



## EL RECONOCIMIENTO DE MENORES E INCAPACES DEL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO CIVIL: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL PRINCIPIO DE VEROSIMILITUD BIOLÓGICA

*Concepción Rodríguez Marín*

Catedrática de Derecho civil  
Universidad de Granada

---

TITLE: *The Recognition of the Child and the Incapacitated Person in the Framework of Article 124 of the Civil Code: The Superior Interest of the Child and Biological Plausibility*

RESUMEN: El estudio descansa en la exégesis y problemática que nos presenta el artículo 124 del Código civil ante un reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial, junto a los preceptos 120 a 123 que le preceden. Todos estos ellos, referidos a la determinación de la filiación no matrimonial de carácter extrajudicial, a la que también podríamos referirnos como filiación «provisional», en tanto en cuanto se determina conforme a un reconocimiento voluntario que puede o no descansar en una posible o no posesión de estado con toda la problemática que dichas situaciones pueden plantear, dejando abierta la posibilidad de volverla a reclamar o impugnar a través de las acciones de filiación, éstas sí en sede judicial. Referido el artículo en cuestión a los menores e incapaces (ahora estos últimos denominados personas con la capacidad modificada judicialmente) se conjugarán e interrelacionarán dos pilares y principios básicos de la filiación extramatrimonial: el principio de verosimilitud biológica que no verdad biológica, con la finalidad siempre de coincidir con la jurídica, y el interés superior del menor ahora tan encumbrado y normativizado *ad hoc*, frente a los otros principios no menos importantes en las relaciones paterno filiales. Se analiza desde el punto de vista doctrinal, legal y jurisprudencial, así como desde la perspectiva de variadas y numerosas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado sensibilidades, situaciones y problemáticas jurídicas de un importante valor personal, social y con indudables repercusiones en el Derecho civil.

ABSTRACT: *The study approaches the exegesis and issues stemming from Article 124 of the Civil Code in what concerns voluntary recognition of non-marital filiation, in connection with Articles 120 to 123 of same Code. In particular, it analyses the determination of non-marital filiation out-of-court, which could also be referred to as «provisional» filiation, insofar as it is determined according to a voluntary recognition that may or may not rest on a possible possession of family status with all the problems that such situations may pose, leaving open the possibility of claiming it again or contesting it via filiation actions in court. Taking into account that Article 124 refers to minors and those declared incapacitated (now referred to as those having their capacity modified as a result of a judicial decision), the study combines and interrelates two pillars and basic principles of extramarital filiation: the principle of biological plausibility which differs from the biological truth, with the aim of coinciding always with the legal truth, and the superior interest of the child now considered so highly and regulated *ad hoc*, compared to the other principles in parental relations no less important. Sensitivities, situations and legal issues of an important personal and social value and with evident implications in civil law are analysed from the doctrinal, legal and case law point of view as well as from the perspective of various and numerous resolutions of the General Directorate of Registries and Notaries.*

PALABRAS CLAVE: Filiación extramatrimonial, menores, reconocimiento voluntario paterno, consentimiento del representante legal, verosimilitud biológica, interés superior del menor, aprobación judicial, suspensión del reconocimiento.

KEY WORDS: *Extramarital filiation, minors, voluntary paternal recognition, consent of the legal representative, biological plausibility, superior interest of the child, judicial approval, suspension of recognition*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL MENOR Y EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. 3. REQUISITOS PARA LA EFICACIA DEL RECONOCIMIENTO. 3.1. *Formales*. 3.2. *Competenciales*. 4. VEROSIMILITUD BIOLÓGICA E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: DOS PRINCIPIOS COINCIDENTES Y/O CONTRAPUESTOS. 4.1. *La posesión de estado como prueba de la filiación no matrimonial*. 4.2. *El interés superior del menor como principio valedor de la filiación no matrimonial*. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico de la filiación en el ámbito del Derecho civil, es sin duda uno de los que mayores cambios ha experimentado, no solo a nivel social, pensemos en los tan diferentes modelos de familia con descendencia que la propia sociedad ha ido configurando como tales, sino desde luego también en el legal. A todos ellos ha habido que dotarlos de cobertura y seguridad jurídica,<sup>1</sup> estando a día de hoy diseñada y presentada como una institución donde el principio de igualdad y no discriminación por razón de filiación son ya una realidad más que evidente. Reformas y cambios atinentes no solo al CC<sup>2</sup>, que deberemos combinar y tener muy en cuenta para el estudio del tema abordado, además de otra referida a la especial protección que a día de hoy se les dispensa a los menores sobre todo en sus prioritarios e indiscutibles intereses. Nos encontramos ante sensibilidades, situaciones y problemáticas jurídicas con un

<sup>1</sup> Desde la tan amplia como importante reforma de la Ley 11/1981 de 13 de mayo que rediseña gran parte de nuestro CC y que pretendía o perseguía entre otras cuestiones, igualdad y coincidencia entre verdad jurídica y realidad biológica, hasta día de hoy, donde a pesar de pretenderse tales veracidades, la adopción, la reproducción asistida, así como los diferentes modelos y/o combinaciones de familia permitidos y asumidos jurídica y socialmente, nos hace pensar que no solo importa en esta materia que la filiación jurídica coincida con la biológica. Normas especiales y generales como el CC, a veces chocan en sus planteamientos y reglas aplicables, abusándose de las reglas de la interpretación. La verdad biológica sigue siendo y teniendo peso en la determinación de la filiación jurídica, pero no es absoluta ni excluyente frente a otros fundamentos o intereses.

En relación a estas importantes modificaciones: GARCÍA CANTERO, G. «Luces y sombras en la evolución del Derecho español de Familia» 1981-1990 *Revista Española de Derecho Canónico*, número 138, 1995. Pp. 181 a 291 y DIEZ PICAZO-GULLÓN *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos. Volumen IV, Tomo I. Madrid 2012. Pp. 233 y 234.

<sup>2</sup> Pensemos en la nueva redacción del artículo 120 del CC dada 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. Además de la que también afecta a las acciones de filiación (artículo 133 en el cual se permite ahora la reclamación por el progenitor, además de los artículos 136-1, 137 y 140, todos del CC) propiciada por las leyes de modificación del sistema de la infancia y la adolescencia por la ley 26/2015, de 29 de julio y la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria. Así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que en su día modificó parcialmente el CC y la LEC, y posteriormente fue modificada por la ley también Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

importante valor personal y social, siendo el Derecho el que se encarga de interrelacionar y proteger.

El precepto que nos ocupa está redactado y pensado para los menores e incapaces<sup>3</sup>, nos referiremos en el estudio del trabajo a la aplicación e interpretación del precepto respecto a los supuestos de menores de edad y la protección de sus prioritarios intereses. Las situaciones de capacidad modificada judicialmente, siendo también deudoras de la protección que se le dispensa en base al interés superior del menor en su triple dimensión, y aplicándosele las mismas exigencias y presupuestos para el reconocimiento de la filiación no matrimonial del artículo 124 del CC, habrá que estar en estos concretos casos también a la sentencia que determine el grado de capacidad modificada, es decir si ésta es definitiva, revisable y en consecuencia el tiempo de duración.

En cualquier caso, tal y como se expresa el precepto que nos ocupa: «*menor o incapaz*», están equiparados en lo que a la eficacia del reconocimiento se refiere en sede de filiación no matrimonial. Ambos carecen de capacidad de obrar, por lo que habrá que estar al grado de madurez de cada uno de ellos, por edad o por sentencia y así determinar cuál es su mejor y mayor interés en la eficacia del reconocimiento<sup>4</sup>. El menor no es capaz de obrar, desde que nace hasta que cumple dieciocho años<sup>5</sup>, el incapaz puede ser un menor o un mayor de edad en virtud de sentencia que haya

<sup>3</sup> Denominación ésta última incorrecta, en tanto en cuanto todo declarado incapaz pasa a ser denominado «persona con la capacidad modificada judicialmente», debiendo ser incorporada tal expresión en todos los textos legales, conforme a lo que la ley 15/2015 de 22 de julio de jurisdicción voluntaria obliga, adaptándose también a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se deben dejar atrás expresiones como minusválido, incapaz, minusvalía e incapacitación, ésta última todavía muy presente en la legislación civil. Dicha ley junto a la Ley 26/2015, de 28 de julio, llevaron a cabo una importante reforma y revisión de la protección de la infancia y de la adolescencia, de los menores en general. En total se ven modificadas veinte leyes por tal legislación.

<sup>4</sup> Así lo recoge la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del menor.

<sup>5</sup> La Convención de los Derechos del Niño de 1989 cuya entrada en vigor en España fue en 1991, deja en manos de los Estados la determinación de la mayor edad. La convención la señala a los dieciocho años, salvo que en virtud de la ley le sea aplicable, pueda alcanzar antes esa mayoría de edad. Nuestro texto constitucional, artículo 12, la sitúa en los dieciocho años, pero de todos son conocidas la existencia de normas que señalan edades inferiores para determinados actos. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Tirant lo Blanc 2017. p.75.

Aun cuando se le reconoce a todo menor o incapaz la capacidad de obrar «iusfundamental», referida al indiscutible ejercicio de los derechos de la personalidad, de los cuales son titulares indiscutibles, eso sí, siempre que reúna las condiciones exigidas para ponerlos en práctica, ya que de lo contrario deberá intervenir un tercero para un mejor ejercicio y representación del tal derecho subjetivo. Pensemos en las decisiones de naturaleza médica que a veces hay que adoptar por el menor sencillamente porque él no puede, no sabe que es lo que es en este caso mejor para su salud. MARTÍNEZ RUANO, P. «La capacidad iusfundamental del menor». *Políticas Jurídicas para el menor*. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (Editora) Comares. 2009. pp.93 a 95.

modificado su capacidad en una u otra extensión o se haya prorrogado al haberse, durante la minoría de edad alterado tal capacidad. En ambos casos, menores y personas con la capacidad modificada judicialmente, habrá que estar al caso concreto para determinar lo que más les beneficia en todas las esferas de su persona y bienes, si puede o no a ser oído y escuchado, si se le va a informar en mayor o menor medida o en una particular esfera de su personalidad, estando o debiendo estar los demás principios, como de verosimilitud biológica y/o autenticidad, incluso la tan perseguida como prioritaria verdad biológica, supeditados a todos ellos, a tales intereses. En definitiva y con esas salvedades, apuntar y dejar claro que el precepto está indistintamente redactado para menores e incapaces.

El núcleo de nuestro trabajo descansa en la exégesis y problemática que nos presenta el 124 del Código civil ante un reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial, junto a los que le preceden, artículos 120 a 123. Todos estos preceptos, están referidos a la determinación de la filiación no matrimonial<sup>6</sup> de carácter extrajudicial, a la que también podríamos referirnos como filiación «provisional», en tanto en cuanto está determinada conforme a un reconocimiento voluntario y en una posible o no posesión de estado con todas las luces y sombras<sup>7</sup> que dicha situación puede plantear, y que dejan abierta la posibilidad de volverla a reclamar o impugnar a través de las acciones de filiación, éstas sí en sede judicial.

Indicar que allí donde exista Derecho civil propio en este concreto supuesto, no es de aplicación el Derecho común del artículo que nos ocupa, estándose en esos supuestos a la normativa propia o derecho propio de estos territorios.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Si bien y en virtud de la propia remisión que señala el artículo 119 del CC: «...siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente...» puede también serlo también para la matrimonial. A igual que el 138, también del CC al decir: «El reconocimiento y demás actos jurídicos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial o no matrimonial...».

<sup>7</sup> Podemos todavía ver aquí un atisbo de discriminación entre hijos habidos dentro y fuera del matrimonio. Los primeros cuenta con la importante presunción del 116 del CC, mientras que para los segundos evidentemente no cuentan con ella existe tal presunción. Necesitando mecanismos adicionales para llevarla a cabo. La jurisprudencia del TS señala que la filiación no matrimonial precisa siempre del reconocimiento para que quede determinada, no se presume nunca. SSTs 20 de septiembre 1994 [RJ 1994/1507] y de 14 de mayo de 2004 [RJ 2004/2743].

<sup>8</sup> Las RDGRN de 11 de junio de 2001 [RJ 2002/5498], 27 de septiembre de 2001 [RJ 2001/10207] y 17 de marzo de 2013 [JUR 2008/169627], señalan con carácter general y unánime, que es improcedente aplicar el CC en el caso del Fuero Nuevo de Navarra (Ley 69), el cual no establece ningún requisito supletorio para que el padre lleve a cabo el reconocimiento de su paternidad, la cual se efectúa mediante declaración del mismo ante el Encargado del Registro Civil, sin tenerse que someter a las reglas del Derecho común. Lo mismo ocurre con el Código civil catalán en sus artículos 235-11º y 235-12º en relación a estos tipos de reconocimientos, para los cuales se establecen reglas y presupuestos distintos. Claro ejemplo de ello es la existencia de presunciones de paternidad fuera del matrimonio en el caso del Código civil catalán.

El artículo 124 del Código Civil contempla dos regímenes o supuestos distintos de reconocimiento, uno que podríamos denominar de tipo general en la primera parte aplicable a cualquier tipo de reconocimiento no matrimonial con y sin posesión de estado, y un régimen con características especiales en el segundo apartado, que afecta a los reconocimientos efectuados en testamento o dentro del plazo que recoge la ley para practicar la inscripción del nacimiento (veinticuatro horas a ocho días o dieciséis si hay justa causa) con intervenciones de distinta índole, intensidad y eficacia de los representantes legales del menor y del Ministerio Fiscal. Recogiéndose la posibilidad de petición de suspensión materna durante el año siguiente al nacimiento de la inscripción paterna efectuada, seguida de una posible y voluntaria confirmación del progenitor, eso sí, acompañada de aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal. La realizada en testamento, evidentemente, hasta que se proceda a la apertura del mismo, no surtirá el efecto pretendido, no estando sujeta a ningún condicionante complementario, solo a la validez de la declaración de última voluntad contenida en la disposición *martis causa*. Aun con matizaciones como pondremos de manifiesto más adelante, esta vía puede desplegar sus efectos después del fallecimiento del que lo otorgó, sin duda si el testamento es ológrafo,<sup>9</sup> mientras que, si es abierto, su eficacia es *inter vivos*. Esta circunstancia nos sitúa sobre planteamiento y sobre todo dudas acerca de si esta doble eficacia de una declaración testamentaria podría vulnerar el espíritu de la ley, la propia finalidad y naturaleza jurídica del testamento y generar inseguridad jurídica, en la medida que podría utilizarse para obviar o incumplir las exigencias del primer párrafo del precepto. Otra cuestión será, el carácter o no retroactivo de dicha declaración de última voluntad, en relación, por ejemplo, a los alimentos<sup>10</sup> y el que ahora se declara padre debía de haber llevado a cabo en cumplimiento de sus deberes paternos filiales, constituyéndose en este supuesto esta obligación como un efecto del reconocimiento de la filiación, bien se produzca vía testamentaria o por cualquiera de las otras establecidas.

## 2. EL MENOR Y EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

<sup>9</sup> TORRES GARCÍA, T. *El testamento ológrafo*. Montecorvo. Madrid 1977. p.60.

<sup>10</sup> Todo esto viene reforzado por el propio CC en el artículo 112 al indicar que «La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no dispusiese lo contrario». Precepto que en relación con el 148-1º del mismo cuerpo legal viene a indicar que «la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda».

El supuesto de hecho sobre el que vamos a realizar el estudio del artículo 124 del CC podría ser el siguiente: hijo no matrimonial, con o sin posesión de estado<sup>11</sup>, menor de edad, reconocido por su madre biológica en tiempo y forma, conforme a los requisitos de la legislación del Registro civil, artículos 42 de la LRC y 165-166 del RRC<sup>12</sup>, y cuyo presunto padre biológico con capacidad para reconocer conforme a los presupuestos del reformado artículo 120-2º<sup>13</sup> quiere llevar a cabo de forma voluntaria el reconocimiento de su paternidad, situándose en dicho proceso como sujeto reconocedor. Partiremos del supuesto de la no existencia de paternidad reconocida de antemano, ya que de haberla debería interponer una acción de impugnación de dicha filiación para que la suya fuera en su caso reconocida, conforme a un procedimiento distinto, no pudiéndose invocar los supuestos del artículo 124-1º hasta no se haya impugnado la existencia de una posible filiación contradictoria<sup>14</sup>.

