

SONIA RAMOS GONZÁLEZ*

EL DERECHO A USAR EL APELLIDO DE LA MADRE
EN PRIMER LUGAR.

ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

ABSTRACT. Based on a brief analysis of the Italian Constitutional Court decision 131/2022, of April 27, this paper aims to explain the Spanish civil law reforms that have been carried out to eliminate discrimination against women in determining the order of children's surnames. It is shown that the abandonment of the rule of precedence of the paternal surname has occurred not only because of the application of the principle of equality between parents, but also because of the consideration of the minor's best interest principle as a criterion to determine the order when parents do not agree before registration.

SUMARIO. 1. La Sentencia del Tribunal Constitucional italiano 131/2022, de 27 de abril y su comparación con el régimen actual sobre transmisión de los apellidos en el Derecho (CC) español – 2. Las distintas reformas del Derecho civil español dirigidas a la eliminación de la discriminación por razón de sexo en la determinación del orden de los apellidos – 3. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la determinación del orden de los apellidos – 4. Conclusiones

* Profesora agregada de Derecho civil, Universitat Pompeu Fabra.

1. La Sentencia del Tribunal Constitucional italiano 131/2022, de 27 de abril y su comparación con el régimen actual sobre transmisión de los apellidos en el Derecho español

1.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional italiano 131/2022, de 27 de abril

La Sentencia del Tribunal Constitucional italiano (STCI) núm. 131, de 27 de abril de 2022 - 31 de mayo de 2022¹, ha declarado inconstitucional el artículo 262, párrafo 1º del Código civil, en la parte en la que atribuye al hijo no matrimonial, con filiaciones reconocidas simultáneamente por ambas líneas, el apellido del padre («*Il figlio assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome del padre*»). El Tribunal sostiene, como ya había declarado en sentencias anteriores (en particular, en la STCI núm. 286, de 8 de noviembre de 2016²), que la regla legal de atribución automática del apellido paterno al hijo, vestigio de un sistema patriarcal de la familia matrimonial, es contraria al principio de igualdad de trato de los progenitores (art. 2 de la Constitución italiana) y, en consecuencia, también lesiona el derecho al nombre del menor y su identidad (como derecho inviolable de la persona, art. 3 de la Constitución italiana). Además, la regla supone la infracción por el Estado de las obligaciones que derivan del Derecho comunitario y de las normas internacionales (art. 117.1 Constitución italiana) en relación con el derecho a la vida privada y familiar, que ampara el derecho a la identidad del menor, y la prohibición de discriminación por razón de sexo, previstos en los arts. 8 y 14 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH).

En el procedimiento de instancia seguido ante el Tribunal de Bolzano, que es quien plantea una de las cuestiones de inconstitucionalidad sobre la norma, los recurrentes tenían dos hijas nacidas fuera del matrimonio inscritas con el apellido materno y reclamaron inscribir a su tercer hijo también con el apellido materno. Alegaron que la denegación de la inscripción por parte del Encargado del Registro civil

¹ Publicada en la Gazz. Uff. de 1 de junio de 2022, n. 22.

² Publicada en la Gazz. Uff. de 28 de diciembre de 2016, n. 52.

vulneraba el derecho del menor a su propia identidad y a la unidad familiar, al impedir que tuviera el mismo apellido que sus hermanas³.

La STCI 131/2022 propone al legislador cuál es la regla de transmisión y orden de los apellidos respetuosa con la Constitución: aquella que atribuye al hijo; i) los apellidos de ambos progenitores; ii) en el orden que estos acuerden; y iii) salvo que los progenitores decidan conjuntamente, en el momento del reconocimiento de la filiación, transmitir al hijo el apellido de uno solo de ellos⁴. Además, el Tribunal señala que si los progenitores no se ponen de acuerdo sobre el orden de los apellidos, deberá ser el juez quien determine el mismo, como ya ocurre en relación con otras decisiones importantes que conciernen a los hijos, incluida la elección del nombre (FJ. 11º.3).

Son especialmente importantes los razonamientos siguientes del Tribunal Constitucional italiano:

Primero, aclara, en respuesta a la cuestión planteada por el Tribunal de Bolzano, que no sería suficiente para salvar la constitucionalidad modificar la regla en el único sentido de admitir como excepción el acuerdo de los progenitores de atribuir sólo el apellido de la madre⁵, porque esta alternativa haría muy difícil o improbable la posibilidad de acuerdo desde el momento en que la regla subsidiaria atribuye al hijo el apellido paterno (FJ. 11º.1). Por lo tanto, es necesario para respetar el principio de igualdad y

³ Información extraída de M. CALDIRONI, *La atribución de apellidos a los hijos en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana*, «ReDCE», núm. 37, Enero-Junio de 2022., p. 8 <https://www.ugr.es/~redce/REDCE37/articulos/010_CALDIRONI.htm>.

