de haber desacuerdo entre ellos el primer apellido a asignar por el encargado del Registro volvía a ser el apellido paterno en primer término y como segundo apellido el materno, de conformidad con el art. 109.2 CC y 55 LRC.

De este modo seguía manteniéndose como subsidiario el criterio de hacer prevalecer el apellido del padre frente al de la madre. Contra esta norma se alzaron no pocas críticas que entendían que no se respetaba el principio de igualdad.

3. En virtud del **Real Decreto 193/2000**, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos, se dispuso que a falta de acuerdo el orden se resolvía por el encargado del Registro utilizando en la determinación el criterio alfabético para fijar la preferencia.

4. Criticada la reforma referida por diferentes sectores que consideraban se acabarían perdiéndose algunos apellidos, una nueva reforma vio la luz en 2011, la **Ley 20/2011**, de 21 de julio del Registro Civil, que en su art. 49.2 determina que en caso de no acuerdo o de no determinación alguna será el encargado del Registro el que, previo requerimiento a los progenitores a efectos de su determinación tenga libertad para decidir el orden en caso de no obtener respuesta atendiendo a tal efecto el interés superior del menor. En este sentido puede verse las SSTS 76/2015, de 17 de febrero y la 659/2016, de 10 de noviembre. Cabe destacar que pese a estos esfuerzos del legislador los datos de los últimos años confirman que los bebés con el apellido de la madre en primer lugar ni siquiera llegan al 1% del total de nacidos. En todo caso, el art. 109.4 CC permite que al alcanzar la mayoría de edad cualquiera pueda solicitar que se **altere el orden** de los apellidos. Por último, la disposición adicional vigésima de la **LO 1/2004**, de 28 de diciembre relativa a la violencia de género supuso la introducción de un párrafo en el art. 54.5 y 55 de la LRC, no sólo en el acceso al cambio de apellidos sino también en la agilización de los procedimientos de cambio e incluso de identidad, en supuestos de violencia machista operada por Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

b) Derecho de asistencia y alimentos.

Los progenitores, con independencia o no de que ostenten la patria potestad, están obligados a **velar** por los hijos cuando tienen minoría de edad y procurarles el **cuidado** y atención necesaria (arts. 110, 111 y 154 CC) de cara a su bienestar físico y psíquico. También existen obligaciones “recíprocas” de **alimentos** en relación con los hijos mayores dentro de los límites de los arts. 142 y ss. CC. La determinación de la filiación servirá a los efectos de clarificar quién es el obligado en este sentido. Asimismo, los progenitores tienen el derecho y deber de **relacionarse** con sus hijos menores de edad, aunque no ejerzan la función parental (art. 160 CC). En este ámbito han cobrado especial relieve en la relación de filiación el interés superior del menor y el derecho de la infancia y adolescencia a ser oída y escuchada y a participar en las decisiones que le afectan (art. 2 y 9 LOPJM-reformas 2015 y 2021).

c) Derechos sucesorios

La determinación de la filiación es relevante en el plano sucesorio, a los efectos del reconocimiento de derecho a la legítima (arts. 807 y ss.); o del llamamiento en la sucesión intestada (art. 931 CC y 935 CC). Así la determinación de la filiación con posterioridad al fallecimiento del padre/madre permitirá al hijo/hija reclamar su correspondiente porción hereditaria, aunque supusiese tener que realizar un reparto diferente al que se hizo con anterioridad a quedar determinada la filiación.

II. Determinación de la filiación. En especial, la vía judicial

Tras habernos referido al contenido y efectos de la filiación, en las páginas que siguen nos detendremos en dos materias relativas al modo de establecimiento o fijación de las relaciones paterno/materno-filiales: a) la determinación de la filiación, distinguiendo entre la matrimonial, la extramatrimonial y la derivada de las técnicas de reproducción asistida; y b) las acciones de filiación.

El primer aspecto -- la determinación de la filiación-- se encuentra regulado en el Capítulo II del Título V del Libro I del Código Civil (arts. 112 a 126) que, tras unas disposiciones generales, dedica dos secciones específicas a la filiación matrimonial y a la no matrimonial.

Tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial pueden quedar determinadas por **sentencia judicial firme** (no recurrible), que podrá darse bien en el orden **civil** como consecuencia del ejercicio de las acciones de filiación a las que nos referiremos en el capítulo siguiente; o bien en el orden **penal** en el curso de un proceso por delitos contra la libertad sexual (cfr. art. 193 CP). En todo caso, los efectos de ambas serán los mismos, en pro del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de la filiación por razón de su origen.

Además de esto hay que atender a los mecanismos que se exponen a continuación.

A. Determinación de la filiación matrimonial

a) El juego de las presunciones de paternidad

La determinación de la filiación matrimonial paterna o materna, viene establecida, según el art. 115 CC, a través de dos mecanismos básicos: la **inscripción del nacimiento junto con el matrimonio de los progenitores** y la **sentencia firme**. Sin embargo, el primero de ellos es más bien un modo de acreditación o prueba. Igualmente, relevantes en orden a la determinación de la filiación son también las **presunciones de paternidad**, tal y como refiere el art. 113 CC. Recordemos que *mater semper certa est, pero pater semper incertus*. Por eso, el viejo brocardo de Derecho Romano *pater is est quem nuptiae demonstrant* (padre es aquél que resulta del matrimonio), tuvo reflejo en nuestro CC en dos preceptos, concretamente en los artículos 116 y 117, que acogían dos presunciones de paternidad del marido fundadas, de un lado en la celebración del matrimonio y su no disolución legal o separación legal o de hecho; y, de otro lado, en el período máximo (trescientos días o diez meses) o mínimo (ochenta días o seis meses) de gestación de la madre respectivamente. El *dies a quo* empezará a contar en el caso de disolución del matrimonio desde la muerte del marido o la declaración de fallecimiento fijada en la resolución judicial; y en el caso de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio desde la fecha de la sentencia firme por la que se declaren dichas situaciones de crisis, pudiendo alegarse que en caso de separación de hecho el plazo se compute desde la efectiva separación de los cónyuges.

Se trata de presunciones *iuris tantum*, esto es, admiten prueba en contrario por parte del marido en aras a demostrar la imposibilidad de haber procreado el hijo cuya paternidad se le atribuye. El marido puede destruir la presunción en los términos establecidos en el art. 117 CC: debe hacerlo en el plazo de seis meses desde el conocimiento del parto, mediante declaración auténtica formalizada en escritura pública inscrita en Registro civil.

b) La virtualidad del consentimiento

El art. 118 contempla la posibilidad de que “aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la **separación** legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el **consentimiento de ambos**” (art. 44.4 LRC). Se exige por tanto en primer término que haya separación, sin que el supuesto pueda ser aplicable a una situación de no subsistencia del vínculo matrimonial como determina la disolución del matrimonio, en cuyo caso corresponderá el ejercicio de las correspondientes acciones de filiación; que haya consentimiento de ambos, que no tiene por qué ser conjunto pudiendo darse en momentos distintos y, por último, que el nacimiento se haya producido después de los trescientos días desde tal separación, o lo que es lo mismo, que haya ausencia de la presunción de paternidad.

c) El supuesto de matrimonio posterior de los progenitores

En virtud del art. 119 CC se considera hijo matrimonial a aquel que ha sido **concebido y nacido con anterioridad al matrimonio de sus progenitores**. El sentido y alcance de esta disposición se encuentra en el derecho histórico (Partida 4,13,1) de la que trae causa y en el que era patente la desigualdad entre hijos legítimos e ilegítimos, siendo el matrimonio de los progenitores el instrumento que daba acceso a los ilegítimos a un trato mucho más beneficioso al considerarse a estos como legitimados.

En la actualidad la igualdad de trato y de régimen jurídico de la filiación con independencia de su origen hace que esta norma haya perdido parte de su relevancia. En cualquier caso, la posibilidad que ofrece el legislador de considerar a estos hijos extramatrimoniales como matrimoniales se hace con un carácter muy amplio al no imponer plazos en los que se debe contraer el matrimonio y al reconocer que incluso los descendientes del hijo fallecido puedan reclamar la determinación de la filiación matrimonial.