En definitiva, se trata de «*querer ser padre*», para lo cual el CC ofrece unos mecanismos alternativos siempre y cuando se cumplan unos presupuestos y requisitos de fondo y forma.

Es por eso que el «presunto padre» necesita, en virtud de las reglas del artículo 124-1º, obtener el consentimiento expreso de su madre como representante legal del hijo menor<sup>15</sup>, y en caso de no obtenerlo, podrá acudir a la otra opción ofrecida por el

<sup>11</sup> Señalaremos los distintos presupuestos y exigencias, cuando hay o no posesión de estado y en qué medida afectan a esta modalidad de reconocimiento, en virtud de los artículos 131 y del ya mencionado y reformado 133 del CC.

<sup>12</sup> Además de la Orden de 31 de octubre de 1979, sobre cómputo del plazo para inscripción del nacimiento y la Circular de 2 de junio de 1981 de la DGRN, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen general de la filiación. Además de la Orden de 1 de junio de 2001 que afecta a la aplicación de la Orden de 1958 (BOE nº 137, de 8 de junio) que actualiza y sustituye los modelos de los Registros civiles informatizados las expresiones de «marido y mujer» por la de «cónyuge A y cónyuge B», en virtud del artículo 3 de la Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero 2006. A partir de esta última fecha se utilizan los libros informatizados.

<sup>13</sup> La filiación no matrimonial según dicho precepto, podrá determinarse, entre otras formas, por el reconocimiento ante el encargado del Registro civil, en testamento o en otro documento público, conforme al artículo 120 del CC.

<sup>14</sup> Distinto sería el caso en el que el menor que pretende reconocerse está adoptado eficazmente. Ambas situaciones son compatibles, adopción y reconocimiento biológico. Artículo 177 del CC que viene incluso a reforzar en argumentos a la DGRN el vínculo legal de la adopción. En la RDGRN de 11 de marzo de 1985 [RJ 1985/2248], se plantea el supuesto de un progenitor que pretende reconocer mediante los instrumentos del 124 del CC siendo los representantes legales los adoptantes o adoptante que constan como tales en la escritura de adopción. En relación a otro supuesto, pero en esta misma línea se expresa la RDGRN de 4 de abril de 2008 [JUR 2009/381341] al afirmar que: «...No es inscribible la filiación no matrimonial que resulta contradictoria con otra matrimonial anterior».

<sup>15</sup> No solo se erigen evidentemente como representantes las posibles personas físicas, padres, madres o tutores, sino que cuando un menor se encuentra en situación de desamparo, será la institución o el organismo público el que deba prestar dicho consentimiento. La RDGRN de 3 de mayo de 2001 [JUR 2001/231571] recoge: «Que es inscribible el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad

precepto en el mismo apartado: la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y de la madre cuya filiación ya está determinada.

Los supuestos del párrafo segundo del mismo artículo, los trataremos más adelante, pues aun cuando referidos también al reconocimiento de la filiación no matrimonial el mismo se lleva a cabo a través de instrumentos, situaciones temporales e intervenciones de los representantes del menor muy diferentes en presencia, intensidad y exigencias.

En dicho escenario situaremos el posible conflicto, colisión y primacía o no de la letra de la ley con los principios de verosimilitud biológica que no verdad biológica, y el interés superior del menor, ya que en todos los procesos de filiación aun cuando rige desde siempre como regla principal de tales procedimientos, la búsqueda y coincidencia de la verdad biológica con la jurídica en consonancia con los principios constitucionales de los artículos 10 y 39-2º, es cierto que la protección del menor o menores implicados, de sus intereses en el más amplio sentido de la expresión están no solo presentes sino que prioritariamente situados, con una amplia y exhaustiva normativa *ad hoc* con forma de ley orgánica, que lo dotan de rango de ley,<sup>16</sup> pudiéndose sin género de dudas llevar a cabo este tipo de reconocimientos de un menor, a sabiendas de que no es hijo por naturaleza, atendiendo exclusivamente a los intereses del menor.

Por ello, aunque se pretenda como premisa principal y básica la coincidencia de ambas filiaciones, biológica y jurídica, no siempre es así ni tiene porque serlo<sup>17</sup>, se puede desde luego tener otra distinta legalmente determinada por la vía del reconocimiento voluntario en sede extramatrimonial, siendo ésta la que se deberá y tendrá que hacerse valer,<sup>18</sup> en tanto en cuanto no se ponga en duda, si es que esto ocurre en algún momento, bien por el propio afectado, representantes o persona interesada.

---

*declarado en desamparo, cuando ha prestado su consentimiento el organismo público que había asumido la tutela y representación del mismo».*

<sup>16</sup> No hay nada más que leer el artículo 2 de Ley orgánica de Protección Jurídica del menor, modificado por la también Ley Orgánica de 22 de julio de 2015, para deducir del mismo el carácter normativo de dicho principio, dotándolo de contenido y donde se incluyen como criterios generales el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, así como la satisfacción de sus necesidades básicas y materiales, físicas, educativas, emocionales y efectivas; la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones, así como su derecho a participar progresivamente en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal en el proceso de determinación de su interés personal; la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, lo que implica priorizar la permanencia del menor en su familia de origen y preservar el mantenimiento de sus relaciones familiares.

<sup>17</sup> Sobra apuntar desde luego la filiación extramatrimonial o no obtenida vía adopción o a través de algunas técnicas de reproducción asistida.

<sup>18</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho civil IV. Derecho de Familia*. Edifoser. Madrid 2013. p.210.

No podemos pasar por alto la importancia del reconocimiento al que se refiere el artículo 124, partiendo de la base de que el contenido básico de la filiación supone entre otras cuestiones y en lo que al menor se refiere, por un lado el derecho a los apellidos tal y como están o pueden estar determinados desde la entrada en vigor de los artículos 49-2º y 53 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el 30 de junio de 2107<sup>19</sup>, además de los artículos 109 del CC, 55 LRC y 108 de la RRC, el ejercicio de la patria potestad tal y como se contempla en el artículo 154 del CC y el derecho a los alimentos, aun cuando estén incorporados dentro de los deberes inherentes a la patria potestad del 110 del CC aunque han sido privados de la misma por cualquiera de los motivos regulados, dejando a salvo, eso sí, las exclusiones previstas, así como todos los derechos sucesorios (807 y ss. del CC) que le pueden corresponder.

Todas estas consecuencias que le atañen al menor por dicho reconocimiento, se llevarán a cabo siempre que su interés se vea del todo protegido, no admitiéndose, como tendremos oportunidad de señalar más adelante, un reconocimiento en el que primen otros intereses que no beneficien al menor.

### 3. REQUISITOS PARA LA EFICACIA DEL RECONOCIMIENTO

Cumplimiento de formalidades de naturaleza formal y solemne, con la finalidad no de dificultar y/o evitar el reconocimiento, sino de dejar constancia, si es posible sin género de dudas y conforme a derecho, de que éste se ha producido en fase extrajudicial y sin presunciones que lo avalen, solo a través de una manifestación de voluntad conforme a unos requisitos y presupuestos que dotan de eficacia y validez al reconocimiento.

Nos detendremos en el estudio de tales requisitos desde principio a fin. Todas y cada una de las exigencias que las manifestaciones de voluntad del reconocedor y

<sup>19</sup> Ley todavía en *vacatio legis*, pero que en relación con dicha circunstancia han entrado en vigor, conforme a la disposición final décima de la LRC de 2011, por la redacción dada a la misma por el apartado cuatro del artículo único de la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la ley 15/2105 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria. Dicha regulación, ya con fuerza de ley, fue puesta de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en STC de 7 de octubre de 2013 [RJ 2013/167] y el Tribunal Supremo en SSTs de 11 de noviembre de 2015 [RJ 2015/5606] y 12 de noviembre de 2105 [RJ 2015/5602], todas ellas coincidentes en considerar bien el cambio de orden de los apellidos, con y sin acuerdo entre los progenitores, voluntariamente y en observancia siempre del interés del menor, acorde con la LRC de 2011. Se observa y es de destacar que hay determinadas partes de la LRC de 2011 que sí están vigentes, como las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, al igual que los artículos 44,45,46,47,49-1º y 4º, 64,66,67-3º y la disposición adicional novena, por la redacción dada por la ya mencionada Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro civil, y que entraron en vigor el 15 de octubre de 2015. Todo ello en espera de una nueva demora de la LRC de 2011.



representante legal deben reunir y una vez obtenidas, verificadas y en su caso certificadas, su procedente inscripción en el Registro civil. Deben también cumplirse unas formalidades cuando el reconocimiento se obtiene conforme a los presupuestos del párrafo segundo del artículo en estudio. Requisitos formales y competenciales para declarar o no la filiación de un menor y en consecuencia proceder o no a su inscripción, dotarla de publicidad y de sus importantes efectos.

Al no ser ya la verdad biológica la única a tener en cuenta para el reconocimiento, ésta se deberá conjugar con otros elementos probatorios y observarse en el cumplimiento de tales formalidades para proceder o no a la inscripción, en nuestro caso de la paternidad. Medios de prueba testificales<sup>20</sup> y de otra índole, en los supuestos no de existencia de forma expresa y continuada de lo que supone la posesión de estado, junto con otros como puede ser la propia verosimilitud biológica cercana a la verdad biológica y que refuerzan en sentido positivo o negativo el reconocimiento de la filiación paterna no matrimonial.

### 3.1. Formales

Formalidades personales y documentales, en la medida que deben observarse para dotar de validez al reconocimiento, conforme a manifestaciones de voluntad libres en el más amplio sentido de la expresión, así como la tramitación del expediente registral adecuadamente. Se trata de un reconocimiento voluntario de carácter personalísimo, con forma de acto jurídico unilateral, solemne, puro y de enorme trascendencia para la filiación del menor afectado.

Se necesitan dos manifestaciones de voluntad: por un lado y primero, la del supuesto padre reconocedor, éste deberá manifestar dicho reconocimiento de forma expresa, libre, voluntaria, personal e irrevocable. Y por otro y en segundo lugar, el consentimiento también expreso del representante legalmente constituido.

Literalmente dice el texto del artículo: «*consentimiento expreso de su representante legal*», en nuestro supuesto la madre cuya filiación ha sido determinada e inscrita con arreglo a lo establecido en la Legislación del Registro Civil, en tiempo y forma (artículos 47 de la LRC y 181-182 del RRC, y 115 del CC)<sup>21</sup> salvo que ésta haya sido privada de la

<sup>20</sup> Vid en este sentido las SAP de Santa Cruz de Tenerife de 4 de marzo de 2000 [RJ 2000/149814] y de Cáceres de 14 de mayo de 2003 [RJ 2003/167209].

<sup>21</sup> El párrafo 1º del artículo 47 de la LRC fue derogado por inconstitucional por la STS de 21 de septiembre de 1999 [RJ 776/1999], en su fundamento jurídico quinto, ya que permitía interpretaciones reglamentarias, que hacían depender de la voluntad de la madre el hecho registral de la maternidad, quedando redactado dicho párrafo de la siguiente forma: «*En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincida la declaración y el parte o comprobación reglamentaria*».

patria potestad por cualquier causa, en cuyo caso será el tutor legalmente determinado el que deba emitir tal consentimiento. Decir que si el menor no está bajo la patria potestad y no está todavía constituida la tutela, habrá que recurrir a la vía de la aprobación judicial como único recurso del primer apartado del artículo 124 del CC, situación ésta que desde luego no debe producirse ya que dicho intervalo de tiempo el menor pasará a estar bajo la potestad de la entidad pública<sup>22</sup>, evitándose de esta forma el desamparo, siendo la Entidad pública, la que como hemos apuntado más adelante, actuaría como representante del menor.

Acto jurídico unilateral, personal y expreso donde no caben las declaraciones tácitas o meramente deducibles de una voluntad<sup>23</sup>. Consentimientos ambos, el de querer reconocer la paternidad y el afirmarla y consentirla el otro progenitor<sup>24</sup>, emitidos con carácter *ex lege* y de forma autónoma e independiente<sup>25</sup>. Ambas manifestaciones pueden ser consideradas como excepciones a cualquier disposición autónoma de las partes en este concreto ámbito del Derecho de familia, en virtud de principios como el de *favor filii*, el interés de la familia, la verosimilitud, la verdad biológica, y por supuesto el interés superior del menor, sobre todo en lo que al reconocedor se refiere.<sup>26</sup>

---

Dicho precepto, tal y como hemos apuntado más adelante ha sido reformado por la LRC de 2011 y entró en vigor el 30 de junio de 2017, siendo ahora la redacción de dicho párrafo primero la siguiente: «Respecto de los nacimientos que se han producido fuera del establecimiento sanitario, o cuando por cualquier causa no se haya remitido el documento en plazo y condiciones previstas en el artículo anterior, los obligados en promover la inscripción dispondrán de un plazo de diez días para la declaración del nacimiento ante la Oficina del registro civil o las Oficinas Consulares del Registro civil».

<sup>22</sup>Vid. nota 13 de este trabajo. Ahora bien, la RDGRN de 18 de mayo de 1988 [JUR 1989/12654] parte de la idea de que pueden darse supuestos en los que el menor o incapaz no esté sujeto ni a patria potestad ni a tutela, siendo suficiente en estos casos que el Ministerio Fiscal de su aprobación con forma de consentimiento expreso al reconocimiento, para que este sea eficaz e inscribible. Con esto deja en manos del Ministerio público el reconocimiento de la filiación sin intervenciones ni audiencias de ningún tipo.

<sup>23</sup>A diferencia del posible consentimiento tácito del mayor de edad autorizado por el artículo 123 del CC y de todo punto razonable.

<sup>24</sup> Acto confesión y acto admisión es la denominación que se le otorgan a ambas manifestaciones de voluntad. ROYO MARTÍNEZ, M. *Derecho de familia* (Exposición muy elemental del Derecho civil español). Fondo Suárez. Sevilla 1949. p.226.

<sup>25</sup>DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. «La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre la familia». *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*. Nº 9. 1986. p.12.

<sup>26</sup>BARBER CÁRCAMO, R. Considera que el único ámbito dejado por el legislador al juego de la autonomía de la voluntad en materia de la filiación por naturaleza es el de los consentimientos complementarios para la eficacia del reconocimiento, ampliada después de la reforma de mayo de 1981. Si se confía en la voluntad del presunto progenitor para la determinación de la paternidad, se está flexibilizando la determinación de la filiación, desde posiciones de habitualidad y de protección del hijo. Un reconocimiento voluntario como el del artículo 124 constituye un modo también voluntario de impedir o declarar la eficacia del mismo, situándose en ocasiones en las que no hay coincidencia con la verdad biológica como un interés subjetivo de la conveniencia, es decir, en la autonomía de la voluntad o la autodeterminación, hacia el destinatario del reconocimiento. «Autonomía de la voluntad y derecho de filiación». *Estudios de Derecho civil*, en Homenaje al Profesor RAMS ALBESA, J.J. Coordinado por CUENCA

Manifestaciones de voluntad expresas y formales, en tanto que van a ser objeto de publicidad registral y que incluso se les podría exigir una motivación, sobre todo en los casos de negativa de la madre a tal reconocimiento como representante legal,<sup>27</sup> en la medida que tales causas ayudarían a la autoridad judicial en caso de acudir posteriormente a ella, a concederla o no una vez conocidos los argumentos de la denegación.

Cuando se produzca un conflicto de intereses entre las partes implicadas, por ejemplo el sujeto reconocedor en base a una posesión de estado ha venido ejerciendo y cumpliendo los deberes inherentes a la patria potestad y quiere ahora el reconocimiento formal de su paternidad y la madre se opone, ésta puede ser sustituida por un defensor judicial en defensa desde luego de los intereses del menor.<sup>28</sup> Ahora bien, pensamos que en estos casos en aras de una mayor seguridad jurídica y del cumplimiento del principio de legalidad, que la figura del defensor judicial no tiene mucha razón de ser, ya que o bien se obtiene el consentimiento del representante legal y de oponerse habrá y se podrá acudir a la otra opción del precepto, la aprobación judicial y sus requisitos adicionales.