⁴ Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 262, párrafo 1º Código civil italiano, el Tribunal Constitucional declaró igualmente inconstitucionales las normas que regulan la transmisión de los apellidos de los hijos nacidos dentro del matrimonio y de los hijos adoptados, y que atribuyen al hijo el apellido del padre o sólo pueden interpretarse en ese sentido (art. 299.3 del CC italiano, en materia de adopción de personas mayores de edad, art. 27.1 de la Ley núm. 184 de 4 de mayo de 1983, en materia de adopción, y art. 34 del Decreto presidencial núm. 396 de 3 de noviembre de 2000, relativo a los límites en la atribución del nombre, en la parte en que dispone que el hijo nacido dentro del matrimonio asume el apellido del padre). Para que estas disposiciones sean conformes con la Constitución italiana y la CEDH, según el TCI deberían disponer que el hijo asumirá los apellidos de los progenitores, en el orden que estos acuerden, y sin perjuicio del acuerdo, en el momento del nacimiento o durante el procedimiento de adopción, de atribuir el apellido de uno solo de ellos.

⁵ El Tribunal recuerda que la STEDH de 7 de enero de 2014 (*Cusan and Fazzo v. Italia*) ya estableció que el vacío legal en el Derecho italiano consistente en no permitir que se atribuya al hijo el apellido de la madre cuando hay acuerdo entre los progenitores es una violación de los artículos 8 y 14 del CEDH.

atribuir la misma importancia a los dos vínculos de filiación que la ley asigne al hijo los apellidos de ambos progenitores.

Segundo, el principio de igualdad entre los progenitores exige, en cuanto al orden de los apellidos, que estos expresen, de común acuerdo, cuál es el orden que desean transmitir a su hijo. Una norma que atribuyera al hijo el apellido de la madre o del padre en primer lugar sería discriminatoria, como ha establecido el TEDH en la sentencia de 26 de octubre de 2021, León Madrid v. España, respecto al art. 194 del Reglamento del Registro civil de 1957 (FJ. 11º.3), que se analizará más adelante.

En tercer lugar, el Tribunal argumenta que la excepción basada en la atribución por los progenitores del apellido de uno solo de ellos es necesaria porque el apellido escogido puede ser el único que identifica la unión de los progenitores o porque, en interés del hijo, puede ser necesario contemplar otros factores preexistentes relacionados con el estatuto de la filiación como, por ejemplo, el vínculo con hermanos y hermanas que solo se han inscrito con el apellido de uno de los progenitores, o el vínculo con otros hijos de uno de los progenitores (FJ. 12º).

El TCI añade una consideración importante sobre el número de apellidos de cada progenitor que son objeto de transmisión a los hijos: invita al legislador a considerar medidas que eviten la transmisión de más de un apellido de cada progenitor, porque sostiene que, de lo contrario, el apellido perderá su función de ser parte esencial de la identidad del sujeto. Estas medidas podrían incluir la elección por parte de cada progenitor con doble apellido de aquél apellido que mejor representa el vínculo de filiación o la elección por parte de ambos progenitores del doble apellido de uno de ellos (FJ. 15º).

La STCI 131/2022 supone un cambio significativo en el régimen jurídico de los apellidos en comparación con la STC 286/2016, de 8 de noviembre⁶. En esta última, el TC había declarado inconstitucional el art. 262, párrafo 1º del Código civil italiano por no permitir a los progenitores, de común acuerdo, atribuir al hijo el apellido

⁶ Como sostiene Matteo Caldironi, la STC 286/2016 supuso un avance importante pero no restableció la legalidad constitucional. En efecto, el TCI no basó la inconstitucionalidad en la regla de defecto que seguía dando preferencia al apellido paterno. CALDIRONI, *La atribución de apellidos a los hijos en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana*, cit., p. 7.

materno *además* del apellido paterno previsto en la ley⁷. Por lo tanto, los progenitores sólo podían, mediante acuerdo, transmitir al hijo los apellidos de ambos, pero en cambio no podían transmitir sólo el apellido de la madre. Además, a falta de pacto, el apellido paterno se transmitía al hijo por mandato legal. Las cosas han quedado de manera bastante distinta tras la STCI 131/2022, porque la regla propuesta por el Tribunal supone que la ley adopta un sistema de doble apellido que se aplicará en el orden que determinen, por acuerdo, los progenitores. Esta regla podrá ser excluida si estos acuerdan transmitir al hijo el apellido de uno solo de ellos.