B. Determinación de la filiación no matrimonial

Frente a la determinación de la filiación matrimonial ya referida, se alza otro modo de determinar la filiación cuando los progenitores no están unidos por una relación matrimonial. Es el art. 120 CC, que ha sido modificado por la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, el encargado de regular esta cuestión. En él se identifican los modos de determinación que a continuación se van a exponer.

a) El reconocimiento

La **declaración voluntaria** del progenitor basta para determinar la paternidad. Se trata de un acto **formal, personal, unilateral, irrevocable y puro** (al no ser posible someterlo a condición).

El reconocimiento podrá llevarse a término de **tres formas: ante el Encargado de Registro Civil** de conformidad con lo dispuesto en la normativa registral, en **testamento** siendo eficaz en este caso para la determinación de la filiación extramatrimonial el reconocimiento verificado bajo la forma de testamento abierto notarial, siendo discutible la eficacia de las demás formas testamentarias que en todo caso servirán como prueba aunque no valgan para determinar la filiación; o en otro **documento público** que de conformidad con el art. 1216 CC será tan sólo el autorizado por un Notario o empleado público competente con las formalidades requeridas por la ley (p.ej. escritura pública).

Al tratarse de un acto personal se exige que el sujeto (progenitor) que efectúa el reconocimiento tenga la **capacidad** suficiente para poder efectuarla, tal como establece el art. 121 CC, que requiere que las personas mayores de edad cuenten con las medidas de

apoyo necesarias, y tenga la edad suficiente para contraer matrimonio (arts. 46 CC) o, en su defecto, en caso de no estar emancipados, exista aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. El reconocimiento precisa de otros requisitos atendiendo al **sujeto que va a ser reconocido** (Circular DGRN de 2 de junio de 1981 (BOE de 5 de junio)).

a) Si es **mayor de edad** el art. 123 CC exige que consienta el sujeto reconocido, bien expresa o tácitamente (no cabe el consentimiento presunto). Dicho consentimiento no está sujeto a formalidad alguna, a diferencia de lo que sucede con el reconocimiento. Sin emisión de dicho consentimiento el reconocimiento carecerá de efectos tanto para el reconocido cuanto, para sus descendientes, siendo una *conditio sine qua non*. Si el reconocimiento es de persona mayor de edad con discapacidad se prestará por ésta, de manera expresa o tácita, con los apoyos que requiera para ello.

b) Si es de una persona **en minoría de edad o persona con discapacidad**, el art.124 CC requiere el consentimiento expreso o del representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido. Si se dudare de la veracidad de la declaración efectuada se deberá ejercitar una acción de impugnación de la filiación. Esta regla resulta **excepcionada** en dos casos, a saber:

- Si el reconocimiento se hubiere efectuado en forma testamentaria, no será precisa la exigencia de consentimiento o aprobación judicial del mismo. Si el reconocimiento se hubiere efectuado en el plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento, en concreto el del padre; la madre podrá suspender a simple petición dicha inscripción durante el año siguiente al nacimiento, debiendo el padre en caso de querer confirmar la inscripción demandar aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

c) Si el hijo hubiere **fallecido**, el art. 126 CC, que permite el reconocimiento, exige para su eficacia el consentimiento de sus descendientes “por si o por sus representantes legales” (se entiende en este último caso cuando éstos fueren menores o estuvieren incapacitados).

d) Si el hijo estuviera concebido, pero aún no hubiera nacido (**nasciturus**), la conexión del art. 29 con el 122 CC determina que sean sus progenitores, particularmente la madre, la que efectúe el reconocimiento.

e) Si el hijo fuese **incestuoso**, el art. 125 CC establece que “cuando los progenitores del menor fueren hermanos o consanguíneos en línea recta” y “esté legalmente determinada la filiación respecto de uno”, para determinar la filiación respecto del otro se exigirá previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal si conviene al interés del menor. Este precepto permite que, alcanzada la plena capacidad, mayoría de edad, pueda invalidar la determinación no consentida mediante declaración auténtica.