El «presunto padre» emite el reconocimiento del hijo de forma unilateral en primera persona, de ahí su carácter *intuitu personae* afirmando de esta forma ser el progenitor. Hay cierta controversia doctrinal acerca de si puede llevarse a cabo tal manifestación a través de un poder especial<sup>29</sup> otorgado a tal efecto. En general no solo lo niegan, sino que ni se contempla por ser contrario al carácter tan especial por personal de tal declaración, posición u opinión ésta última con la que estamos de acuerdo, ya de lo contrario iría no solo en contra del propio espíritu de la ley, sino del principio de seguridad jurídica que debe estar especialmente presente en este ámbito. En consecuencia, ni la delegación, ni el apoderamiento pueden en este caso ser sustitutivos de esta única, personal y concreta manifestación de voluntad.

---

CASAS, M, ANGUITA VILLANUEVA Y ORTEGA DOMÉNECH J. Dykinson, Consejo General del Notariado y Registradores de España. Madrid 2013. pp. 1116-1117.

<sup>27</sup>DURÁN RIVACOBBA, R. «La eficacia del reconocimiento de la filiación no matrimonial». ADC. Vol. 40. Nº 1. 1987. pp.151 y ss.

<sup>28</sup>RIVERO HERNÁNDEZ, F. Considera que: «...Si se trata de reconocimiento conjunto y simultáneo otorgado por el padre y la madre, el consentimiento otorgado por cada progenitor al reconocimiento otorgado por el otro ha de estimarse bastante, y excesivo el tener que acudir a la aprobación judicial...». Tomando como base la propia intención de la DGRN en Resolución de 11 de noviembre de 1987. En cambio, es necesario acudir a tal aprobación judicial cuando la madre se opone a tal reconocimiento, negando la paternidad. RDGRN de 5 de agosto de 1981, 2 de marzo de 1982 y 25 de marzo de 1985. «Artículo 124». *Comentario al Código civil* Artículo 124. Ministerio de Justicia. Madrid 1991. p.473.

<sup>29</sup>VAQUERO PINTO, MJ. «La filiación extramatrimonial» en A.A.V.V. *Tratado de Derecho de Familia*. (Las relaciones paterno filiales). YZQUIERDO TOLSADA, M. Y CUENCA CASAS, M (Directores). Volumen V. 2011 Aranzadi. Thomson Reuters. pp. 235 a 237.

Ahora bien, no podemos obviar tanto por reales como por deseables los reconocimientos de persona fallecida, bien mediante reconocimiento de filiación testamentario<sup>30</sup> con contenido o no patrimonial (artículo 741 del CC), como por el resultado positivo de la prueba biológica de paternidad realizada después del fallecimiento, la cual goza de una veracidad del 99,99%. La SAP Madrid de 10 de octubre de 2002 [RJ 2003/28915]<sup>31</sup> declara la procedencia de la filiación no matrimonial, a la vista de dichas pruebas biológicas realizadas por el Instituto Nacional de Toxicología, medio de prueba oficial, directa, no plena y absoluta, aun cuando se le atribuye valor de casi total aproximación a la verdad biológica.

La forma en la que se debe emitir tal declaración es a través de un documento público elevado a escritura pública, no siendo válidos los reconocimientos emitidos a través de documentos privados ni incluso en acta notarial,<sup>32</sup> por lo que la solemnidad del reconocimiento es tan patente como exigente. En cualquier caso, el testamento puede ser abierto, cerrado<sup>33</sup> u ológrafo. Dicho acto de reconocimiento vía declaración de última voluntad tiene la naturaleza de negocio jurídico,<sup>34</sup> como título de determinación de la filiación, pudiéndose incluso utilizar como medio para eludir las exigencias del primer punto del precepto<sup>35</sup>, o como una simple confesión, cuestión ésta última pensamos que puede darse y contemplarse en los supuestos en los que la vía testamentaria se haya utilizado única y exclusivamente para tal fin, no conteniendo la declaración de última voluntad ninguna cláusula patrimonial, en cuyo caso creemos debería tratarse de un documento distinto al testamento, para los cuales la ley no concede validez ni eficacia en lo que al reconocimiento se refiere. Una declaración de última voluntad vía testamentaria, siempre gozará de la naturaleza de negocio jurídico, sea cual sea su contenido, una confesión como tal declaración de voluntad, no tendría

<sup>30</sup> La SAP de Madrid de 21 de mayo de 2009 [RJ 2010/269005] en virtud de la cual se lleva a cabo el reconocimiento de la filiación no matrimonial por testamento.

<sup>31</sup> Avalada por SSTS de 15 de marzo de 1990 [RJ 1990/1698] y 20 de mayo de 1991 [RJ1991/3775]

<sup>32</sup> La STS de 14 de mayo de 2004 [RJ 2004/2743] es clara y determinante en esta formalidad. No considera el acta notarial de manifestaciones como título válido y determinante de filiación no matrimonial, aun cuando pueda utilizarse a posteriori como un documento más de prueba para el reconocimiento vía registral, o incluso para una acción judicial de declaración de filiación.

<sup>33</sup> El artículo 188 del RRC se expresa en este sentido diciendo que: «*El reconocimiento de un menor o incapaz, sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de aprobación judicial, cuando conste en testamento y se acredite la defunción del autor del reconocimiento...*».

<sup>34</sup> En relación a la naturaleza de los reconocimientos de hijos en testamento y sus requisitos personales y formales, puede consultarse a: CAÑIZARES LASO, A. *El reconocimiento testamentario de la filiación*. Montecorvo. Madrid 1990. pp.129 y ss.

<sup>35</sup> La RRDGRN de 22 de julio de 1985 [1985/5265] y 16 de mayo de 1986 [RJ 1986/3038] en relación a esta posibilidad, han declarado que la eficacia del reconocimiento testamentario de un menor, en vida de su autor, está totalmente condicionada al fallecimiento de acto *mortis causa* y en su caso al consentimiento del hijo si ya es mayor de edad. RIVERO HERNÁNDEZ, F. en «Artículo 124» *Op. cit.* p. 473.

validez ni eficacia alguna para el reconocimiento pretendido, y como hemos apuntado más adelante, si se utiliza con esa única finalidad, podría por no haber conseguido en vida las otras alternativas que ofrece el precepto que nos ocupa.

Realizada tal manifestación de voluntad, libre y consentida exigida por el punto primero del artículo 124 del CC, el supuesto padre, quedará vinculado por la misma de forma irrevocable<sup>36</sup>, pero no tendrá efectos y la eficacia quedará supeditada al momento que obtenga el consentimiento expreso de la madre o representante legal<sup>37</sup>, éste también irrevocable y sobre los cuales no cabe desdecirse en aplicación del supuesto del artículo 124 del CC, sí desde su impugnación en sede de judicial vía acciones de filiación. Puede emitirse tal manifestación de voluntad, también vinculante y en consecuencia irrevocable, a través de la vía de la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente reconocido. Tanto una como otra, tienen carácter retroactivo como un requisito más de eficacia del reconocimiento,<sup>38</sup>aplicándose todos sus efectos y consecuencias conforme a tal efecto. Acudir y utilizar esta segunda opción, como acto de jurisdicción voluntaria, al igual que la confesión paterna y el posterior consentimiento, son actos irrevocables entre otras razones porque inciden en el estado civil de forma fehaciente, haciendo que no quepa

<sup>36</sup> Haciendo una interpretación extensiva del artículo 741 del CC, tanto la declaración más el consentimiento de la filiación del artículo 124 son irrevocables. Aunque se retire la declaración o se revoque el consentimiento del progenitor, ésta queda intacta y las revocaciones no surten efecto alguno. También la RDGN de 11 de marzo de 1985 [RJ 1985/2248] señala dicha característica, cuando ante una inscripción fuera de plazo con posesión de estado, se pretende poner en duda la misma y dejarla sin efecto,

Igualmente una SAP de Murcia de 15 de julio de 2005 [2006/81679], quiere dejar claro que la naturaleza jurídica del reconocimiento es un acto unilateral y sobre todo irrevocable, que solo pierde fuerza o incluso validez si se demuestra la existencia de un vicio de la voluntad, no siendo éstos los supuestos de los tan mencionados reconocimientos de complacencia a los que nos referiremos más adelante, ya que en ellos no hay vicio alguno, el reconocedor lo lleva a cabo de forma voluntaria y en cumplimiento de las formalidades, solo que sabiendas de que no es el padre biológico del menor, comportamiento totalmente distinto a los vicios del consentimiento. Lo que desde luego también puede y debe ser sancionado en su validez a través de las acciones de impugnación de la filiación.

<sup>37</sup> La DGRN tiene claro el declarar irrevocable el consentimiento prestado por la madre o representante legal. RRDGRN de 18 de septiembre de 1993 [RJ 1993/6683], 22 de diciembre de 1994 [RJ 1995/1540], 1 de junio de 1995 [RJ 1995/5190]. Todas ellas coinciden en afirmar que al igual que el reconocimiento voluntario del supuesto padre es irrevocable, lo es el otorgado por el representante legal, no siendo posible que una vez emitido y declarada la filiación no matrimonial extrajudicialmente, puedan retractarse o desdecirse, yendo contra sus propios actos. Un cambio de voluntad en la madre es intrascendente, la primera emisión de su voluntad/consentimiento perfeccionó la filiación paterna y la dota de eficacia para su inscripción: «...las mismas razones que inducen a configurar el reconocimiento como un acto irrevocable...juegan para el consentimiento complementario del reconocimiento y que dota a éste de plena eficacia. Un cambio en la voluntad de la madre es intrascendente; el reconocimiento de la paternidad ha quedado perfeccionado y es por ello inscribible, y las eventuales alegaciones posteriores de la madre, que, además, ha vuelto a desdecirlas, no corresponden al ámbito registral».

<sup>38</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Artículo 124». *Op. cit.* p. 474.

la posibilidad de que la eficacia del reconocimiento resulte irrelevante por una simple manifestación de la voluntad en sentido contrario, obstaculizándose de este modo, la posibilidad de su impugnación<sup>39</sup>. Se observa aquí la importancia de dichas manifestaciones de voluntad en este tipo de reconocimientos filiales, nada caprichosos desde luego y evitándose desde decirse de lo manifestado y consentido.

Parece deducirse de la letra del precepto en cuanto al orden de los requisitos señalados, que la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal y del progenitor legalmente conocido e inscrito como tal, es subsidiaria o al menos así se pretende, esto es, una vez no se haya obtenido el consentimiento podrá acudir a ella. Con ello el legislador quiere poner de manifiesto que más vale un buen o amistoso acuerdo entre los progenitores que acudir a la intervención de la autoridad judicial y del Ministerio público. Ahora bien, creemos que esto no tiene que ser necesariamente así, en el sentido de que nada impide y nada dice el artículo respecto a dicho carácter subsidiario de la segunda opción, para lo cual debería de haberse expresado diciendo: «*no habiéndose obtenido el consentimiento podrá acudirse...*». Es por ello, que consideremos y partimos de la premisa de que el sujeto reconocedor puede acudir primero a la vía de la autorización judicial y no obtenida ésta a la del consentimiento, si bien, en orden no solo del interés del menor sino del principio de seguridad jurídica, es más oportuno pretender en primer lugar el consentimiento y de no obtenerlo acudir a la otra alternativa, no por litigiosa, sino por ser lógicamente más dilatada en el tiempo y donde intervienen en mayor o menor medida otros operadores jurídicos y personas interesadas. Todos ellos, atendiendo desde luego a criterios objetivos basados en la obtención de pruebas que se estimen pertinentes, dirimirán las posibles discrepancias o motivos que han llevado a la progenitora a denegar el reconocimiento y a proceder o no a estimar el reconocimiento pretendido.

En cualquier caso, la redacción del propio precepto deja apuntados los siguientes interrogantes: ¿Puede el reconocedor acudir indistintamente a cualquiera de las dos vías que propone el artículo 124-1º? ¿O solo a una de ellas? ¿O habiendo acudido y no obtenido, en primer lugar, la aprobación judicial, debido a su carácter más objetivo por el control judicial que conlleva, se le cierra la vía del consentimiento materno? ¿O denegado el consentimiento es cuando puede o debe acudir a la aprobación judicial con sus respectivas audiencias, y no antes?

<sup>39</sup> SSTs de 22 de diciembre de 1964 [RJ 1964/5906] y 10 de mayo de 2012 [RJ 2012//6341] son contundentes en la idea de que el reconocimiento es principio irrevocable por exigencias de la seguridad del estado civil de las personas, por lo que el cambio de voluntad del reconocedor es incomprensible con las condiciones de personalidad y permanencia del estado civil, pero no es absoluto en cuanto a que se impida la impugnación, vía judicial y a posteriori.

La DGRN, en la Resolución de 3 de mayo del año 2001 [JUR 2001/231571], quiere dejar claro que el sujeto reconocedor, puede acudir indistintamente a cualquier de los dos procedimientos señalados en el párrafo primero del artículo 124, esto es, primero conseguir el consentimiento expreso de la madre o la aprobación judicial y sus audiencias, o viceversa.

Esta alternancia en cuanto a las opciones señaladas y requisitos exigidos, provoca de inmediato también dos cuestiones: La primera de ellas es si es potestativo en la persona que quiere reconocer acudir a una u otra vía, es decir, si queda a su libre elección acudir a una u otra de las opciones con la que cuenta para solicitar el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, y la segunda, si se refiere a que una vez que se opte o elija una de las dos vías anteriores, se pueda tener o no la posibilidad de acudir en caso de no obtenerla, a la otra.

En cualquier caso, el reconocimiento es válido para cualquiera de las opciones señaladas, y cuyos requisitos muestran un carácter alternativo y no acumulativo, con lo que es suficiente que concurra uno y surta sus efectos para que el acto sea eficaz.

La doctrina ve en dichas opciones distintos planteamientos y posibilidades para dotarla de eficacia y efectos<sup>40</sup>, pudiéndose incluso hablar de distintas teorías o posiciones al respecto: Una de ellas se refiere a que el reconocedor cuenta con libertad plena, al menos en sentido teórico, para poder solicitar el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, y si alguno de los dos fuera denegado podría acudir al otro<sup>41</sup>. Aquí se cuenta con dos opciones, dos posibilidades de obtener el reconocimiento.

Otra de las posiciones, considera potestativo del reconocedor acudir a obtener el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial, con la posibilidad de poder recurrir al juez en caso de que el anterior no preste su consentimiento. Ahora bien, no se admite el consentimiento del representante legal si de forma previa se ha denegado la aprobación por el órgano judicial como imperativo legal, de esta forma se entiende que se debe elegir entre un medio u otro<sup>42</sup>, ya que pierde una de las opciones si es denegada la segunda de ellas.

<sup>40</sup>SERNA MEROÑO, E. «La Reforma de la Filiación». *Anales de Derecho*. Nº 6.1984. pp.135 y ss.

<sup>41</sup>VERDA Y BELMONTE, J.M. Señala que se exige por ley la asistencia mediante uno u otro requisito, el consentimiento del representante o la aprobación judicial. *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*. Aranzadi. Madrid 2005. p.217.

<sup>42</sup>SANCHO REBULLIDA, F. *Elementos del Derecho civil*. Título IV. Capítulo IX. Familia. Madrid. Dykinson. pp. 51 y ss.

Y una tercera visión parte desde luego del carácter potestativo de los requisitos del 124-1º, pero no se admiten como elementos subsidiarios, ni el consentimiento del representante legal del menor ni la aprobación judicial, es decir, si es elegida una de las dos vías, no se podría acudir a la otra<sup>43</sup>. El reconocedor debe elegir entre una u otra opción.

En cuanto al carácter o no potestativo por parte del reconocedor que pretende el reconocimiento del hijo extramatrimonial, el hecho de que acuda al consentimiento del representante legal o a la aprobación judicial, hay que señalar que la doctrina considera de forma mayoritaria, la idea de que la aprobación judicial sea una alternativa subsidiaria a los demás medios mencionados, aunque de forma explícita no se corresponda con el tenor literal del primer párrafo del artículo 124 del Código Civil, que en un primer momento parece que no otorga preferencia ninguna a los requisitos alternativos<sup>44</sup>, ofreciendo una doble alternativa: *consentimiento o aprobación judicial*. Si hubiera recogido: «consentimiento y aprobación judicial», la interpretación o aplicación del precepto podría ser distinta.