1.2. Comparación con el régimen jurídico vigente en el Derecho civil español en materia de atribución de los apellidos

El régimen jurídico vigente básico de transmisión de los apellidos en el Derecho civil español se puede sintetizar en las siguientes reglas, previstas fundamentalmente en el art. 109 Código Civil español (CC) y en el art. 49 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC 2011)⁸:

1. «La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley» (art. 109, párrafo 1º CC).
2. «Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral» (art. 109, párrafo 2º, inciso 1º CC y art. 49.2 LRC 2011).
 - a. «Si no se ejercita esa opción, regirá lo dispuesto en la ley» (art. 109, párrafo 2º, inciso 2º CC). El art. 109 CC remite a la LRC de 2011, cuyo art. 49.2, párrafo 3º, establece como criterio subsidiario, en caso de desacuerdo o de silencio de los progenitores, que el Encargado del Registro civil acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor. En concreto:
«En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a

⁷ También declaró la inconstitucionalidad del art. 299, párrafo 3º Código civil italiano, en materia de adopción de personas mayores de edad.

⁸ La Ley entró en vigor el 30 de abril de 2021, excepto para algunas disposiciones que entraron en vigor con anterioridad, como el art. 49.2 LRC (30 de junio de 2017).

los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor [...]».

b. No obstante, no es aplicable la opción si el nacido tiene hermanos del mismo vínculo, porque es una regla imperativa que «el orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos registrá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo» (art. 109, párrafo 3º CC)⁹.

i. Sin embargo, la LRC 2011 permite a los padres, de común acuerdo, decidir la anteposición del apellido materno para todos los hermanos «si en el momento de entrar en vigor esta Ley los padres tuvieran hijos menores de edad de un mismo vínculo» (Disposición transitoria única LRC 2011). Ahora bien, señala la norma, «si éstos tuvieran suficiente juicio, la alteración del orden de los apellidos de los menores de edad requerirá aprobación en expediente registral, en el que estos habrán de ser oídos conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero».

3. «El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos» determinados de acuerdo con las reglas anteriores (art. 109, párrafo 4º CC).

4. El régimen anterior resulta aplicable a la filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva, ex art. 108, párrafo 2º CC.

5. «En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos» (art. 49.2, párrafo 4º LRC 2011).

El régimen jurídico que deriva de la STCI 131/2022 difiere del sistema español, como mínimo, en los siguientes puntos:

En el Derecho español el sistema de doble apellido es, salvo en las excepciones previstas por la legislación, imperativo y de orden público. En este sentido, la excepción que prevé la STCI relativa a la transmisión, por acuerdo, del apellido de uno de los pro-

⁹ También lo destaca A.I. BERROCAL LANZAROT, *La identidad personal. El nombre y los apellidos. El interés superior del menor*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», N.º 760, 2017, pp. 937-975, p. 951.

genitores no sería válida. Tampoco sería válido un acuerdo por el que se transmitiera el segundo apellido de cada progenitor, porque la ley también prevé que sólo se transmite el primer apellido de cada progenitor.

El Derecho español no remite al juez sino al Encargado del Registro civil la decisión sobre el orden de los apellidos (art. 49.2 LRC 2011), si no hay acuerdo entre los progenitores y una vez oídos ambos.

El carácter de orden público de la materia está vinculado al interés del Estado «en dotar de estabilidad el estado civil mediante la fijación inicial de los apellidos y los supuestos concretos de cambio o alteración de los mismos» (STC 167/2013, de 7 de octubre)¹⁰.

«Por una parte, [los apellidos] se configuran como un elemento constitutivo de la identidad de las personas y de su vida privada, familiar y profesional, dado que constituyen un medio de identificación personal y profesional, y reflejan el vínculo con una familia. Pero, paralelamente, tienen relevancia de orden público, dado el interés público existente en la correcta identificación de las personas, no sólo por la relevancia que tienen para las relaciones de Derecho público (p. ej., en materia tributaria, educativa, sanitaria, asistencial, etc.), sino también por la frecuencia con que las cuestiones del ámbito privado, tanto personal y familiar como profesional, trascienden al ámbito jurídico público (p. ej., relaciones laborales, Administración de Justicia, registros, etc.)» (Dictamen 70/2020, de 2 julio, del Consejo de Estado en un expediente relativo a una solicitud de cambio de apellidos del hijo de una mujer víctima de violencia de género).