b) El expediente ante el encargado del Registro Civil

Este procedimiento, regulado en el art. 44.7.II LRC (según redacción por Ley 19/2015, de

13 de julio) permite inscribir la filiación mediante expediente aprobado por el **Encargado del Registro Civil**, siempre que **no haya oposición** del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Cuando exista **escrito indubitado** del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

2.ª Cuando el hijo se halle en la **posesión continua del estado** de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

3.ª Respecto de la madre, siempre que se **pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo**.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La legitimación es amplia pues según el art. 189.1 RRC podrá iniciar el expediente cualquiera que sea el tiempo transcurrido y aunque haya muerto padre y/o hijo, siempre que medie petición de quién sostenga interés legítimo o de su representante legal.

c) La sentencia firme

La determinación de la filiación no matrimonial puede venir como consecuencia de una sentencia firme en la que se ha reconocido la misma. La determinación de la filiación por vía judicial se analizará en un punto específico en este tema. Dicha resolución vendrá motivada por el ejercicio de una acción de filiación, que se analizará en el siguiente tema.

d) La determinación de la filiación materna extramatrimonial

El art. 120.5 CC establece que la filiación materna no matrimonial quedará determinada cuando se haga constar la filiación materna en la **inscripción de nacimiento** practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la LRC. Se parte de la máxima *mater semper certa est*, por lo que en la propia inscripción del nacimiento constará la filiación materna siempre que coincida la declaración contenida en la propia inscripción con la comprobación reglamentaria o el parte, esto es, el certificado médico relativo al parto.

Particular referencia merece la situación a la que se refiere el último párrafo del art. 44.4 LRC/2011 relativo al **reconocimiento de filiación extramatrimonial por parte del supuesto padre cuando la madre está casada con otra persona**: *“En los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código civil se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna”*.

III. La determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida

Los avances científicos y tecnológicos en la biomedicina y biotecnología han servido para el desarrollo y utilización de diversas técnicas de reproducción humana alternativa, como reconocía en su Exposición de Motivos la Ley 5/1988 de 22 de noviembre de reproducción asistida humana. Con estas técnicas se abrían nuevas vías para la generación de filiación al margen de la que hasta entonces se identificaba como la tradicional – la generación biológica – por los progenitores, y que abrían esperanzas ante la esterilidad o la inexistencia de pareja. La **evolución legislativa** en esta materia operada mediante varias normas da cuenta de su relevancia teórico-práctica (Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos; la Ley 45/2003 de 21 de noviembre; y, por último, la Ley 14/2006 sobre de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRA), que ha sido modificada en su art. 7 por la Ley 13/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas).

A. La inseminación artificial y la fecundación *in vitro*

Una de las técnicas de reproducción asistida más generalizadas es la de la **inseminación artificial** (sin contacto sexual) con el semen del varón, que tiene como característica que la fecundación se produce dentro en el propio útero de la mujer. Conviene diferenciar entre:

- a) Inseminación artificial homóloga que puede subdividirse según la mujer sea inseminada con el semen del marido que determinará que la filiación sea matrimonial, o que lo sea con el semen de su conviviente (convivencia *more uxorio*) para lo que se precisará el consentimiento de ambos y que determinará la filiación extramatrimonial.
- b) Inseminación artificial **heteróloga** en el que el semen procede de un tercero y que igualmente puede darse tanto en el seno del matrimonio como en el de una convivencia *more uxorio*. En todo caso, la aportación del donante de semen **en modo alguno permite atribución de paternidad alguna ni deriva de ella responsabilidad sobre el hijo gestado o nacido**, quedando su identidad en el **anonimato** salvo que existan circunstancias que comporten peligro cierto para la vida o salud del hijo (art. 5.5.2 y 3 de la Ley 14/2006) en cuyo único caso dicha identidad será revelada, aunque tampoco en este caso determinará legalmente filiación alguna.