Vista así la subsidiariedad de la aprobación judicial, consideramos que esta sería la solución más factible y más segura en cuanto se refiere a las reformas acaecidas en torno al régimen jurídico de filiación, en virtud de los principios que la informan y en base al hecho de que el otro progenitor será el representante legal del menor a quien se pretende reconocer, por lo que habrá de tenerse en cuenta y considerar que el reconocimiento afecta a la esfera personal del menor y a todos sus intereses. Podría parecer más garantista en aras de la protección que se pretende y de una mayor seguridad jurídica, que el consentimiento del que tiene la representación, tenga un valor o importancia mayor, pero con evidentes cautelas para evitar los reconocimientos de complacencia<sup>45</sup>, y a los que nos referiremos más adelante.

<sup>43</sup>Consideran DIEZ-PICAZO-GULLÓN que es potestativo del reconocedor acudir a uno u otro procedimiento, por lo que entienden que el reconocedor debe elegir entre una u otra vía, pero no disponer de ambas como una especie de recurso ante el fallo de la anteriormente elegida. No obstante, si entienden, que hubiese sido más lógico estructurar la aprobación judicial como elemento subsidiario para la hipótesis de que el menor careciere de representante legal. En *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV. Tecnos Madrid 2012. pp. 262

<sup>44</sup>LUCES GIL, F. «Exposición sintética del nuevo régimen de filiación» *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*. 1981. Nº 1. p.7.

<sup>45</sup>Reconocimiento de complacencia distinto de los de «conveniencia», en éstos se infiere una clara voluntad *contra legem* y en interés exclusivo del propio reconocedor, para nada se realizan pesando en el interés del reconocido. Para ver la diferencia entre ambos reconocimientos puede consultarse, DE LA IGLESIA MONJE, M.J. «Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la impugnación de la misma». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 758. p. 3353.



También por economía procesal y rapidez, acudir en primer lugar al representante del menor será más rápido que si se acude directamente a la aprobación judicial. Este proceso podría ser más lento a la hora de determinar la filiación e incluso se llegaría a obstaculizar en ciertos casos la intervención del representante del menor. Con esto podemos concluir en relación a esta idea, que la intervención judicial podría entrar en juego en el supuesto de una clara y evidente colisión de intereses entre las partes implicadas, que claramente perjudiquen al menor, o la negativa del representante legal, por lo que se deberá acudir a la segunda alternativa.

Sea como fuere, el interés superior del menor prima o debe hacerlo en cuanto al reconocimiento se refiere. Se debe pensar qué opción es más beneficiosa, teniendo en cuenta también que la ley ampara a los progenitores, por cuanto todo padre tiene derecho a ser reconocido como tal al igual que su pretendida descendencia, de ahí que se establezcan a posteriori otros mecanismos judiciales para insistir en tal determinación y/o pretensión.<sup>46</sup>

Y por último y según tales posicionamientos doctrinales, se entiende que el interesado en reconocer su paternidad, tan solo podría acudir a la vía de la aprobación judicial en caso de que no existiere representación legal del menor o se hubiere denegado el consentimiento de forma previa, es decir, la vía judicial cumpliría una función subsidiaria respecto a las anteriores, de esta forma, se puede permitir el reconocimiento por parte del representante legal aunque el juez no lo hubiese aprobado<sup>47</sup>.

En cualquier caso, de la letra de la ley se deduce que es potestativo del sujeto reconocedor el acudir a una u otra de las opciones y que seguramente lo hará en función de las circunstancias del caso concreto y de todos los intereses en juego. Ahora bien, ¿si acude directamente a obtener la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido para otorgar eficacia al citado

<sup>46</sup>La Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus artículos 764 y siguientes, establece que los padres que deseen reconocer, pero se encuentren con la negativa por parte de la madre, deben reclamar su paternidad presentando demanda acompañada de un principio de prueba (testigos, fotos e incluso mensajes, cualquier cosa que acredite la presunta paternidad), cualquier forma para justificar la convivencia o que se hubiere mantenido relación con la madre del niño en la fecha de la posible concepción. Si tal circunstancia se reconoce a través de Sentencia Judicial, el presunto padre, ya reconocido como progenitor, obtendrá una serie de derechos y de obligaciones derivados de la situación como padre y para el interés superior del niño.

<sup>47</sup> Vid también en esta línea GARNICA MARTÍN, J.F. «Reconocimiento de la filiación con carácter extramatrimonial: la necesidad de aprobación judicial: Artículo 124 del Código civil». *Revista General del Derecho*. Nº 525. 1998. p.3394.

reconocimiento<sup>48</sup> y ésta no se obtiene, cabe acudir a obtener el consentimiento sin más de la madre? Es en ésta última posibilidad donde pueden darse con más vehemencia y claridad los ya mencionados y conocidos reconocimientos de complacencia<sup>49</sup>. Podemos pensar que, ante la no obtención de la correspondiente aprobación judicial, las partes acuerdan llevarla a cabo, faltando a la verdad biológica y en base a otros intereses ajenos al menor. Reconocimientos de complacencia que se dan y desde luego pueden presentarse en la primera de las opciones vía consentimiento del representante legal y en principio realizadas en fraude de ley.

Sobre los reconocimientos de complacencia, la doctrina y la DGRN se ha pronunciado y lo seguirá haciendo, ya que en la voluntariedad y asunción de paternidad que todo reconocimiento supone, no es fácil ver en ella el carácter fraudulento con que se ha emitido,<sup>50</sup> a sabiendas que no hay coincidencia entre la filiación jurídica ya formalizada y la real o biológica.

Lo que habría que demostrar en estos falsos reconocimientos y poder impugnarlos vía judicial con un plazo de caducidad para ejercerla de cuatro años contados desde el reconocimiento de complacencia<sup>51</sup>, es que el acto voluntario no contiene una *sana intencionalidad*, entendiendo por tal el fin que debe perseguir tal manifestación de voluntad, la causa que lo motiva no debe ser otra que el asumir la filiación en interés del hijo reconocido con todas sus consecuencias<sup>52</sup>, o también que el consentimiento

<sup>48</sup> BALLARÍN HERNÁNDEZ R. Afirma que superadas las vacilaciones que van de la mano de las reformas legislativas y las acompañan, a día de hoy se conoce que los términos complementarios a que se refiere el citado artículo 124 del Código Civil, derivan del consentimiento del representante legal sin más aprobación, o de las audiencias referidas ante la persona encargada del Registro Civil o ante el Ministerio Fiscal. En «Sobre la legitimación del reconocedor paterno, por vía exenta de cumplimientos, para ejercitar las acciones de filiación, si se deniega la confirmación de la inscripción de reconocimiento suspendida». *Estudios Homenaje al DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.* Coordinados por Cabanillas Sánchez, A. Vol.3. 2002. pp. 4412 y ss. En esta línea DURÁN RIVACOBRA, R. señala que el legislador hace uso de esta conjunción disyuntiva tanto en el primer párrafo del artículo 124 como en el segundo, cuando excluye la necesidad de estos requisitos para la eficacia plena del reconocimiento. Incide también en el carácter alternativo de estos requisitos previos. «La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o del incapaz». *Anuario de Derecho civil.* 1987. pp.139 y ss.

<sup>49</sup> Aun cuando respondan a intereses ajenos al menor, la voluntariedad y asunción de paternidad que suponen, supondrían para el reconocedor asumir la filiación en toda su amplitud y consecuencias en lo que se refiere, sobre todo, a obligaciones.

<sup>50</sup> En relación a estos reconocimientos puede consultarse: GALLO VÉLEZ, A. S. *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho común español.* Colección Monografías de Derecho civil. I. Persona y Familia. Dykinson. 2017. pp. 110 y ss.

<sup>51</sup> STS de 26 de noviembre 2001 [RJ 2001/9527], 4 de junio de 2004 [RJ 2004/4418], 29 de octubre de 2008 [RJ 2008/5802], 4 de julio de 2011 [RJ 2011/5965] y 10 de mayo de 2012 [RJ 2012/6341].

<sup>52</sup> MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, LUIS F. en un reciente ensayo publicado en la *Revista de Derecho Civil*, entra de lleno en el análisis de estos reconocimientos de complacencia al hilo de la STS de 15 de julio de 2016 [RJ 2016/3196] y el papel del notario, no estando para nada de acuerdo con los fundamentos de la misma basados en no tener ni poder negar dichos reconocimientos aunque el encargado del Registro civil

emitido adolezca de algún vicio ajeno al emisor del mismo, bien porque lo haya realizado bajo miedo o coacción o bien por ignorancia o error<sup>53</sup>(artículo 141 del CC), siempre sujeto al plazo de un año para poder no hacerlo valer. En el primer supuesto la mala fe es una importante prueba para declarar el reconocimiento de complacencia fraudulento, y en el segundo, aun cuando también pueda ser declarado nulo, tal nulidad descansa en otros motivos que fundamentarán y deberán probar tal falsedad<sup>54</sup> y que podrían abrir la vía también de la nulidad, pero dejando abiertas otras.

La voluntad emitida en filiación no matrimonial vía reconocimiento voluntario con consentimiento del progenitor reconocido, debe ser analizada en el momento de la emisión, es decir saber o conocer el *animus* del reconocedor e incluso del representante legal del menor, lo que persiguen, que no es sino asumir la filiación en interés del hijo menor. No podemos pararnos a pensar que lo que hoy se ha declarado con buena fe, posteriormente y por causas ajenas, puede devenir en un *no querer ahora ser padre*<sup>55</sup>, de ahí el carácter irrevocable de tales reconocimientos. Hay que ser exigentes y contundentes en las exigencias de tales declaraciones de voluntad,<sup>56</sup> analizarlas y ver en ellas el verdadero fin que deben presidirlas, totalmente ajeno a los

---

disponga de motivos, datos significativos y concluyentes del que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica. Razón por lo cual el notario tampoco puede negarse a autorizar escritura de tal reconocimiento de complacencia. «El reconocimiento de complacencia ante Notario». *Revista de Derecho Civil*, Vol. IV, Nº 4 (octubre-diciembre, 2017) Ensayos. pp. 239 y 240. [http://nreg.es/ojs/index.php/Revista de Derecho civil](http://nreg.es/ojs/index.php/Revista%20de%20Derecho%20civil) [Consulta 2 de enero 2018].

<sup>53</sup> La jurisprudencia no duda en estos casos en no ver la irrevocabilidad y en la pérdida de su fuerza legal si el consentimiento adolece de un vicio de la voluntad STS de 26 de marzo de 2001 [RJ 2001/4762]. QUICIOS MOLINA, M<sup>a</sup> S. Apunta «si el reconocedor no alega como motivo para fundar su demanda de impugnación, el vicio de consentimiento sufrido al efectuar el reconocimiento, sino la falta de coincidencia de la paternidad con la verdad biológica, lo impugnado será la paternidad y no el título que la determinó (como con toda claridad dispone el artículo 138)». Manteniendo la tesis de ver la nulidad en los reconocimientos de complacencia o inveraces, salvo que adolezcan de una simulación absoluta. *Determinación e Impugnación de la Filiación*. Cizur Menor. Aranzadi 2014. pp.125-130.

<sup>54</sup> SSTS 10 de febrero de 1997 [RJ 1997/937] y 17 de junio de 2004 [RJ 2004/3624] se admitió la impugnación del reconocimiento de paternidad en los supuestos en los que el actor varón había realizado un reconocimiento de filiación engañado por su pareja de ser el padre de la hija que esperaba, e incluso contrajo matrimonio por tal engaño. En cambio, en la STS del 26 de marzo de 2001 [RJ 2001/4762] no se pudo estimar la impugnación por falta de prueba sobre el error alegado.

<sup>55</sup> «Un vínculo fundado en sentimientos es necesariamente frágil e inestable». LACRUZ BERDEJO, J. L. «Un nuevo contractualismo en el derecho de familiar». *La Ley*. Nº 3. 1982. p. 727.

<sup>56</sup>RIVERO HERNÁNDEZ, F. Parte de la idea de que las buenas intenciones no son suficientes para el Derecho. «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)». *Anuario de Derecho civil*. Vol. 58. Nº 3 (julio-septiembre 2005). p.1059.

El Código Civil Catalán en el artículo 235-10-4º dispone en esta línea que el «reconocimiento de paternidad hecho en fraude de ley es nulo. La acción de nulidad es imprescriptible y puede ser ejercido por el Ministerio Fiscal o por cualquier otra persona con interés legítimo y directo...».

Respecto a la determinación de la filiación no matrimonial en Derecho civil catalán puede consultarse. GETE-ALONSO Y CALERA, C Y SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental*. (Derecho de Familia) Tirant lo Blanch 2104. pp.30-33.

intereses de su emisor y posterior consentidor, de lo contrario evidenciaría la puesta en duda de ambas conductas, debiéndose declarar en estos casos nulas.

La tan mencionada como discutida STS de 15 de julio de 2016 [RJ 2016/3196]<sup>57</sup> viene a señalar entre otras cuestiones, que los reconocimientos de complacencia no son nulos, no cabe negar por esa razón su inscripción en el Registro Civil, aun cuando el Encargado del mismo tenga datos en los que constate la falta de correspondencia entre la realidad biológica y la futura jurídica, pudiendo eso sí posteriormente devenir en una acción de impugnación de la filiación, que prosperará o no. Considera que esos reconocimientos claramente de complacencia emitidos en interés del hijo menor que se pretende reconocer, no son contrarios a la moral, no suscitan reproche social y satisface los deseos de los implicados, sobre todo del menor.<sup>58</sup> Por lo que proceder después a su impugnación vía acciones, sería en nuestra opinión más que discutible, aun cuando procesalmente y con cobertura legal, puedan llevarse a cabo.

El reconocimiento como forma de determinación de la filiación debe contar con las aprobaciones y consentimientos oportunos, es por ello que la RDGRN de 24 de Octubre 2003 [RJ 2004/1967] recoge que ante la mera sospecha de que el reconocimiento no responde a la verdad en tanto cuestión que se escapa a la calificación del Encargado del Registro Civil, se acudirá a la verdad biológica o a la verosimilitud, ambas, una más que otra, no admiten simples deducciones ofreciendo respuestas ante las dudas suscitadas por la supuesta falta de veracidad de dichos reconocimientos de complacencia y por lo tanto su nulidad y su consiguiente no inscripción.

Sobre la irrevocabilidad del reconocimiento es interesante apuntar la solución que la RDGRN de 21 de Julio del 2010 [JUR 2011/314288] señala, donde practicado el reconocimiento por comparecencia ante el encargado del Registro con consentimiento

<sup>57</sup> Ilustrador y concienzudo es el comentario y estudio de dicha STS realizado por SANCIÑENA ASURMENDI, C. «Impugnación de la paternidad por reconocimiento de complacencia». *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*. Nº 104 (mayo-agosto) 2107. Opina la autora, que una cosa es que para el reconocimiento no se exija probar la verdad la veracidad de la paternidad, y otra que no se requiera la verdad biológica y se proceda a la inscripción de reconocimientos inexactos. Y para lo cual, tratándose de menores o de personas con la capacidad modificada judicialmente, habrá de contarse con autorización judicial, que se otorga con intervención del Ministerio Fiscal e invoca la aplicación, tal y como hace la STS del artículo 26 de la LJV para la efectiva relación de paternidad, cuando dice en su letra: «...la veracidad o autenticidad de su acto, la verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma». p. 4.

<sup>58</sup> MUÑOZ DE DIOS SÁENZ, LUIS. F., ve en tal fundamentación jurisprudencial una solución alternativa a la adopción. El reconocedor por complacencia, aunque lo haga mintiendo diciendo ser padre por naturaleza, en el fondo a la filiación que aspira es a la adoptiva. *Revista de Derecho Civil*. DC. op. cit. p. 261.

de la madre, los promotores se oponen con posterioridad a practicar la inscripción alegando pruebas sobrevenidas de paternidad que niegan la realidad de aquel.