El principio de duplicidad de líneas también forma parte del orden público en esta materia, por lo que, en caso de determinación de la filiación por ambas líneas, es contrario al orden público español la transmisión exclusiva de los apellidos de una sola línea, la materna o la paterna. La autonomía privada de los progenitores alcanza al orden

¹⁰ M. CORERA IZU sostiene que «es un principio de orden público que afecta directamente a la organización social y que no es susceptible de variación alguna so pena de consagrar un privilegio para determinada categoría de españoles que atentaría, al carecer de justificación objetiva suficiente, al principio constitucional de igualdad de todos los españoles ante la Ley. De ahí que no puede haber un ciudadano español que ostente un solo apellido» (*Comentario a la sentencia de 26 de octubre de 2021 del TEDH sobre la regulación de los apellidos en España*, «Revista Aranzadi Doctrinal», núm. 3/2022, BIB 2022\559, p. 6).

de los apellidos pero no a la supresión del apellido de uno de ellos, excepto en los supuestos previstos en el art. 111 CC (cuando el progenitor haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme y cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición).

En este contexto, es interesante la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 496/2018, de 14 de septiembre. El pleito se originó por una demanda de paternidad no matrimonial interpuesta seis años después del nacimiento del menor, que había sido inscrito con los apellidos de la madre, como establece la legislación. El actor solicitó en la demanda la modificación de la inscripción de nacimiento, pero no se pronunció sobre el orden de los apellidos. En la contestación a la demanda, la madre solicitó que se mantuvieran sus apellidos. El Juzgado de Primera Instancia (JPI) desestimó la reclamación por considerarla caducada. La Audiencia Provincial (AP) estimó el recurso de apelación del actor, declaró la filiación paterna, ordenó la modificación de la inscripción y que se conservara el apellido materno en primer lugar y se añadiera después el paterno, porque de esta manera se conseguía un menor impacto en la vida y entorno del menor. La madre interpuso recurso de casación y alegó que la sentencia era incongruente con las peticiones de las partes porque había conformidad entre los progenitores sobre el orden de los apellidos, en tanto que el actor no se había pronunciado ni se había opuesto a lo pedido por la madre. El Tribunal Supremo desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida: «la conformidad inicial –demanda y contestación– sobre los apellidos solo puede venir referida a su orden y no a la supresión de los de un progenitor, pues ello, en principio, iría en contra de la previsión legal y del interés del menor» (FD. 2º). El TS también sostuvo que la sentencia recurrida había tenido en cuenta el interés del menor para otorgar preferencia al apellido de la madre. Recuerda, además, que de la LRC 2011, se colige: «(i) que el derecho de la personalidad del nacido exige como elemento de su identidad que aparezca inscrito con nombre y apellidos, que los apellidos vienen determinados por la filiación; ii) que en la determinación de su orden se han de ponderar y aplicar dos derechos de especial relevancia, el de igualdad por razón de sexo y el de interés superior del menor».

Los progenitores tampoco pueden modificar sus apellidos por otros distintos, excepto en los supuestos previstos legalmente (arts. 53 a 57 LRC 2011), entre los que

se encuentra la autorización por parte del Encargado del Registro de civil del cambio de apellidos de las víctimas de violencia de género o a sus descendientes que estén o hayan estado integrados en el núcleo familiar de convivencia (art. 54.5 LRC 2011).

En el expediente resuelto por el Dictamen 70/2020, de 2 de julio, del Consejo de Estado, al que resultaba aplicable la normativa anterior a la LRC 2011, el cambio lo había solicitado el hijo mayor de edad, quien había presenciado a la edad de cuatro años agresiones propinadas por su padre contra su madre.

También está contemplado que el Encargado autorice el cambio de los apellidos «[c]uando sobre la base de una filiación rectificadora con posterioridad, el hijo o sus descendientes pretendieran conservar los apellidos que vinieren usando antes de la rectificación. Dicha conservación de apellidos deberá instarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la nueva filiación o, en su caso, a la mayoría de edad» (art. 53.5 LRC 2011).

Bajo la normativa anterior, el art. 58.1 LRC 1957 permitía el cambio de apellidos para evitar la desaparición de un apellido español. En el caso resuelto por la STS 629/2021, de 27 de septiembre, el TS estimó el recurso de casación de los progenitores, así como su demanda, en la que solicitaban el cambio de los apellidos de su hija consistente en agregar el segundo apellido del padre (Vacelar) al primer apellido paterno, con base en el riesgo de desaparición de aquel apellido.