La realidad social ha determinado la necesidad de que el legislador permita que la **mujer sola** (sin marido o conviviente) pueda servirse de estas técnicas de reproducción asistida para la generación de filiación, basada en su libre derecho de fundar una familia en el sentido que considere oportuno. Si bien para ello deberá prestar siempre su **consentimiento** (libre, consciente, expreso y escrito), tener **dieciocho años y plena capacidad de obrar**. Nada dice la norma respecto a la posibilidad de que los varones puedan hacer utilización de estas técnicas.

Si la **mujer** estuviera **casada, y no separada legalmente o de hecho**, precisaría a estos efectos también el consentimiento de su “marido” (art. 6.3 de la Ley 14/2006). Sería conveniente ajustar este precepto a lo dispuesto en la Ley 13/2005 que entiende que el matrimonio puede provenir tanto de una unión heterosexual como homosexual. Y por tanto el consentimiento puede ser prestado tanto por un varón como por otra mujer, que implicará una **doble maternidad** que el ordenamiento ampara en virtud de la modificación el art. 7 operada por Ley 13/2007 de 15 de marzo, en el sentido de afirmar que si se trata de un matrimonio con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

La gestación por sustitución o *vientres de alquiler*

Puede **definirse** como un acuerdo privado, con o sin precio, suscrito entre dos partes por el que una mujer (portadora o madre de alquiler) se compromete a gestar un embarazo con el fin de entregarlo con posterioridad al parto a la otra parte (comitente o persona que efectúa el encargo) –con independencia de que ésta haya sido o no donante del óvulo y/o esperma que ha generado el embrión– con expresa renuncia a su filiación.

La fecundación *in vitro* al permitir que los embriones ya formados puedan ser implantados no en la madre biológica/genética sino en el útero de otra mujer ha generado un sinfín de posibilidades en aras a la procreación que generan nuevos desafíos a la naturaleza y al derecho.

La gestación por sustitución puede estar **motivada** en razones de imposibilidad terapéutica y/o estética de la mujer cuyo óvulo fecundado va a ser implantado en ese otro útero. Es lo que se conoce como **subrogación gestacional** (o plena), puesto que la madre de alquiler se limita a gestar el embarazo tras ser inseminada con un óvulo que no es suyo (que puede ser de quienes la contratan o provenir de una donación anónima). Pero también cabe el supuesto de que la madre de alquiler ceda no sólo su útero, sino también su óvulo convirtiéndose así en madre biológica y genética del nacido. Este supuesto se conoce como **subrogación tradicional** (o parcial) y es utilizado no sólo en aquellos casos de problemas en la producción de óvulos de la madre contratante (por problemas terapéuticos y/o avanzada edad de ésta), sino también, y sobre todo, en aquellos casos de varones homosexuales que no tienen otro medio para poder procrear un hijo. La Ley española ha sido clara al **prohibir** la maternidad subrogada convirtiendo en “**nulo de pleno derecho el contrato** por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” (art. 10 de Ley 14/2006). Y a este respecto determina que “los hijos nacidos por gestación de sustitución serán **determinada por el parto**”, esto es, la madre gestante será la que determinará la filiación y no la madre genética.

Sin embargo, al ser una práctica legal en algunos Estados; los españoles se servían de ella y en coherencia con la prohibición legal, se les dificultaba la inscripción de los hijos gestados por sustitución en España. Esta situación se entendió que generaba una desprotección del menor que fue atendida por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Instrucción de 5 de

octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, e Instrucción de 11 de junio de 2014) con miras a garantizar el interés superior del menor y el de las propias madres gestantes. En este sentido, la DGRN estableció que los que interesan la inscripción del menor han de tener resolución judicial extranjera determinante de la filiación. Esta doctrina ha sido contradicha en SSTs de 6 de febrero de 2014, 31 de marzo de 2022 o la 1626/2024, de 4 diciembre, que ratifican la denegación del reconocimiento de efectos para la inscripción a una sentencia extranjera en un caso de gestación subrogada. El Tribunal en esta última declara que la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia. Han sido sentencias que han abierto la puerta a otras posibilidades para la determinación de la filiación como la adopción. En todo caso, el TS en diversas sentencias como la de 25 de octubre de 2016 y la de 14 de diciembre de 2017 reconoce que, aunque la legislación es clara respecto de la nulidad del contrato, ello no elimina la situación de la existencia de un nacimiento de un menor y la necesaria inserción del mismo en un núcleo familiar y reconocimiento de sus derechos. Es por ello que el Tribunal ampara que esta nueva realidad sea tutelada por el Derecho de la seguridad social y que esta infancia no vea mermados sus derechos en aras a proteger el interés superior del menor. Por ello se han venido reconociendo las prestaciones llamadas a velar por la conciliación de la vida personal y familiar en estos casos, como sucede con las situaciones de adopción o las de acogida.

En el análisis de esta cuestión conviene tener muy presente también la jurisprudencia del TEDH, que también adopta una posición más restrictiva aunque abierta a los efectos de la gestación subrogada en países que no la reconocen como legal; véase la STEDH de 26 de junio de 2014 – Menesson vs. Francia y Labase vs. Francia, según la cual la negativa a inscribir esta filiación supone una vulneración ilegítima del art. 8 de la CEDH, aplicable en España, cuando existe material genético de los progenitores. El TEDH, en parecidos términos, en sentencia de 10 abril de 2019, reconoce que respecto de la determinación filial maternal, en caso de no haber material genético que determine la filiación “pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”. Esta celeridad pudiera ser un arma de doble filo y resultar contraria a lo que un proceso de adopción comporta y a la naturalización de una realidad que sigue estando prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, es esta misma, la vía transitada por la nueva y reciente Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, que deroga las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre esta materia; y en coherencia con lo que se ha venido sosteniendo, manifiesta que la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español, como son la filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con

suficientes garantía. No será por tanto suficiente como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una mera certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente. No es una puerta cerrada al reconocimiento de efectos de la gestación subrogada como demanda un sector de la doctrina que considera que la nulidad del contrato de gestación subrogada es materia de orden público, pero al menos cabe decir en su favor que prevé un sistema o proceso más acorde con las vías de determinación de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico español, que exige mayor control por parte de las Administraciones públicas.

B. La fecundación post mortem

La Ley 14/2006 en su art. 9 prohíbe este tipo de fecundación con carácter general. No obstante, a continuación, establece que el marido podrá prestar su **consentimiento** en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los **12 meses siguientes** a su fallecimiento para fecundar a su mujer, quedando con ello determinada la filiación matrimonial con todos los efectos que de ella se deriven.

Por último, cabe destacar que el legislador ha ampliado la posibilidad de poder fecundar *post mortem* al varón no unido por vínculo matrimonial, que con el consentimiento del conviviente *more uxorio* determinaría el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial.

IV. La patria potestad

El conjunto de derechos y deberes que ostentan los progenitores en relación con los hijos/hijas menores de edad, se denomina **patria potestad**. Esta función, como responsabilidad parental, debe ser ejercida en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental (art. 154 CC). Tiene carácter personalísimo, es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Este material ha sufrido reformas fruto de la aplicación del principio de igualdad entre progenitores superando el papel relegado que se le determinaba a la mujer-madre respecto del marido- padre y también respecto a la consideración de los hijos/as como sujetos de derecho y no como objetos o propiedad de sus progenitores. El Código Civil, que destina a esta materia el Título VII del Libro I (complementado con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), regula las siguientes cuestiones en relación con la patria potestad.

Sujetos. La **titularidad**, salvo que hayan sido privados o excluidos de ella (art. 170 y 111 CC) corresponde conjuntamente a ambos progenitores estén o no casados y siempre que la filiación haya quedado legalmente determinada. La **ejercerán** de acuerdo con lo establecido en los arts. 156 y 157 CC, conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (ausencia, incapacidad o imposibilidad), pero siempre

en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad y pleno respeto a sus derechos, integridad física y mental. En todo caso se considerarán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, pues las limitaciones a su capacidad progresiva han de ser limitadas. Y respecto a terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los titulares de la patria potestad actúa en el ejercicio ordinario de la misma con el consentimiento del otro.