La RDGRN advierte en dicha resolución la imposibilidad de alegar tales pruebas una vez certificado por el Encargado del Registro Civil dicho reconocimiento, cuya impugnación solo podrá ser mediante la vía judicial y sus correspondientes acciones, atendiendo sin duda al interés superior de los hijos, por lo que los acontecimientos sobrevenidos no son tenidos en cuenta a ningún efecto.

Con esto se infiere, que el carácter irrevocable de dichos reconocimientos tiene indirectamente una salida para desdecirse de ellos a través de las acciones de impugnación de a filiación que subyacen en toda filiación reconocida e inscrita.

Como otro requisito formal, debemos referirnos al plazo para ejercicio de dicha acción de reclamación. Éste es de un año desde que tuvo conocimiento el presunto progenitor de poder ejercitar la reclamación de paternidad no matrimonial, a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 de 28 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica lo dispuesto en el Código Civil en los artículos 133, 136 y 138 entre otros.

En sede de filiación extramatrimonial, la acción de reconocimiento podrá ser ejercitada también por el hijo durante toda su vida y sus herederos en caso de fallecer antes de que transcurran cuatro años desde que alcance este mismo la mayoría de edad. Dichos presupuestos no encajan en nuestro caso, en tanto en cuanto estamos solicitando el reconocimiento de un menor, pero conviene llamar la atención sobre el mismo en cuanto a la mayor amplitud del plazo.

Con anterioridad a dicha reforma, nuestra Jurisprudencia había interpretado que la acción de los progenitores no estaba sometida a plazo alguno, con independencia de la existencia o no de posesión de estado, equiparando así la legitimación con la que contaba el progenitor que carecía de posesión de estado para poder reclamar la paternidad no matrimonial, a la del hijo mayor edad. Posibilidad ésta ahora cerrada en lo que a los plazos para ejercitarla se refiere.

El reconocimiento de la filiación para que sea válido y eficaz debe cumplir todas las exigencias expuestas. Tanto respecto del que pretende reconocer de acuerdo con los parámetros del precepto que nos ocupa y también por parte del progenitor reconocido y necesario para la emisión del consentimiento con efectos de reconocimiento. Filiación que quedará acreditada, determinada e inscrita.

Al tratarse de un acto unilateral y autónomo por ambas partes, la madre, progenitora o representante legal, no puede ni debe desvelar la identidad del presunto padre o reconocedor,<sup>59</sup> ya que podría darse el hipotético caso de imputar a un tercero una paternidad por éste reconocida. Habrá, evidentemente que esperar a que este reconocimiento se materialice para poder hacerlo público, a través de la correspondiente inscripción conforme al artículo 23 de la LRC: «*La inscripción se practicará en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la ley, por declaración en la forma que ella prescribe...*».

Ni que decir tiene la necesaria capacidad de obrar que debe concurrir en el supuesto padre/progenitor, para la eficacia del reconocimiento. Es un evidente requisito previo de naturaleza legal para poder ejercitar los presupuestos del artículo 124 del CC. Pueden reconocer los capaces, los menores emancipados y por supuesto los que tienen la capacidad modificada pero la sentencia no afecta a estos reconocimientos o con carácter general no se les haya limitado los actos de Derecho familia de contenido personal,<sup>60</sup> y para los que se les puede exigir la intervención de la autoridad judicial, vía aprobación.

Tratando ahora las dos situaciones que también nos presenta la segunda parte del artículo 124.2 del Código Civil: cuando el reconocimiento se hace mediante testamento<sup>61</sup> o dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, esto es

<sup>59</sup> La STS de 17 de octubre de 1996 [RJ 1996/7159], plantea el supuesto de poder revelar la identidad del presunto padre cuando la ley lo permita y por circunstancias que en ningún puedan afectar al hecho del reconocimiento y a una posible filiación favorecedora por el menor.

<sup>60</sup> BARBER CÁRCAMO, R. sostiene que el criterio judicial para la aprobación del reconocimiento debe ser doble: de un lado el juez habrá de considerar la capacidad natural del reconocedor y su efectiva libertad y conciencia sobre el acto realizado y, de otro, habrá de atender a las circunstancias que denoten su verosimilitud, en atención a la edad del reconocedor y a su madurez sexual, tal y como se pronuncia la RDGRN de 7 de noviembre de 2002 [RJ 2003/1055]. Quedando al margen de esta aprobación, cualquier consideración sobre la conveniencia del acto para el progenitor. *La Filiación en España: Una visión crítica*. Aranzadi. Pamplona 2013.p. 194.

<sup>61</sup> Testamento como vía del reconocimiento testamentario de última voluntad, abierto, cerrado con su posterior apertura y protocolización u ológrafo, éste último como requisitos posteriores al otorgamiento y conforme a los reformados artículos 688 a 693 del CC por la Ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria y 61 a 69 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 y también modificados por la misma Ley, requiere primero la presentación ante notario en un plazo máximo de 5 años desde el fallecimiento, (pero si se tiene el testamento, debe presentarse a los diez días siguientes a aquel en que conozca el fallecimiento del causante, de no hacerlo se responde de los daños y perjuicios), la adveración o investigación sobre la autenticidad y comprobación de los requisitos del testamento y por último la protocolización o incorporación al protocolo del notario. Es importante tanto su formalidad, como su eficacia o validez.

Puede consultarse un amplio y exhaustivo trabajo respecto a estas actuales exigencias formales del testamento ológrafo a TORRES GARCÍA, T. «El testamento ológrafo en el Código civil». En: Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código civil y en el Código civil de Cataluña. Capítulo 10 de

dentro de veinticuatro horas a ocho días o dieciséis con justa causa, desde el nacimiento<sup>62</sup>, se observa que las exigencias, planteamientos y presencia de los distintos sujetos implicados son distintas. Aquí el consentimiento exigido se manifiesta en el sentido de que si éste es válido, el reconocimiento es formal, irrevocable y en consecuencia legal a efectos de inscripción publicidad del mismo<sup>63</sup>, ya que se ha efectuado en un plazo legal o extraordinario en menor medida muy cercano al nacimiento, y en consecuencia menos exigente para validarlo, por lo que de este modo, no es necesario que concurra el consentimiento del progenitor conocido de forma previa y principal, en nuestro supuesto la madre u otro representante legal, sin perjuicio del derecho que ostentan para poder solicitar la suspensión de la inscripción de paternidad reconocida y que conforme a estos supuestos reúne todas las exigencias previstas.

Solicitar la suspensión de un consentimiento ya dado, nos sitúa en un escenario muy diferente a la necesaria exigencia del consentimiento para poder reconocer del párrafo primero, ya que evidentemente no es lo mismo la imperativa manifestación de voluntad para poder iniciar el procedimiento, que proceder a reconocer en el plazo señalado y posteriormente poder solicitar la madre la suspensión de dicho reconocimiento. Facultad personalísima de la madre, muy discutida pero fundada en el hecho tan real como cierto, que nadie como la madre legalmente reconocida conoce quién es el progenitor paterno,<sup>64</sup> por lo que es más que legítimo el otorgarle tal posibilidad al estar ausente en el reconocimiento efectuado.

Suspensión que de solicitarse por la madre durante el año siguiente al nacimiento, puede venir seguida de la confirmación por el padre de tal inscripción, mediante la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Todos ellos, suspensión y conformación deberán ser y estar motivados.

En estos supuestos está mucho más presente el principio de verosimilitud biológica e incluso la coincidencia biológica, ya que la voluntad se manifiesta en plazos muy cercanos al nacimiento, lo que de alguna manera viene a evitar y en consecuencia a denegar los efectos los reconocimiento de complacencia,<sup>65</sup> en relación con el interés

---

*Tratado de Derecho de Sucesiones*. T. I. Dirigido por GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del C. y Coordinado por SOLÉ RESINA, J. Segunda edición. Civitas. Thomson Reuters. Pamplona 2016. pp.473 a 476.

<sup>62</sup> Artículo 166 del R RC señala: «El plazo de declaración será de treinta días cuando se acredite con justa causa, que constará en la inscripción».

<sup>63</sup> Puede consultarse en este sentido la RDGRN de 19 de octubre de 2005 [JUR 2006/266827].

<sup>64</sup> RDGRN y doctrina avalan tal justificación. RDGD de 22 de julio de 1985 [RJ 1985/5265] y DURÁN RIVACOBIA, R. Citados por RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Artículo 124» *Op. cit.* p.475.

<sup>65</sup> Que la verdad biológica coincida con la jurídica es una premisa más que presente, en la medida de lo posible, en los procesos de reconocimiento de la filiación extramatrimonial, En tales procesos la prueba biológica ha adquirido un importante valor como prueba directa e la verdad material, pudiendo darse el

del menor como también tendremos ocasión de ver más adelante, ya que si ambos no se complementan pueden surgir problemas respecto a la prueba del reconocimiento en sí, debiéndose demostrar con datos objetivos y de forma fehaciente, clara e indubitada, sin que sobre los mismos haya en principio lugar a dudas.

No son presunciones<sup>66</sup>, evidentemente, sino situaciones *de facto* que de alguna forma dejan claro que el reconocimiento es más verdad que no, no necesitándose requisitos complementarios externos e internos que solo lo confirmen, verifiquen o ratifiquen.

La RDGRN de 28 de Diciembre del año 2002 [RJ 2003/2641]<sup>67</sup> viene a afirmar que la filiación paterna no matrimonial debe quedar determinada en virtud de la invocación y cumplimiento de preceptos legales para el reconocimiento de quien afirma ser padre, mediante la comparecencia ante el encargado del Registro Civil, en virtud del artículo 120.1 del Código Civil cuando el reconocido es un menor de edad<sup>68</sup> y sin que pueda suscitarse ninguna duda al respecto, ni de los consentimientos necesarios ni de las formalidades, cuando afirma: «..Que la denegación solo es posible cuando la falta de veracidad de la filiación reconocida se deduce de las manifestaciones solemnes de los interesados... »

---

caso de que la filiación jurídica no exista, o existiendo no coincida con el hecho biológico de la procreación. GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M. «La verdad biológica en la determinación de la filiación» *Persona y Familia*. Dykinson 2103. pp.28.

<sup>66</sup> Ya apuntamos como en el código civil catalán, la filiación no matrimonial regulada en los artículos 120, 235-10 y 235-13, al igual que la Compilación de Derecho Foral de Navarra en su artículo 69, al regular dicha filiación, presume la paternidad fuera de matrimonio, artículo 235-10 del CCCat. Bajo la forma de posesión de estado: a) «...Del hombre que haya convivido con la madre durante el periodo legal de la concepción», al menos durante los 120 primeros días de gestación, sin necesidad de tener que demostrar la existencia de una pareja estable. b) «...Del hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales dentro del periodo legal de concepción legal...». Relaciones que no se presumen en tanto en cuanto no hay convivencia que la propicie, por lo que deben probarse a través de los medios de prueba admitidos en derecho, normalmente de naturaleza indirecta, a causa del carácter íntimo de las mismas. c) «...Del hombre que ha reconocido la paternidad tácitamente...» o de forma distinta a la declaración idónea que conlleva la declaración de la filiación. Se trata de un reconocimiento *aformal* en documento privado, firmado o incluso declaración grabada en soporte de audio, lo cual deberá ir unido a una conducta del progenitor durante y después de la gestación que concluye en una posesión de estado del hijo como consecuencia de este reconocimiento tácito. Presunciones todas ellas, que admiten prueba en contrario mediante toda clase de prueba. GETE-ALONSO Y CALERA, C y SOLÉ RESINA, J. *Op. cit.* pp. 31 y 32.

<sup>67</sup> Evitándose de este modo los ya mencionados reconocimientos de complacencia contrarios a la realidad biológica. Dichos reconocimientos deberán ser denegados si son ambiguos o pueda deducirse fundadamente que el autor del reconocimiento no es el padre biológico. RDGN de 23 de diciembre de 2008 y 30 de marzo de 2009. Filiación que puede perfectamente impugnarse por fraude de ley y ser declarada ilegal.

<sup>68</sup> De esta forma podemos comprobar que el régimen de eficacia respecto al reconocimiento cambia según estemos ante el reconocimiento de un mayor o menor de edad y en su distinta eficacia. Evidentemente los intereses serán no solo distintos sino también representados por personas diferentes. En el supuesto que nos ocupa, es un tercero quien debe hacer como valer el consentimiento del mismo por ser este menor, obligándosele a extremar todas las garantías.



En relación al reconocimiento *mortis causa* vía testamentaria del apartado segundo del precepto que nos ocupa, presenta dos caras, por un lado la no necesidad de las exigencias del apartado primero, pero por otro las diferentes capacidades que para reconocer y hacer testamento se imponen por nuestro ordenamiento jurídico.<sup>69</sup> Es lógico pensar que utilizada la vía testamentaria para éste u otros fines, ya de por sí da veracidad a reconocimiento al doblarse la voluntad, por un lado la testamentaria y otra la del reconocimiento emitido en el mismo. Testamento válido y eficaz, sea cual sea la modalidad en la que se haya otorgado, y aun cuando haya discrepancias acerca de si realizado éste en testamento abierto, la filiación puede darse ya por reconocida de forma inmediata, al tratarse el testamento de un documento público. Podemos pensar y abogar que tal reconocimiento solo producirá efectos a partir de la su apertura por el fallecimiento del otorgante, conforme a la propia naturaleza de la disposición *mortis causa*, y avalada por la propia legislación notarial (artículo 254 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, actualmente derogado) así como por el modificado artículo 188 del RRC.

Ahora bien, tal reconocimiento testamentario debería tener efectos inmediatos, como si de un acto *inter vivos* se tratara,<sup>70</sup> pero cabe pensar y plantearse si no desvirtuaría la propia naturaleza, fin y espíritu de toda disposición de última de voluntad, que no es sino hacerla valer después de la muerte. Otra cosa o cuestión a discutir, sería el hecho de hacer primar o valer el interés superior del menor y otorgarle, como apuntaremos, eficacia retroactiva a todo lo que pudiendo haberle beneficiado, si tal reconocimiento se hubiera hecho en vida del reconocedor.

### 3.2. Competenciales

Conviene hacer referencia en este apartado a las cuestiones de carácter competencial, ya que al encontrarnos en filiación extramatrimonial, con manifestaciones de voluntad, aprobación judicial e intervención del Ministerio Público, cabe preguntarse dónde se sitúan tales comparecencias y quiénes son competentes a los efectos de materializar los reconocimientos y actuaciones judiciales.

<sup>69</sup> Respecto de estas diferencias, los problemas y soluciones que aporta la doctrina y jurisprudencia del TS puede consultarse a AMMERMAN YEBRA, J Y GARCÍA GOLDAR, M. en. «Reconocimiento de filiación en testamento y reclamación de alimentos» en *Revista de Derecho civil* Vol. IV, Nº 1 (enero-marzo 2017) Estudios. pp. 86 y ss. <http://nresg.es/ojs/index.php/> [consulta 22 de enero de 2018].

<sup>70</sup> AMMERMAN YEBRA, J. y GARCÍA GOLDAR, M. tienen clara la eficacia inmediata del reconocimiento testamentario igualándola a la irrevocabilidad, no debiendo estar sometida a un plazo incierto, como es el hecho del fallecimiento del que en su momento otorgó testamento.

Cuerpos legales como la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria<sup>71</sup>, CC, LRC y RRC nos situarán y no señalarán tales cuestiones y exigencias competenciales.

Cuando se trate del reconocimiento vía consentimiento del representante legal, la competencia sobre la inscripción de la filiación reside en el Encargado del Registro civil conforme a las pautas del artículo 120-1 del CC «...por reconocimiento ante el encargado del Registro civil...» Tramitada a través de un expediente registral rápido y ágil, situado al margen de cualquier acto de naturaleza judicial. El artículo 49-1º de la LRC y 189 del RRC establecen los requisitos y mecanismos de tal expediente registral,<sup>72</sup> a cargo del Magistrado o Juez de Primera Instancia al que corresponda el Registro donde deba practicarse la inscripción. Se le aplican las normas generales de competencia en materia de expedientes de Registro civil, notificándose a los interesados, siendo éstos también parte del expediente. Normas estas y requisitos, conjugados conforme a la tramitación, competencia y resolución que señala la Ley de jurisdicción voluntaria de 2015.