2. Las distintas reformas del Derecho civil español dirigidas a la eliminación de la discriminación por razón de sexo en la determinación del orden de los apellidos

En el Derecho español el Código Civil de 1889 y la Ley del Registro Civil de 1957 partían de un sistema de doble apellido, no dispositivo para las partes, que sigue vigente, según el cual la filiación determina los apellidos, de manera que, si la filiación está determinada por ambas líneas, el hijo recibe el primer apellido de cada progenitor y si la filiación está determinada por una sola línea, los hijos tienen los dos apellidos del

progenitor que reconozca su condición.

Por tanto, la adecuación de la normativa al principio de igualdad entre los progenitores se ha concretado básicamente¹¹ en la cuestión de cómo esta normativa determinaba el orden de los apellidos y, en particular, en el cuestionamiento de la regla tradicional de prevalencia del apellido paterno frente al materno. Como ha advertido la jurisprudencia, «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona» (por todas, STS, 266/2018, de 9 de mayo).

El legislador español, en distintas reformas, ha modificado la normativa del CC y la normativa registral para adaptarla al principio de igualdad entre los progenitores y a la prohibición de no discriminación por razón de sexo previstos en el art. 14 de la Constitución Española de 1978 (CE).

A continuación, se analizará esta evolución con más detalle.

2.1. *La regla tradicional: anteposición del apellido paterno al materno*

La regla tradicional en España consistía en el uso del apellido del padre, en primer lugar, y del apellido de la madre, en segundo lugar, y, según los datos, esta regla todavía está arraigada en la actualidad¹².

La redacción originaria del art. 114 CC establecía: «[L]os hijos legítimos tienen derecho: 1º. A llevar los apellidos del padre y de la madre». En el mismo sentido, se pronunciaba el art. 53 de la primera Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro civil (LRC 1957), en su redacción originaria: «las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todos», precepto desarrollado por

¹¹ La reforma del año 1999 eliminó la diferencia de trato por razón de género que existía en supuestos de filiación reconocida sólo por un progenitor. El art. 55 de la Ley del Registro civil de 1957, en su redacción originaria, permitía sólo a la madre la opción de alterar el orden de sus apellidos para evitar que socialmente se reconociera que el hijo era de padre desconocido.

¹² Según datos del Ministerio de Justicia, a pesar del cambio legislativo, la inmensa mayoría de los progenitores inscriben a su hijo siguiendo el orden tradicional de los apellidos, primero el paterno y después el materno, probablemente porque, para las parejas que están unidas, no es una cuestión importante, mientras que para una minoría la alteración de la regla tradicional es una forma de visualizar la igualdad (elDiario.es, 30 de abril de 2021, «Solo el 0,5% de los bebés nacidos en cinco años lleva el apellidos de la madre primero: “Mucha gente nos dice ‘¿qué necesidad?’”», <https://www.eldiario.es/sociedad/apellido-materno-no-despega-0-5-bebes-nacidos-padre-no-automatico-lleva_1_7875692.html>).

el art. 194 del Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958) que establecía: «[a]pellido paterno es el primero del padre; materno, el primero de los personales de la madre aunque sea extranjera. En el Registro, uno y otro, se expresarán intercalando la copulativa “y”».

Aunque ninguna de estas normas estableció expresamente el orden de transmisión de los apellidos, se interpretaba que seguían el sistema tradicional de preferencia del apellido paterno («En principio, también se ha seguido, en orden a los nombres y apellidos, el sistema tradicional», señalaba la Exposición de Motivos de la LRC 1957, apt. VI)¹³. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 167/2013, de 7 de octubre, se refiere a este sistema como el que «ha venido siendo usual en el ordenamiento jurídico civil».

2.2. La reforma de 1981: opción del hijo de anteponer el apellido materno

Tras la aprobación de la Constitución española de 1978, el art. 109 CC, en la redacción que resultó de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, establecía: «la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos». Esta reforma del CC eliminó la distinción entre filiación legítima e ilegítima y reconoció al hijo mayor de edad la opción de alterar el orden de los apellidos determinados por la ley, es decir, solicitar que el apellido materno precediera al paterno. Sin embargo, la doctrina coincide en afirmar que esta norma no eliminaba la discriminación de la mujer¹⁴,

¹³ También la doctrina civil interpreta que la regla de preferencia del apellido paterno deriva de estas normas. En relación con los arts. 53 y 55 LRC 1957, M.I. DE LA IGLESIA MONJE, *El interés superior del menor y el orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de manera sobrevenida*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», N.º. 761, 2017, pp. 1433 a 1448, p. 1436. También considera que la regla consuetudinaria del uso en primer lugar del apellido paterno se consolidó *con matices* en el CC, en la LRC y en su Reglamento, E. TORRELLES TORREA, *La elección del orden de los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de acuerdo en la Ley de Registro civil de 2011*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», N.º. 753, 2016, pp. 185-222, pp. 192, 205. Por su parte, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO sostiene que el art. 53 LRC 1957 no era suficientemente claro a favor de la prioridad del apellido paterno (*El nombre y los apellidos*, «Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil», núm. 9/2014, BIB 2014\54, p. 3).