En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 156.2 CC, cualquiera de los titulares puede acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo/hija si tuviera suficiente madurez, y en todo caso si fuera mayor de 12 años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los titulares de la patria potestad. Cabe decir que el legislador aquí yerra pues el derecho a ser oído que no puede restringirse por ninguna circunstancia, ni por edad, discapacidad, u otras (art.9 LOPJM), por lo que deberá ser oído siempre con los ajustes necesarios. En caso de desacuerdos reiterados, podrá atribuir la patria potestad total o parcialmente a uno de ellos o distribuir entre ellos las funciones pero con criterio de temporalidad, pues las medidas arbitradas a efectos de reducir la conflictividad en interés del menor no podrá nunca exceder de dos años.

Se encuentran sometidos a la patria potestad los menores no emancipados (art. 154 CC). Con anterioridad a la reforma 8/2021 era posible prorrogar o rehabilitar la patria potestad en determinados supuestos en que los hijos hubieran sido incapacitados (art. 171 CC), pero esta posibilidad hoy no existe por haber quedado por efecto de esta ley derogada la norma, por considerarse como dice el Preámbulo de dicha ley "figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone".

2- **Contenido.** Arts. 154 y 155 CC. Dentro del contenido de esta función parental se integran los derechos y deberes personales y otros de carácter económico, estableciéndose una serie de controles judiciales (art. 158 y 167 CC). Se trata de una responsabilidad parental que se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Con carácter general serán oídos y escuchados siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

El CC presta especial atención a tres aspectos:

- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, incluyo más allá de la minoría de edad. La ley 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia establece que las administraciones promoverán el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva, entendiéndose por tal la actuación en interés superior del niño, niña o adolescente, hacerle crecer en un entorno afectivo y sin violencia, hacerle partícipe y tomando en cuenta su opinión en todos los asuntos que le afecten y permitir su pleno desarrollo, educándole en derechos y obligaciones (art. 26.3 a)). Para el cumplimiento de estos deberes y el ejercicio de las facultades podrán también los progenitores, si es necesario, recabar el auxilio de la autoridad judicial. En caso de separación y/o divorcio estos deberes se harán efectivos de otra forma, arbitrándose las correspondientes medidas que en interés del menor se determinen para garantizar la relación con los

progenitores.

En tal sentido las administraciones garantizarán que la ruptura de los progenitores no implique consecuencias perjudiciales para el bienestar y pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes afectados en ellas a través de servicios de apoyo a las familias, recursos especializados o gabinetes psicosociales adscritos a los Juzgados y servicios de mediación y conciliación familiar (art. 28 Ley 8/2021 protección de infancia y violencia frente a violencia)

- Atribuye la representación legal de los hijos sujetos a patria potestad –que por tanto tienen limitada su capacidad de obrar– a sus progenitores, titulares de la misma, estableciendo una serie de excepciones (art. 162 y 163 CC). No podrán representarles en los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo/hija de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo; ni en los casos en que exista conflicto de intereses entre los progenitores y su prole; o en los relativos a bienes excluidos de la administración de los progenitores.
- Reconoce a los progenitores la potestad de administración de los bienes de los hijos en los términos y con las limitaciones contempladas en los arts. 164 a 168 CC y por remisión del primero, en los arts. 190 y 191 LH. Se regula las excepciones a este poder de administración (art. 164 CC); las potestades en relación con los frutos y rentas de los bienes de los hijos (art. 165 CC); los poderes dispositivos sobre los bienes de los hijos (art. 166 CC); el control judicial (art. 167 CC); y la obligación de rendir cuentas (art. 168 CC).