En relación a esta LJV, constituye una novedad la regulación del expediente para obtener la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria al margen de los tramitados conforme a la normativa del Registro civil<sup>73</sup>, con un ámbito de aplicación enmarcado en la citada Ley, artículos 23 a 26, ubicándose el supuesto que nos ocupa en el punto tercero del artículo 23 de dicha normativa, acorde con la últimas modificaciones al decir: «se solicitará aprobación judicial para la eficacia del reconocimiento de la filiación no matrimonial de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente otorgado: a) por quien no pueda contraer matrimonio por razón edad b) por quien no tenga consentimiento expreso de su representante legal o la asistencia de curador del reconocido ni del progenitor legalmente conocido, siempre que no hubiera sido reconocido en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento .c) por el padre, cuando el reconocimiento se hubiera realizado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento y cuando ésta se hubiera suspendido a petición de la madre...». Párrafo del precepto acorde con el artículo 124 del CC pero que va más allá en lo que a los

<sup>71</sup> El Título II, capítulo I (artículos 23 a 26) de dicha Ley, referido a los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas, regulan la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial.

<sup>72</sup> Expediente de naturaleza especial y cuya resolución conlleva la determinación de la filiación. No es ni judicial ni administrativo. VERDERA SERVER, R. *Comentarios al Código civil...* cit. pp.1272 y 1273.

<sup>73</sup> Si bien ya la RDGRN de 30 de noviembre de 1989 [RJ 1989/9719] preveía como actos de jurisdicción voluntaria estos reconocimientos de la filiación no matrimonial, formalizándose a través de expedientes administrativos correspondientes a la jurisdicción administrativa.

supuestos de reconocimiento de menores se refiere, para la tramitación del expediente de inscripción.

Es el artículo 24 del mismo texto el que determina quién es competente para la tramitación de dicho expediente con forma de aprobación judicial. Lo será, el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del menor que va a ser reconocido, esto es, los Jueces Encargados del Registro Civil, y sin no lo tuviera en territorio nacional, el de su residencia en el momento del reconocimiento, siempre que ésta sea nacional. Si el reconocido no tuviera residencia en España, lo será el del domicilio o residencia del progenitor que pretende el reconocimiento, que ha acudido a la vía de la aprobación judicial inicialmente o bien por no haber obtenido el consentimiento del representante legal como primera alternativa.

El párrafo tercero del artículo 26 señala el último trámite competencial a tener en cuenta una vez resuelta la decisión judicial en forma de resolución, consistente en remitirla al Registro civil correspondiente y proceder a su inscripción.

#### 4. VEROSIMILITUD BIOLÓGICA E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: DOS PRINCIPIOS COINCIDENTES Y/O CONTRAPUESTOS

Partir de la idea de que el reconocimiento dependa de la voluntad del representante legal a través del consentimiento materno o de la autoridad judicial, no debe ser un obstáculo para que a la hora de determinar la filiación, también el menor se encuentre presente y pueda ser oído y escuchado, en tanto en cuanto todo reconocimiento de la filiación supone el respeto a elementos tan obvios e importantes como los biológicos, pero desde luego también los afectivos, sociales e individuales atinentes al menor implicado, con la finalidad principal entre otras de dotar a dicha institución de la mayor y mejor seguridad jurídica posible, respetándose en todos sus extremos y especialmente el interés superior del menor.

El menor de edad<sup>74</sup>, se presenta como persona en tanto que es un sujeto de derecho, con capacidad jurídica y titular de derechos y deberes<sup>75</sup>, sobre todo los referidos en el

<sup>74</sup> Desde un punto de vista formal, el menor es un estado civil referido a la minoría de edad para el Derecho, fundada en su inmadurez y falta de capacidad de obrar, estando ambas suplidas, normalmente, por la familia erigida representante legal. Conforme a estas ideas puede consultarse RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M. «Concepto del Menor», en *Tratado del Menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia*. (Coord. Martínez García, C) Aranzadi. P.75.

<sup>75</sup> Artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, modificado por la Ley 26/2105 de 28 de julio, dota de una nueva redacción a dicho precepto. Se le añade un apartado bis donde se presentan dichos deberes: el 9 bis 1 recoge una visión general de dichos deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes a la titularidad y ejercicio de sus derechos acordes con su madurez; y el 9 bis 2 se insta a los

ámbito paterno filiar y que también deberán ser cumplidos y exigidos en interés de los menores. Por ello nos detendremos en saber y delimitar la idea de qué es o qué se entiende por interés superior del menor<sup>76</sup> para poder ahondar en su prioridad frente a realidades como las biológicas o genéticas, concepto desde siempre abstracto ya que abarca cuestiones de orden público, personal, social, familiar y educacional. El menor con carácter general no es quien decide, es por ello que lo harán sus representantes. Éstos junto a la cobertura legal dispensada<sup>77</sup> serán quienes actúen para la salvaguarda de sus intereses observando aquello que debe primar y lo que debe prevalecer en cuanto a decisiones tan importantes como la filiación y todo lo que de ella deriva. Es importante señalar, que la decisión adoptada desde luego va a suponer y tener un carácter no solo importante sino desde luego muy significativo, ya que durante todo el concreto proceso del reconocimiento el menor carece de capacidad de decidir sobre su filiación, aun cuando en función de circunstancias fundamentalmente referidas a su grado de edad y madurez<sup>78</sup> podrá o deberá intervenir en dicho proceso en mayor o menor medida y en una u otras circunstancias.

---

poderes públicos a promover la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de dichos deberes en régimen de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal. Ahora bien, la edad y a madurez van ser determinantes para el cumplimiento de dichos deberes u obligaciones. En definitiva, dichas responsabilidades se enmarcan en el ámbito familiar, escolar y social, artículo 9 ter, quárter y quinquies, respectivamente.

<sup>76</sup> Ya el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 lo contemplaba y definía, concepto que se ha visto también reformado y reforzado por la misma Ley 26/2015 de 28 de julio, ya que estaba bastante indeterminado queriéndose ahora que quede más explicado desde una triple vertiente: como derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución, también desde un punto de vista **interpretativo**, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor, por último como una **norma de procedimiento**.

<sup>77</sup> Los menores y su protección tienen a día de hoy una importante trascendencia nacional e internacional y constituye una prioridad para cualquier Estado y en cualquier ordenamiento jurídico. No hay nada más que consultar cualquier legislación al respecto en todas sus modalidades para observarlo. La atención a la infancia y a la adolescencia como dos etapas del menor a día de hoy día la menos legal y reglamentariamente cuenta en un amplio abanico de medios con los que se pretenden ofrecer respuestas y soluciones a las necesidades, de los menores desprotegidos, los que se encuentran en situación de riesgo social, como aquellos otros que perfectamente integrados en la sociedad, precisan de instrumentos educativos para el adecuado desarrollo de su personalidad, con el fin de alcanzar un formación integral. Puede consultarse a estos efectos: SÁINZ-CANTERO PAPARRÓS, M<sup>a</sup> B, «El estatuto de sujeto protegido y la “relacionalidad”, pilares de nuevas políticas jurídicas para el menor» *Políticas jurídicas para el menor...* cit. pp. 3 a 8.

<sup>78</sup> Ambos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos: la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo personal, la necesidad de estabilidad en las soluciones que se adopten, la preparación la tránsito a la edad adulta de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales, además de aquellos otros elementos de ponderación que en el supuesto concreto sean considerados pertinentes. Todos ellos expresados en la letra del reformado artículo 2 de la LOPJM.

Son muchos los factores que intervienen para saber qué es lo más beneficioso para la protección de tal interés, por lo que sería factible que dependiera no sólo de la voluntad del reconocedor y su progenitor/representante sino también de las personas que en base al respeto y materialización de dicho interés, pudieran también tener algo que decir para una mejor y adecuada toma de decisiones.

Se reconoce pues, que la elección del representante legal del hijo o de la autoridad judicial, como personas idóneas para sustituir al menor que ha de ser reconocido, nos parece una exigencia no solo factible sino a la par más que acertada, pero eso sí, con la audiencia o presencia de esas otras personas o instituciones del entorno del menor que puedan sumar más datos que favorezcan no tanto la verosimilitud biológica, el reconocido ya hemos señalado que no tiene por qué ser hijo por naturaleza del interesado en reconocerlo, como la salvaguarda de su interés personal, tomando como base todas estas circunstancias. Pensemos, por ejemplo, en la posesión de estado como figura o institución valedora del reconocimiento de la filiación al margen del matrimonio y aislada de cualquier otra circunstancia que no le afecte directa y personalmente, desde luego podrá ser la piedra angular o el punto de partida de la tramitación del reconocimiento, pero no desde luego la única pieza a barajar o tener en cuenta para declarar la filiación.

Con todo ello se intenta que junto a la mención del consentimiento del representante legal y a la aprobación judicial, se facilitará con la mayor intensidad posible, que la filiación pueda quedar determinada a favor del reconocido no tanto sin atisbo de duda sobre su coincidencia o no genética con el reconocedor, sino sobre todo con el fin principal de que no se genere conflicto alguno en su persona, es decir por y para su supremo interés. El hecho de ser la madre/representante legal la que aparezca con el poder de consentir o no dicho reconocimiento paterno no es obstáculo para que en determinados supuestos se nombre un defensor judicial que la sustituya, por ejemplo, ante un claro conflicto de intereses entre ambos (162-2º-1)<sup>79</sup>o ser suficiente la presencia del Ministerio público porque la madurez del menor es considerada más que suficiente para consentir tal reconocimiento.

En los supuestos de intervención judicial, ésta garantiza en mayor medida la decisión sea en el sentido que sea. Aun cuando estamos en fase extrajudicial, dicha aprobación se ejecutará en base a parámetros mucho más objetivos, con la utilización de las

<sup>79</sup> QUICIOS MOLINA, M<sup>a</sup> S. *Op. cit.* p. 263. Es de nuestra opinión el no considerar necesario el nombramiento del defensor judicial, en dichos supuestos, ya apuntábamos la opción de la aprobación judicial y sus audiencias preceptivas, de lo contrario, el legislador no la hubiera propuestos, a tener la opción de suplir la representación legal del menor por tal defensor judicial. Sólo por rapidez y economía procesal podría justificarse.

pruebas que se estimen pertinentes, en virtud de la conveniencia que pudiera derivarse del reconocimiento de la filiación respecto al menor, ya que este puede adoptar una postura que subsane por ejemplo la falta del consentimiento del representante legal no obtenido previamente y que puede deberse a un posible conflicto de intereses entre el progenitor reconocido y el reconocedor, que para nada se han detenido en velar por el interés del hijo menor.

Un evidente ejemplo de la evolución jurisprudencial y constitucional en esta materia donde se observa como la interpretación del precepto que nos ocupa va del lado del interés del menor, es la STS de 3 de diciembre del año 2014 [RJ 2014/6258], en un supuesto en el que se declara la paternidad no matrimonial biológica sin posesión de estado, equiparando tal situación del progenitor a la del hijo sin sujeción a plazo alguno para reclamarla.

El Tribunal Supremo en dicha sentencia, resuelve que mientras el legislador no de respuesta a la exigencia del Tribunal Constitucional, la legitimación del progenitor «biológico» sin posesión de estado a la hora de reclamar la paternidad no matrimonial, se equipara a la del hijo según se deriva de la interpretación del artículo 133.1 del Código Civil<sup>80</sup> no disponiendo de plazo alguno para tal reclamación, no solo el hijo, sino también el propio progenitor. No prescribe la acción de padre sin posesión de estado, ya que conocía el nacimiento desde que se produce y no actúa reclamando voluntariamente su paternidad.

Aunque la letra del precepto no lo refiera, no cabe duda en afirmar que el consentimiento del progenitor legalmente declarado o la aprobación judicial, así como los otros dos supuestos del artículo 124 del CC, deben emitirse y desarrollarse en observancia y respeto al interés del menor.

<sup>80</sup> El artículo 133 del Código Civil, recoge así, que: «*la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado corresponde al hijo durante toda su vida*». Así el Tribunal Constitucional en Sentencia del Pleno de 27 de octubre del año 2005 [RTC 2005/273], declaró inconstitucional la redacción del precepto pues considera que privar al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no es incompatible con el artículo 39.2 de la Constitución Española de hacer posible la investigación de la paternidad. A pesar de tal circunstancia, el Tribunal no declaró la nulidad del precepto y traslada al legislador para que sea el quien regule con un carácter general la legitimación de los progenitores en los casos donde falta la posesión de estado, por tanto, el padre biológico tiene legitimación para reclamar la filiación extramatrimonial cuando falte la posesión de estado, entendiéndose de este modo que hay una falta de legitimación en la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial por carecer del interés legítimo que se contempla en el artículo 133, al haberse reconocido una filiación que no se ha acompañado con el ejercicio de sus obligaciones. Precepto que como hemos señalado anteriormente ha sido modificado y otorga al progenitor la acción de reclamación de la filiación en el plazo de un año, contado desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos.

Es importante señalar que la Ley Orgánica de 1/1996 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996) supuso un importante avance al establecer un marco jurídico general de protección, como consecuencia del mandato derivado de la Constitución Española<sup>81</sup> que configura la protección de la familia y de los menores como uno de los principios generales que rigen la política social y económica, erigiéndose el menor y su interés como un garante para el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos a nivel nacional e internacional, evitando o intentando evitar que cada cual, padre, madre, abuelos instituciones públicas, servicios sociales, familia de acogida, adoptantes, trabajadores sociales, policía, fiscal, etc., usen o invoque a favor de sus propios argumentos qué es lo que más le puede beneficiar al menor.

Desde este planteamiento, dicho principio básico y fundamental en la esfera del menor, se presenta como un *favor filii* un nuevo principio general del derecho para el reconocimiento de los derechos fundamentales del mismo. Es por ello que el principio de igualdad de los menores en relación con el reconocimiento de la filiación haya sido objeto mucha y variada jurisprudencia. Destacar la STS de 15 de enero de 2013 [RJ 2013/38829] en relación con la Ley 14/2006 de 26 de mayo referida a las técnicas de reproducción asistida, que junto con la adopción, es otra de las cuestiones o problemas a tener en cuenta, además de la biológica en este tipo de reconocimientos y donde el interés del menor es el que se ha priorizado conforme a toda esta legislación específica que ha ido dotando de cobertura a todo menor, sea cual sea su filiación y/o modo de acceder a ella.

El interés superior del menor, se proyecta sobre la vida familiar, personal y social del mismo con independencia de su naturaleza matrimonial, es un principio absoluto y por supuesto con proyección constitucional<sup>82</sup>, internacional y con numerosos pronunciamientos jurisprudenciales a día de hoy en tal sentido.

<sup>81</sup> Acorde con la Convención de los de los Derechos del Niño. En España en base a reclamos no solo jurisprudenciales, por ejemplo la STS de 1 de julio de 2009 [RJ 2009/4289] sino también conforme a las Observaciones finales a España de 3 de noviembre de 2010 del Comité de los Derecho del niño que toma como base al artículo 44 de la Convención de los Derechos del Niño, así como los criterios de la observación general nº 14, de marzo de 2013, del Comité de Naciones Unidas del Derechos del Niño, establece que son los jueces quienes determinan, valoran y ponderan en el práctica el interés superior del menor como derecho, principio y regla de procedimiento.

Para una perspectiva europea del tema puede consultarse la obra: OTAEGUI AIZPURUA, I. *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección del menor*. Aranzadi, Cizur Menor. 2017,

<sup>82</sup> La Sentencia del TC 14 de diciembre de 2015 [TC 2014/755], señala que, como salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor, su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción a las relaciones familiares con independencia de la naturaleza matrimonial o no. Esta Sentencia señala como más beneficioso para el menor, en cuanto al desarrollo de su personalidad que se ponga fin a todos los aspectos o supuestos que de alguna forma puedan resultarle negativos, a la vista de la pretensión del demandante de ruptura de la relación afectiva

Hasta tal punto, de hacerlo primar, ya lo hemos apuntado, frente a la verdad biológica. La Sala de lo Civil del TS en Sentencia de 2006 de 2 de febrero [RJ 2006/440] es un claro y determinante ejemplo. En ella se reconoce el hecho de que una paternidad no biológica frente a la biológica puede y debe ser considerada como más beneficiosa a los intereses del menor, ya que durante años, el padre no biológico ejerció todas las obligaciones derivadas de esa paternidad y se ocupó del cuidado y manutención de la pequeña durante todo ese tiempo, defendiendo así la estructura familiar consolidada que se formó al margen de su paternidad biológica, ahora abanderada pero sin resultado en lo a la filiación se refiere.