¹⁴ M.R. LINACERO DE LA FUENTE, *El nombre y los apellidos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 158 y 159.

porque la opción se reconocía de manera personalísima al hijo y no podía ser ejercitada en su nombre por los representantes legales (Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado -DGRN- de 1 de marzo de 1994) –reglas que siguen vigentes–. Además, sólo podría ejercitarla a partir de la mayoría de edad, lo que supone que la discriminación de la mujer se hacía efectiva en el momento de la inscripción del nacimiento y raramente se iba a eliminar en el futuro porque los apellidos, inscritos en el orden tradicional, ya formaban parte esencial de la identidad del sujeto construida durante su minoría de edad¹⁵.

También lo ha reconocido la STEDH de 26 de octubre de 2021, asunto León Madrid v. España, al valorar esta medida como insuficiente para salvar la discriminación de la regla tradicional, porque no evita el enorme impacto para los derechos de la personalidad y para la identidad del menor que supone no poder alterar el orden de los apellidos con anterioridad. Además, desde el punto de vista de la madre, tampoco evita el sufrimiento diario derivado de las consecuencias de la discriminación causada por no poder alterar el orden de los apellidos de su hijo (apt. 67).

2.3. *La reforma de 1999: opción de los progenitores de anteponer el apellido materno*

La siguiente reforma en esta materia fue obra de Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, que modificó el art. 109 CC para introducir el principio de libertad de pacto de los progenitores en la determinación del orden de los apellidos: «Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley» (art. 109 párrafo 2º CC). La Exposición de Motivos de la Ley justificaba el cambio de la siguiente manera:

«Baste recordar (...) que el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 prevé que los Estados signatarios tomen las medidas necesarias para hacer de-

¹⁵ TORRELLES TORREA, *La elección del orden de los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de acuerdo en la Ley de Registro civil de 2011*, cit., pp. 185-222, p. 191.

saparecer toda disposición sexista en el derecho del nombre; que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, desde 1978, establece en la Resolución 78/37 la recomendación a los Estados miembros de que hicieran desaparecer toda discriminación entre el hombre y la mujer en el régimen jurídico del nombre y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sancionado, en la sentencia de 22 de febrero de 1994 en el caso *Burghartz C. Suisse*, las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos.

Es, por tanto, más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos, en el bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá de valer también para los hijos futuros de igual vínculo, lo cual no impide que, ante el no ejercicio de la opción posible, deba regir lo dispuesto en la Ley».

La Resolución de la DGRN 4/2004, de 10 de noviembre, dio respuesta a la cuestión de si en caso de determinación judicial de la filiación paterna en un momento posterior a la inscripción de nacimiento, también resultaba aplicable la opción. La resolución sostiene que no admitir la opción en este momento posterior a la inscripción de nacimiento supondría incurrir en una discriminación por razón de filiación respecto a los hijos cuya filiación haya sido establecida judicialmente, quienes podrían conservar los apellidos que vinieran usando con anterioridad a dicha determinación (art. 59.3 LRC 1957; actual art. 53.5 LRC 2011), pero no ver alterado el orden de los mismos por acuerdo mutuo de sus progenitores. Además, establece que si la sentencia que declara la filiación paterna dispone la inversión de los apellidos y dicha sentencia gana firmeza por no ser recurrida, se ha de entender que existe el mutuo consentimiento que exige la inversión del art. 109 CC. En el caso, el Encargado del Registro civil había inscrito la filiación paterna declarada judicialmente, pero había denegado la modificación judicial de los apellidos ordenada por el juez, según la cual debía mantenerse en primer lugar el apellido materno, como había solicitado la madre en la contestación a la demanda. Consta que el actor no se había pronunciado sobre el orden de los apellidos ni se había opuesto a la solicitud de la madre.

La Ley 40/1999 también modificó el art. 55 LRC 1957 para eliminar otra regla discriminatoria de la mujer en supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida. La nueva redacción atribuía a ambos progenitores la opción de determinar, al

tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos: «En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos» (párrafo 2º). En la redacción anterior del precepto, esta posibilidad sólo se permitía a la madre, para ocultar que el hijo era de padre desconocido y así evitar el reproche social que merecía esta situación¹⁶.