No menos relevantes resultan los deberes que el legislador impone a los hijos respecto de los padres y madres en el art. 155 CC como son: a) Obedecer a sus progenitores mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre, también cuando salieran de la patria potestad. El deber de respeto por efecto de la Ley 26/2015, de 28 de julio se ha extendido a hermanos y a otros familiares. b) Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella, lo que no supone exclusivamente aportar económicamente cuando tengan ingresos propios por trabajo o industria, sino corresponsabilizarse de las responsabilidades domésticas y de cuidado.

1. **Extinción y situaciones anómalas.** Arts. 169 a 171 CC. Se regula la **extinción** de la patria potestad, la **privación** –que exige siempre sentencia judicial– y **recuperación** de la misma, y las situaciones de patria potestad **prorrogada y rehabilitada** a favor de los hijos e hijas con discapacidad.

La extinción de la patria potestad se producirá: por la muerte o declaración de fallecimiento de los progenitores o del hijo, por la emancipación y por la adopción del hijo, excepto en los casos del art. 178 CC que especifica como supuestos en que perviven los vínculos jurídicos con la familia del progenitor aquel en que la adopción sea del hijo del cónyuge del adoptante o cuando solo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y haya sido solicitado por adoptante, adoptado mayor de 12 años y por el progenitor cuyo vínculo persista.

La privación de la patria potestad puede ser total o parcial y temporal. Se establecerá por sentencia firme fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Se trata de una medida de carácter sancionador que debe ser objeto de interpretación restrictiva y que exige prueba suficiente de incumplimientos que tengan carácter de constante, grave y peligroso para el destinatario de la patria potestad. La privación no determina que deba dejar de velar por los hijos menores y prestarles alimentos, por cuanto el artículo 110 CC establece que estas obligaciones de los progenitores persisten, aunque no ostenten la patria potestad.

Si los hijos o hijas tienen discapacidad cuando lleguen a la mayor edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera. La Ley 8/2021 de 2 de junio ha derogado el art. 171 CC que regulaba la patria potestad prorrogada y rehabilitada, que consideraba figuras rígidas, poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas con discapacidad y además una carga demasiado gravosa para los progenitores que se hacen mayores. Entiende el legislador que "las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo". Para el régimen transitorio que afecta a aquellos progenitores que tengan concedida la patria potestad prorrogada o rehabilitada puede verse lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda y Quinta de esta Ley 8/2021, que les insta a revisar estas medidas acordadas o a que la autoridad judicial lo haga de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años. Hasta que sean revisadas quienes ostenten esta patria potestad prorrogada o rehabilitada la ejercerá de conformidad con las disposiciones establecidas en esta Ley.

Bibliografía

BLASCO GASCÓ, F., “La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, ADC, 1991, pág. 687.

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999 DE 31 DE mayo, ¿una renuncia a los postulados anteriores?, AC, 2000, pág. 467.

EVANGELIO ROCA, R., “El concepto de posesión de estado de filiación” en Hom. Hernández Gil, Vol.II, Ed.UniversitariaRamónAreces, Madrid,2001.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B., *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, Ed. Dykinson, Madrid,1998.

GETE ALONSO Y CALERA, M.C, SOLÉ RESINA, J.: *Actualización del Derecho de Filiación*, Tirant lo Blanch, 2021.

PÉREZ MARTÍN, A.J., *Acciones de filiación. Determinación, reclamación e impugnación. Acciones derivadas del cambio de filiación*, Ed. Lex Nova, 2010.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “¿*Mater semper certa est?* Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, ADC, 1997, pág.5.

ROCA TRIAS, E., “Embriones, padres y donantes”, RJC, 2000, pág. 413.

RODRIGUEZ RUIZ, B., “Matrimonio, género y familia en la Constitución española: Trascendiendo la familia nuclear”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pág. 69.

ROMERO GARCÍA-ARANDA, BELÉN., *Determinación de la filiación en España cuando se emplea la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida*, Aranzadi, 2023.

VERDERA SERVER, R., *La Reforma de la Filiación. Su Nuevo Régimen Jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch, 2016.

ZURITA MARTÍN, I., “Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres”, *Diario La Ley*, núm.66427/2006, AÑO XXVII, pág.251.