De esta forma, la filiación desde el punto de vista jurídico, no siempre se corresponde con el hecho natural de la procreación, al darle preferencia al interés superior del niño. También conforme a esta idea se expresa la Sentencia TS de 21 de febrero de 2011 [RJ 2011/2362] en la que se declaran las medidas que deben tomarse para proteger al menor en situaciones de riesgo a cargo de la Administración, por lo que el principio y el derecho de los padres biológicos no es reconocido como absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de aquel que es menor, y puede encontrarse desamparado o bajo situaciones que le perjudiquen notablemente. Lo que el TS llama «*protección suficiente del menor*».

La filiación pretende que se lleve a cabo mediante un acto jurídico de reconocimiento de la filiación, con el cual se pretende afirmar de manera formal su paternidad biológica o no, respecto a otra persona, su hijo menor de edad, por lo que se suscita de este modo un estado de filiación respecto a quien reconoce.

Se erige como argumento que, si se alterare ahora, al intentar reconocer la biológica con la reclamación de la misma y se impugnare por el padre biológico ahora interesado, se llevaría a la menor a una situación nueva y perjudicial que fomentaría la pérdida de ese núcleo familiar consolidado y muy satisfactorio para sus intereses.

Aun cuando confluyan problemas e intereses éticos, jurídicos y sociológicos, debe siempre prevalecer el interés del menor, a pesar de defenderse de forma muy unánime

---

con el menor y de la aceptación de esta situación por la madre biológica que siempre negó su condición de padre biológico. En la misma línea la STC de 27 de octubre [TC 273/2005] y restringe para hacer tales presupuestos la legitimación del hijo para reclamar la filiación no matrimonial cuando exista incluso posesión de estado, para hacer primar el interés del hijo. El legislador le da actualmente más relevancia a la seguridad familiar en conexión con el principio de *favor filii*, evitando que puedan llevarse a los Tribunales pretensiones abusivas carentes del respaldo de una situación fáctica que les otorgue un fundamento cierto.



el valor primordial del reconocimiento biológico, la deseada coincidencia de la verdad biológica y la jurídica. Ahora importa más que esa verdad jurídica coincida con el interés superior del menor más que con la verdad natural o biológica, debiendo quedar ésta en gran medida desplazada.

Si el reconocimiento biológico va en contra de los intereses superiores de la menor, continúa la sentencia, y acreditados sus beneficios, no se debería proceder a llevarse a cabo el mismo, aun cuando de igual modo tendrá derecho a conocer su origen biológico como un derecho de identidad de la persona en relación con la realidad biológica y existencial, cuestiones éstas ya apuntadas en líneas atrás y sobre las que conviene volver al hilo de este apartado<sup>83</sup>, en la medida que dicha investigación o búsqueda de la verdad biológica puede ser conveniente a sus intereses, no solo de índole patrimonial, sino también morales, sociales e incluso psicológicos. Búsqueda o investigación que en cualquier caso podrá llevar a cabo él mismo cumplida la mayoría de edad.

La filiación ante la que nos encontramos ostenta carácter extramatrimonial, por ello aun cuando se pretende en primer lugar buscar u obtener la verdad biológica o verosimilitud como la más cercana a la verdad legal, el presunto padre puede iniciar las acciones necesarias que le permitan llegar a esa verdad, acciones que podrá poner en marcha en cualquier momento ya que los derechos de paternidad son inalienables e imprescriptibles.

La intervención judicial actúa no en la búsqueda de la verdad biológica ni de una posible verosimilitud, sino del mejor y mayor interés del menor, porque de lo contrario el reconocimiento no sería favorable sino perjudicial. Por mucha verdad biológica, ésta no debe prevalecer ni hacerse valer. Se pretenden evitar las perturbaciones en la relación afectiva del menor, por lo que, si se produce la aprobación judicial, podríamos pensar que hay una posible verosimilitud o garantía biológica, pero desde luego y sin el menor género de duda, lo que sí se pretende blindar por encima de todo, es la protección y hacer valer el interés superior del menor.

Es por ello que la aprobación judicial se convierte en una medida de control de la actuación del representante legal, ya que se comprueba que no se consiente el

<sup>83</sup> Valga como ejemplo de tal derecho una de las últimas modificaciones de adopción acometida también por la reforma de la Ley de la Infancia y la Adolescencia, dando entrada en nuestro ordenamiento la llamada «adopción abierta» (artículo 178-4º del CC). Ya no es solo el poder averiguar los orígenes, sino que desde el comienzo se mantengan de alguna forma contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen y la adoptiva. Todo ello con las preceptivas intervenciones judiciales y de la Entidad Pública o Ministerio Fiscal que serán los que determinen si dicho régimen beneficia al menor y no perjudica en ninguna medida sus intereses.

reconocimiento a pesar de ser cierto si no responde a los intereses del menor. De este modo la intervención del juez evita el rechazo de un posible reconocimiento vía consentimiento que puede contravenir los intereses del supuesto hijo menor, admitiéndose, como ya se ha puesto de manifiesto una posible petición a posteriori de suspensión por parte de la madre o representante legal.

Nos encontramos así ante una duda desde el punto de vista de la verdad biológica: ¿es acertado o adecuado conceder al Juez un poder tan absoluto de manera que pueda dejar a un menor sin sus verdaderos padres, porque a su juicio no le conviene? Sabemos que, si la autoridad judicial no aprueba el reconocimiento con las audiencias preceptivas, casi con certeza la pretendida paternidad no se le reconocerá, salvo que no haya agotado la vía del consentimiento materno, debiendo acudir a la vía de las acciones de filiación y cuyos precedentes o antecedentes no le son para nada favorables, si son tenidos en cuenta como prueba en las mismas.

Es de suponer y afirmar que en dicha actuación judicial el Juez dispone de medios articulados jurídicamente, pensemos en el la nueva redacción que el artículo 9 de la LOPJM ha tenido por la LOPIA, referido al derecho del menor a ser oído y escuchado en función de su edad y grado de madurez, completando la vertiente que le da el artículo 2 al consagrarlo como garantía procesal específica<sup>84</sup>, al igual que a la opinión del entorno del menor como criterio general de determinación de su interés superior.

La puesta en práctica del artículo 9 de la LOPJM, podría suponer el otorgar al menor en el ámbito de la protección de sus intereses, de dotarlo de una capacidad de obrar especial o *sui generis*<sup>85</sup> que habrá desde luego que contextualizarse en el caso concreto. A pesar de la redacción del artículo 9 y 2 de la LOPJM, nunca en estos supuestos podrá ni deberá generalizarse, sino que habrá estar a cada caso concreto, teniendo en cuenta al menor y todo su entorno social, familiar y escolar.

#### 4.1. *La Posesión de Estado como presupuesto de la de la filiación no matrimonial*

Creemos importante hacer incidencia en la existencia o no de posesión de estado en el acto de reconocimiento de la filiación extramatrimonial, para hacer valer y darle mayor veracidad al mismo, se utilice la vía que se utilice del párrafo primero del artículo 124 del CC. Aquí no disponemos de las presunciones de paternidad que genera por ejemplo

<sup>84</sup>RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. «Últimas reformas de las Instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia». *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*. Nº 3-2016. pp. 51-54.

<sup>85</sup> Circunstancia ésta que podría incluso jugar en su contra, intentando hacer mayores antes de tiempo a muchos menores. LAMBEA RUEDA, A., *op. cit.* Pág. 62.

el matrimonio en la filiación matrimonial, por lo que una posesión o no estado intensificada su importancia por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, puede no solo facilitar tales reconocimientos, sino acercarlos a una verdad jurídica o presunción equivalente a la matrimonial, aun cuando entre ambas no existan desigualdades en lo que a los hijos o menores se refiere. El ser reconocido filialmente repercute sin duda en muchas esferas de la vida del menor, que si no tiene, por no habersele podido reconocer filiación alguna.

La posesión de estado, no resulta de un hecho único y aislado<sup>86</sup>, sino que está constituida por un conjunto de hechos públicos, encadenados y repetidos todos los días, de tal manera que constituye la más sólida y menos dudosa de las pruebas con carácter público y constante.

La mayoría de los reconocimientos en sede judicial coinciden con la verdad biológica, porque si se tratara de un reconocimiento por complacencia, lo lógico, es que previamente existiere un acuerdo entre el presunto padre reconocedor y la madre legal del reconocido, por lo que este último evidentemente lo consentiría sin duda alguna y se solventaría con el consentimiento del representante legal, independientemente incluso de que existiese o no posesión de estado. Creemos que estas posibles situaciones que pueden no beneficiar al menor y con amparo legal, deberían evitarse. Son otras las pretensiones y otros los intereses que se persiguen, en ocasiones muy alejados de los intereses del menor afectado.

Tal situación posesoria, debe englobar una serie de circunstancias fácticas que la ley tiene en cuenta, como prueba indirecta de la filiación en tanto en cuanto es manifestación de un estado civil, basado en la continuidad y la publicidad<sup>87</sup> y en sus tres elementos o características básicas: *nomen*, *tractus* y fama o *reputatio*, debiendo éstos ser demostrados en todos y cada uno de sus requisitos y que incluso se han

<sup>86</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. *La posesión de estado familiar*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Anales de la Universidad Hispalense. Montecorvo. Sevilla 1971. pp. 60 y 61.

<sup>87</sup> Ya la STS de 26 de junio de 1903 declaró que «*la posesión de estado en un concepto público...*», seguidas de otras como la de 22 de marzo de 1919 y 28 de noviembre de 1944 en la misma línea. Todas ellas anteriores a la reforma de 1981 donde había una discriminación evidente e injusta entre hijos concebidos fuera o dentro del matrimonio. Posterior a la reforma de mayo de 1981, la jurisprudencia empieza a ver en la posesión de estado una realidad más residual en la que puede verse el hijo cuya filiación no matrimonial puede o no haberse reconocido, siendo las circunstancias concretas en las que se halle en el seno de su contexto social y de la familia las que permitan el establecimiento de la filiación presunta al margen del matrimonio. SSTs de 19 de noviembre de 1985 [RJ 1985/5616], 16 de febrero de 1989 [RJ 1989/969] y 10 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8284]. En todas ellas y con carácter general se considera la posesión de estado como una actuación ininterrumpida y reveladora de la libre voluntad del padre de prestar asistencia, cuidado y compañía a la actora, a través de actos continuados y públicos.

flexibilizado en la filiación no matrimonial, no exigiéndose el *nomen*<sup>88</sup> o empleo habitual de los apellidos del progenitor por el hijo a pesar de no constar en el Registro civil, al igual que la fama, pues sería absurdo que el padre tuviera que alardear de la relación no matrimonial y de que la misma nació un hijo. El CC guarda silencio sobre tal concepto aun cuando lo reconoce en su articulado. Un claro ejemplo de ello es el 113CC, debiéndosele otorgar plena validez y eficacia para tales reconocimientos en sede de filiación no matrimonial como un importante principio de prueba.

El reconocimiento basado en dicha posesión de estado, podrá ser un acto válido y devenir con posterioridad en eficaz pudiendo determinar este tipo de filiación no matrimonial, tanto si el representante legal del reconocido cambia de opinión y lo consiente, o en el momento en que el hijo llegue a la mayoría de edad o emancipación para poder consentir el reconocimiento conforme al artículo 123 del CC, o si el hijo hubiere fallecido dejando descendientes sería a estos últimos a quienes le correspondería consentir el reconocimiento, en virtud del artículo 126 también del CC.

De igual modo, si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento abierto pero el reconocedor ahora testador, hubiese pretendido en vida que se cumpliesen los requisitos complementarios del artículo 124 del CC, al fallecer éste, el reconocimiento será eficaz sin necesidad de ningún requisito complementario, tal y como se recoge en el artículo 124.2 CC<sup>89</sup>. Se observa aquí la utilización de la otra opción u «oportunidad complementaria» a la negativa obtenida por el párrafo primero del 124 del CC. No obtenido ni el consentimiento ni la aprobación judicial, si el reconocimiento lo efectúa en testamento abierto o cerrado<sup>90</sup>, producida la apertura del mismo éste despliega de forma automática y desde luego irrevocable la cláusula o estipulación referida al reconocimiento de la filiación.

Evidentemente acudir a esta posibilidad, no habiéndose podido obtener en vida el mismo, es optar por un camino, no más corto pero sí exento de exigencias y requisitos salvados por el progenitor vía declaración de última voluntad, pero eso sí, tiene a favor del menor, ahora hijo del causante testador, no solo efectos patrimoniales de naturaleza sucesoria, sino también la referida al derecho de alimentos y a otros

<sup>88</sup>BARBER CÁRCAMO, R. *Op. cit.* pp. 112-113. Tomando como base entre otras la STS 10 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8284].

<sup>89</sup> Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil* Volumen IV. Marcial Pons. Madrid 2015. pp. 138 y ss.

<sup>90</sup> Bien, tal y como hemos apuntado páginas atrás, con efectos *inter vivos* realizada la disposición de última voluntad, o esperando a que se produzca el fallecimiento del otorgante. De ahí que parte de la doctrina que opta por la posibilidad de habilitar el reconocimiento en vida del otorgante, no ven exigible la exigencia de la aprobación judicial. CAÑIZARES LASO, A. *Op. cit.* pp. 138 y 139. En cambio, otro sector doctrinal sí ve la necesidad de ver completada por la aprobación judicial la declaración testamentaria. DÍAZ ALABART, S. «La edad mínima para reconocer hijos». *Revista de Derecho privado*. 1983. p.532.

deberes inherentes a la patria potestad, que no fueron cumplidas y que quizás puedan, ahora, ser reclamados con efectos retroactivos, a quienes en su momento las llevaron a cabo en beneficio del menor, la madre o representante legal del menor,<sup>91</sup> bien desde su nacimiento o estableciéndose algún límite temporal. Sea como fuere, la madre si vive en el momento de la apertura del testamento, sus representantes legales o quienes en su momento prestaron la asistencia la menor, serán acreedores del haber hereditario, en la cuantía que abarquen y que para cada concreto se determine dentro del concepto de alimentos del CC.

Los requisitos pueden verse incrementados en tales supuestos de reconocimientos testamentarios no solo por su naturaleza irrevocable y retroactiva en algunos aspectos, sino cuando una vez abierto la sucesión el hijo reconocido, menor en el momento de la redacción del testamento haya alcanzado la mayoría de edad, debiendo en estos casos ser también necesario que se produzca el consentimiento del mismo (artículo 123 CC), al ser legitimario y concurrir como heredero o legatario a la partición de la herencia. En relación a este último supuesto, la DGRN en Resolución de 17 de julio de 2017[ RJ 2017/3797] ] viene a decir afirmando y a exigiendo que la constancia registral de la ahora legitimaria, conforme al artículo 44 de la LRC, no puede ser obligada a que preste o no su consentimiento al reconocimiento testamentario de la filiación paterna y además exigirle una rectificación en el Registro civil, porque tal y como figura carece del carácter de legitimaria al no ostentar el apellido paterno del causante.

Se concluye que es suficiente el reconocimiento en el testamento de su filiación como medio de prueba, aun cuando carezca de título legitimador de tal filiación paterna por falta de inscripción, por lo que prestando su consentimiento expresa o tácitamente, no hay incompatibilidad entre la validez del reconocimiento y la ausencia de coincidencia registral.