2.4. El art. 194 del Reglamento del Registro Civil y la anteposición del apellido paterno como regla de defecto

La reforma de 1999 no erradicó la discriminación de la mujer¹⁷ porque el art. 109 CC no estableció un criterio subsidiario en caso de desacuerdo o de silencio de los progenitores sobre el orden de los apellidos, sino que seguía remitiendo a que regiría «lo dispuesto en la ley»; ley que no podía ser otra que la LRC 1957, cuyo artículo 53, como hemos señalado antes, se interpretaba en el sentido de consolidar el sistema tradicional de prevalencia del apellido paterno: «Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todos». Prueba de ello es que unos meses más tarde, el Gobierno aprobó el Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero, para adaptar el Reglamento de la Ley del Registro civil a la reforma introducida por la Ley 40/1999, y con base en esa finalidad dio una nueva redacción al art. 194 RRC, estableciendo con claridad –la que había faltado en las normas del CC y de la LRC 1957– la prioridad del apellido paterno: «Si la filiación está determinada por ambas líneas, y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera».

¹⁶ M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *El orden originario de los apellidos (con especial referencia a la ley 40/1999, de 5 de noviembre)*, «Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres», núm. 9, 2002, pp. 11-16, p. 16.

¹⁷ Susana Quicios valora que tanto la reforma de 1981 como la de 1999 se quedaron muy cortas (pp. 255, 261). S. QUICIOS MOLINA, *Orden de los apellidos: autonomía privada, interés superior del menor y no discriminación por razón de sexo*, «Derecho Privado y Constitución», 39, pp. 249-286.

Tal y como dispone la Resolución DGRN 29/2016, de 22 de enero: «faltando en este caso el imprescindible consentimiento del padre, es de obligada aplicación la regla general y al Encargado no se le ofrecía posibilidad legal alguna de alterar el orden de apellidos fijado por la norma».

Por último, la redacción del art. 53 LRC 1957, que resultó de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, sustituyó la referencia al apellido paterno y materno por «los apellidos, correspondientes a ambos progenitores». Es verdad que puede interpretarse que la finalidad de la modificación era adaptar el precepto a la reforma del CC que reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero el resultado fue que eliminó del art. 53 LRC 1957 la preferencia de un apellido sobre otro¹⁸ y la única norma que integraba la remisión del art. 109 CC ya no tenía rango legal, sino reglamentario (el art. 194 RRC) y además era contraria al principio de igualdad. Algunos autores consideran que el único sentido posible de la modificación introducida en el art. 53 LRC 1957 es precisamente la de eliminar la preferencia a favor del apellido del padre, lo que les permite sostener que el nuevo art. 53 LRC 1957 supone una derogación tácita del art. 194 RRC 1958, reforzada por su incompatibilidad con el artículo 14 CE (principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo)¹⁹.

2.5. *La STEDH de 26 de octubre de 2021, León Madrid v. España*

La declaración del carácter discriminatorio por razón de sexo del art. 194 RRC 1958 vino de la mano de del TEDH en su sentencia de 26 de octubre de 2021 (León Madrid v. España). El Tribunal Constitucional español no ha declarado la inconstitucionalidad del precepto. De hecho inadmitió el recurso de amparo que precedió a la STEDH por falta de justificación sobre su trascendencia constitucional, a pesar de que la actora había alegado que las sentencias de instancia habían vulnerado su derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) por haber aplicado

¹⁸ TORRELLES TORREA, *La elección del orden de los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de acuerdo en la Ley de Registro civil de 2011*, cit., p. 193.

¹⁹ Por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *El nombre y los apellidos*, cit., p. 3.

el art. 194 RRC 1958 (STC 176/2012, de 15 de octubre)²⁰. Las sentencias de instancia habían determinado la filiación paterna de su hija y ordenado la inscripción de los apellidos en el Registro civil, contemplando como primero el del padre. Consta que la reclamación de paternidad se interpuso cuatro meses después del nacimiento.

La recurrente reiteró ante el TEDH el carácter discriminatorio del precepto porque atribuía al hijo automáticamente el apellido del padre en primer lugar, sin que hubiera lugar a revisión y sin tener en cuenta las circunstancias del caso, por ejemplo, la insistencia del padre de interrumpir el embarazo, que la menor había sido inscrita desde el nacimiento con los apellidos maternos, o que el padre no había reconocido su paternidad inmediatamente tras el nacimiento.