Los reconocimientos, con carácter general, superan esa barrera biológica, incluso cuando se producen filiaciones no convencionales o la unión se ha producido con ocasión o fruto de un vínculo o no jurídico<sup>92</sup>, pero en otras como apuntábamos al principio, en los casos en los que no exista material genético de los padres en los propios hijos,<sup>93</sup> o de solo uno de ellos, superando la ciencia dichas barreras o

<sup>91</sup> AMMERMAN YEBRA, J. Y GARCÍA GOLDAR, M. parten de la idea de que la combinación de los artículos 112 y 154 del CC y el 39 de la Constitución, es el nacimiento del menor el que origina el derecho a ser asistido por ambos progenitores y, en consecuencia, desde entonces podrán solicitar alimentos *Op. cit.* pp. 103 y 104.

<sup>92</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P. *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho*. Civitas. 1995. p.18

<sup>93</sup> Pensemos en las técnicas de reproducción asistida y de fecundación artificial reguladas por la Ley. En relación con toda esta problemática PANIZA FULLANA, A. *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*. Aranzadi 2017. p.35.

circunstancias tan especiales como habituales. Hoy día la legislación evoluciona y se adapta a la realidad social y científica para que la filiación siempre quede no solo determinada sino protegida en todos sus extremos, pero eso sí, dejando a salvo situaciones incuestionables no solo desde el punto de vista jurídico<sup>94</sup>, sino de desde el propio interés de los sujetos implicados, hijos menores sobre todo y progenitores.

Es por ello que la posesión o no estado es un criterio muy a tener en cuenta, para que sobre todo en vía de aprobación judicial o de los consentimientos bilaterales necesarios del primer apartado, se tenga en cuenta para dar validez al reconocimiento de la filiación y en los supuestos del párrafo segundo del precepto que nos ocupa, aun cuando en esos últimos casos, la posesión de estado se puede ver, no relegada pero sí ensombrecida por las menores y propias exigencias de dicho párrafo ya que de alguna manera exigen al reconocimiento realizado en plazo o en testamento de declaraciones de voluntad o intervención judicial, que son las que deberían venir avaladas entre otras cuestiones por tal posesión de estado.

Ahora bien, cuando la madre intenta privar al presunto padre de reconocer a su hijo, la STC de 27 de octubre de 2005 [RJ 2005/273] manifiesta la inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, en cuanto impide al progenitor que no cuenta con características similares a las matrimoniales, es decir al margen de la institución matrimonial, la reclamación de la filiación en los casos que no existe la posesión de estado<sup>95</sup>. No debe ser la posesión de estado en esta modalidad de filiación la piedra angular donde se fundamente la filiación, será un importante indicio, pero desde luego no el determinante y único, de lo contrario se vulneraría el derecho fundamental de igualdad ante la ley y de facto el también fundamental de obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales.

La posesión de estado, debe ser considerada como una conducta o situación ininterrumpida y reveladora de la voluntad, en este caso del padre, de prestar la asistencia propia y coincidente con el ejercicio de la patria potestad,<sup>96</sup> para que

<sup>94</sup> La DGRN resuelve estas cuestiones en base a principios tan incuestionables como razonables de que «maternidad no hay más que una en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza». RDGRN de 9 de enero de 2002 [RJ 2002/3611], 30 de septiembre de 2004 [RJ 2005/664], 5 de junio de 2006 [JUR 2007/30356] y 5 de diciembre de 2013 [JUR 2014/209953].

<sup>95</sup> Privar al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con lo recogido en el artículo 39.2 de la Constitución Española de hacer posible la investigación de la paternidad ni el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

<sup>96</sup> Además de todos los requisitos de uso del nombre conducta del padre sobre el hijo, conocimiento público de la situación. Es lo que se denomina *nomen, tractatus, y reputatio*. En esta línea se manifiesta de forma unánime el TS. SSTS de noviembre de 2 de marzo de 1994 [RJ 1994/1639], 10 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8284] y 31 de diciembre 2003 [RJ 2003/9007] entre otras.

utilizándose la vía que se utilice del artículo 124, de lugar a una filiación jurídica no matrimonial con todas sus consecuencias y efectos.

La Audiencia Provincial de Murcia (SAP de Murcia de 13 de septiembre de 1999) [RJ 1999/273202] es reveladora en esta línea a la hora de considerar la acreditación de la cohabitación en el momento de la concepción como posesión de estado suficiente para la determinación de la filiación no matrimonial, junto a la aportación de la partida bautismal, no habiendo quedado acreditado posteriormente la convivencia o posesión de estado de los progenitores.

#### *4.2. El Interés superior del menor como principio valedor de la filiación no matrimonial*

Siempre habrá que tenerse presente este principio valedor de los intereses de menores e incapaces en toda su dimensión, frente a todas las demás cuestiones y fundamentos a respetar y observar para la determinación de la filiación. El artículo 124 del CC no lo contempla, pero no por ello hay que ignorarlo, sino hacerlo valer en tanto en cuanto es el que debe primar en toda filiación y en mayor medida en la extramatrimonial, aun cuando sea en alguna ocasión difícil o discutible su primacía y aplicación. El reconocimiento más consentimiento del punto primero del artículo 124 del CC, así como la aprobación judicial, además de los supuestos el párrafo segundo, deberán venir abanderados por dicho principio superior, jerárquica y normativamente considerado en primer lugar, junto a otras cuestiones, intereses y principios con los que deberá conjugarse y compatibilizarse, pero nunca desplazarse.

Dicho principio adolece desde luego de limitaciones, no siempre insalvables pero incuestionables. En virtud del mismo, no es tan importante, ni se salvaguarda ni se protege tanto la coincidencia de la verdad biológica con la jurídica, sino que incluso cabe alejarse de la misma en aras de hacer primar el interés del menor que se va a reconocer, incluso cuando dé lugar a soluciones o situaciones contradictorias<sup>97</sup> pero más que justificadas por la causa que las ampara.

Cabe ante todo esto preguntarse si existen límites a la invocación de tal principio o si se debe aplicarse sin límites por su propia naturaleza e importancia. La STS de 6 de febrero de 2014 [RJ 2014/833] deja claro en sus argumentos que hay que tener cuidado

<sup>97</sup>Un claro ejemplo lo son los reconocimientos de complacencia ya citados, a los que desde luego hay que dotar de efectos y eficacia si se han emitido en interés el menor reconocido, en contraposición a los de conveniencia que sí deben tenerse como no puestos. Ahora bien, habrá que estar al supuesto o caso concreto, ya que en virtud del artículo 39-2º de la Constitución con la proclamación de la protección integral de los hijos, ningún menor puede quedar al arbitrio de la voluntad de un reconocedor con buenas relaciones con la madre. Vid. la STS de 4 de julio de 2011 [RJ2011/5965].

y no ir más allá de lo que le corresponde al interés superior del menor, debiéndose interpretar de manera adecuada.<sup>98</sup> Dicho principio no debe justificarlo todo ni mal utilizarlo conforme a interpretaciones y aplicaciones inadecuadas en donde sean otros los intereses que se quieren priorizar y hacer valer.

El importante, reciente y ya mencionado artículo 9 de la LOPJM es el que debe ser invocado, aplicado e interpretado con detenimiento para conocer no solo el contenido de dicho principio<sup>99</sup> sino también sus limitaciones en función de otros parámetros o exigencias del entorno del menor.

El menor, en virtud de los mandatos contenidos en el artículo 39 del texto constitucional, deberá estar rodeado de protección familiar y estatal, teniendo también derecho a recibir de las Administraciones públicas o de las entidades colaboradoras, información accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y garantizar el respeto de los mismos.<sup>100</sup>

Artículos 2 y 9 con carácter especial y LOPJM en general deberán ser aplicados e interpretados desde una perspectiva amplia sin alcance restrictivo, debiendo ser combinado con otros como el de no discriminación, participación, etc., sobre todo en lo que, a la aplicación del reconocimiento, se utilice o invoque la vía que sea del artículo 124 del CC.

## BIBLIOGRAFÍA

<sup>98</sup> Dice la Sentencia: «*la aplicación del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes... hay cambios que no puede ni debe el juez suplir, sino que están y deben de estar sujetos al Parlamento como depositario de la soberanía nacional...*». Incluso el propio TS aboga a tal interés en el orden de los apellidos en los casos de paternidad reconocida en procedimientos de reclamación de paternidad no matrimonial. STS de 10 de noviembre de 2016 [RJ 2016/5463], para no proceder a tal alteración reclamada por el padre, por tener el menor la filiación y los apellidos de la madre reconocidos con anterioridad y cuyo cambio puede perjudicarlo, no existiendo motivo que acredite tal variación.

<sup>99</sup> Incluso su aplicación e interpretación, se ve superada y es contradictoria con los principios inspiradores de la misma, al ser en principio un concepto jurídico indeterminado, y con las normas internacionales que en definitiva han sido y son su referente. Incluso los deberes a los que hace referencia este precepto, deben ser exigidos, aplicados e interpretados en interés del menor.

<sup>100</sup> Ese es el sentido del artículo 10 de la LOPJM, además del 12. Ambos, junto con otros textos nacionales e internacionales establecen un sistema de protección gradual, integral y personalizado, estableciéndose actuaciones de carácter general, otras que giran a través del concepto de situación de riesgo, se regula la guarda voluntaria, la distintas actuaciones en situaciones de desamparo, el acogimiento familiar y residencial como modalidades de guarda, todas la actuaciones orientadas a la integración social y familiar del menor protegido, además de programas de preparación para la vida independiente. MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Op. cit.* pp.382-384.



AMMERMAN YEBRA, J. Y GARCÍA GOLDAR, M., «Reconocimiento de filiación en testamento y reclamación de alimentos». *Revista de Derecho civil*. Vol. IV, Nº 1 (enero-marzo, 2017). Estudios. pp. 77-124.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Sobre la legitimación del reconocedor paterno, por vía exenta de cumplimientos, para ejercitar las acciones de filiación, si se deniega la confirmación de la inscripción de reconocimiento suspendida». *Estudios Homenaje a Díez-Picazo Ponce de León, I*. Coordinados por Cabanillas Sánchez, A. Vol.3. 2002. pp. 4412 y ss.

BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: Una visión crítica*. Aranzadi. Pamplona 2013.

BARBER CÁRCAMO, R., «Autonomía de la voluntad y Derecho de filiación». *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Rams Albesa*, Coordinados por CUENCA CASAS, M, ANGUIA VILLANUEVA, L. A. Y ORTEGA DOMÉNECH, J. Dykinson. Consejo General del Notariado y Registradores de la Propiedad. Madrid 2103. pp. 1111-1129.

CAÑIZARES LASO, A., *El reconocimiento testamentario de la filiación*. Montecorvo. Madrid. 1990.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre la familia». *Boletín de Información del Ilustre Colegio de Notarios de Granada*. Nº 9.1986. pp. 5-27

DE LA IGLESIA MONJE, M. J., «Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 758. pp. 3341-3362.

DÍAZ ALABART, S., «LA edad mínima para reconocer hijos». *Revista de Derecho privado*. 1983. pp. 531-540.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*. Vol. IV. Tecnos. Madrid 2015.

DURÁN RIVACOBBA, R., «La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor e incapaz». *Anuario de Derecho civil*. Vol. 40. Nº 1, 1987, pp.139 -194.

GALLO VÉLEZ, A. S., *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho común español*. Dykinson. Madrid 2017.

GARCÍA CANTERO, G., «Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia» (1981-1990). Proyecto social: *Revista de Relaciones Laborales*. Nº 2. 1994. pp.43-54.

GARNICA MARTÍN, J.F. «El reconocimiento de filiación extramatrimonial: la necesidad de aprobación judicial: Artículo 124 del Código Civil». *Revista General de Derecho*. Nº 525.1988. pp. 3393-3395.

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P., *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho*. Civitas. Madrid 1995.

GETE-ALONSO Y CALERA, C., y SOLÉ RESINA, J., *Filiación y Potestad Parental*. Tiran lo Blanch. Valencia 2014.

GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson. Madrid 2103.

LACRUZ BERDEJO, J.L., «Un nuevo contractualismo en el Derecho Familia». *Revista La Ley*. Nº 3. 1982, pp. 727- 783.

LAMBEA RUEDA, A., «Deberes de los menores o menores con derechos y límites en su ejercicio». *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*. Coordinado por BERROCAL LANZAROT, A. Y CALLEJO RODRÍGUEZ, C. *La Ley* 2016.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*. Vol. IV. Marcial Pons. Madrid. 2105.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A M., «La posesión de estado familiar». *Anales de la Universidad Hispalense*. Nº 12. Sevilla 1971.

LUCES GIL. F., «Exposición sintética del nuevo régimen de filiación», *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*. 1981. Nº 1. pp. 1-12

MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España». *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Coordinador por MARTÍNEZ GARCÍA, C. Aranzadi. Cizur Menor 2016, pp. 379-433.

MARTÍNEZ RUANO, P., «La capacidad lufundamental del menor». En *Políticas Jurídicas para el menor*. Sáinz-Cantero Caparrós, M<sup>a</sup> B. (ed.). Comares. Granada 2009.

MUÑOZ DE DIOS SÁENZ, L.F., «El reconocimiento de complacencia ante notario». *Revista de Derecho Civil*. Vol. IV. Nº 4 (octubre-diciembre, 2017), pp. 237-264.

NÚÑEZ NÚÑEZ, M., y RAMÍREZ DE MATOS, E.J., «Acciones de filiación: Su reciente modificación por la Ley 16/2015, de 28 de julio». *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*. La Ley. Wolters Kluwer. Madrid 2016. pp. 450-464.

OTAEGUI AIZPURPUA, I., *La relevancia del Tribunal de Derechos Humanos en la protección del menor*. Aranzadi. Cizur Menor 2107.

PANIZA FULLANA, A., *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*. Aranzadi. Cizur Menor 2017.

QUICIOS MOLINA, M. S., *Determinación e impugnación de la filiación*. Aranzadi. Cizur Menor 2014.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)». *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 58. Nº 3 (julio-septiembre 2005). pp. 1049-1113.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario a los artículos 124 a 126 del Código civil». *Comentario al Código civil del Ministerio de Justicia*. T.I. Madrid 1991. pp.472- 479.

ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho de familia*. Sevilla 1949.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M., «El concepto del menor» *Tratado del Menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia*. Coord. MARTÍNEZ GARCÍA, C. Aranzadi. Cizur Menor 2016. pp.75- 84.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Últimas reformas de las Instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia». *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*. Nº 3-2016. pp. 43 a 73.

SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>a</sup> B., «El estatuto de sujeto protegido y la “relacionalidad”, pilares de las nuevas políticas jurídicas para el menor», *Políticas jurídicas para el menor*. Comares. Granada 2009.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. *El sistema de protección de la infancia y la adolescencia*. Tirant lo Blanch. Valencia 2017.

SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil*. T. IV. Capítulo IX. Familia. Dykinson. Madrid 2010. pp. 57-61.

SANCIÑENA ASURMENDI, C., «Impugnación de la paternidad por reconocimiento de complacencia. Comentario a la STS de 15 de julio de 2016. ». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*. Nº 104 (mayo-agosto 2017), pp. 1-22.

SERNA MEROÑO, E., «La reforma de la filiación». *Anales de Derecho*. Nº 6, 1984. pp. 135-155.

TORRES GARCÍA, T., *El testamento ológrafo*. Montecorvo. Madrid, 1977.

TORRES GARCÍA, T., «El testamento ológrafo en el Código civil». Capítulo 10. Otras formas testamentarias: El testamento ológrafo en el Código civil y en el Código civil de Cataluña. *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dirigido por GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> DEL C. y coordinado por SOLÉ RESINA, J. T. I. Segunda Edición. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor, 2016.

VAQUERO PINTO, M.J., «La filiación extramatrimonial». En AAVV. *Tratado de Derecho de familia*. YZQUIERDO TOLSADA Y CUENCA CASAS, (Dir.). Vol. 5. 2011. (Las relaciones paterno filiales) T. I. pp. 235-324.

VERDA Y BEAMONTE, R. De, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Aranzadi Cizur Menor, 2005.

VERDERA SERVER, R., «Comentario a los artículos 120 a 140», *Comentarios al Código Civil*, Tomo I. Dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. pp. 1263-1441.

VERDERA SERVER, R., *La Reforma de la Filiación. Su nuevo régimen jurídico*. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

Fecha de recepción: 09.01.2018

Fecha de aceptación: 24.03.2018