La STEDH reconoció que España había adoptado numerosas medidas dirigidas a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de 2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres –LO 3/2007– o la LRC 2011). En la actualidad, este marco legal debe completarse con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley 15/2022). No obstante, el Tribunal concluyó que la regla del art. 194 RRC 1958 es contraria al art. 14 (derecho a la igualdad) y 8 (derecho a la intimidad personal y familiar) CEDH. Primero, porque supone una diferencia de trato entre los progenitores al no permitir al juez tener en cuenta las circunstancias del caso alegadas por la madre (apt. 61). En segundo lugar, porque el Gobierno no ha presentado una justificación objetiva y razonable: ni la tradición o las actitudes mayoritarias en la sociedad, que pudieran existir en el momento de aprobar esa regla, son suficientes para justificar una diferencia de trato por razón de sexo (apt. 66), tampoco está justificada por razones de seguridad jurídica, porque este mismo objetivo se podría conseguir anteponiendo el apellido materno y, por último, no es suficiente la posibilidad que tiene la hija de solicitar la alteración de sus apellidos a partir de la mayoría de edad (apt. 69). Es interesante destacar que el Tribunal reconoce, no obstante, que la regla en sí misma no entra necesariamente en contradicción con el Convenio, pero que la imposibilidad de derogarla es excesivamente rígida y discriminatoria para las mujeres (apt. 68).

²⁰ También inadmitió el recurso de amparo por motivos procedimentales la STC 242/2015, de 30 de noviembre.

2.6. *La Ley 20/2011, de 21 de junio, del Registro civil: el interés superior del menor determina el orden de los apellidos en caso de desacuerdo o de falta de declaración conjunta de los progenitores*

En el año 2011, el legislador aprobó la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil, cuyo art. 49.2 derogó tácitamente el art. 194 RRC al introducir como regla de defecto que será el Encargado del Registro civil²¹ quien acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

El problema del criterio escogido por el legislador es su difícil concreción *ex ante*, porque está formulado en términos muy abiertos precisamente para que el aplicador lo precise en función de cada caso. No obstante, en relación con la materia que nos ocupa, es relevante el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que incluye, entre los criterios generales que se tendrán en cuenta para interpretar y aplicar en cada caso el interés superior del menor «la preservación de la identidad». De esta manera, si tras el nacimiento del menor sólo está determinada la filiación materna, si el menor es inscrito con los apellidos de la madre y si el menor hace uso de su nombre y apellidos en el ámbito privado y público, su interés en caso de que se reconozca judicial o extrajudicialmente la filiación paterna se concretará, en la mayor parte de los casos, en mantener como primer apellido el materno²².

Por ese motivo, se ha sostenido, con razón, en la doctrina que el criterio del interés superior del menor es relevante en los casos de determinación judicial de la filiación posterior al nacimiento del menor, pero es discutible su utilidad si estamos ante el desacuerdo de los padres en casos de filiación determinada simultáneamente por ambas líneas al nacer²³. Para este segundo supuesto, se ha defendido que hubiera sido preferible

²¹ De acuerdo con la Disposición adicional 2ª LRC 2011, las plazas de Encargados del Registro Civil se proveerán entre Letrados de la Administración de Justicia.

²² Véase, *infra*, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el mismo sentido se pronuncia QUICIOS MOLINA, *Orden de los apellidos: autonomía privada, interés superior del menor y no discriminación por razón de sexo*, cit., pp. 249-286, pp. 276-279.

²³ Ha defendido esta tesis TORRELLES TORREA, *La elección del orden de los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de acuerdo en la Ley de Registro civil de 2011*, cit., pp. 202-203.

el establecimiento de un sistema aleatorio, como el sorteo o el orden alfabético²⁴, porque difícilmente podrán identificarse razones que le permitan al Encargado del Registro civil llenar de contenido el interés del menor y decidir un orden u otro²⁵, y, finalmente, lo que probablemente se discutirá serán los intereses contrapuestos de los progenitores en defender la priorización de su apellido.

Véase, por ejemplo, el asunto resuelto por la Resolución DGRN 46/2021, de 24 de mayo. El hijo había sido inscrito con el nombre escogido por la madre y con sus apellidos. Con posterioridad, se produjo el reconocimiento de la filiación paterna ante el Registro civil, con el consentimiento de la madre. Los progenitores no se pusieron de acuerdo sobre el orden de los apellidos, la encargada del Registro civil consideró que no había datos objetivos que justificaran la prevalencia de un apellido sobre otro y aceptó la alegación del padre relativa a que, como el nombre del hijo lo había escogido la madre, era justo que al padre le correspondiera escoger el orden de los apellidos. La madre recurrió la decisión y la DGRN desestimó el recurso porque apreció que, ante la dificultad de determinar qué es hoy más beneficioso para el menor, era conveniente no modificar una vez más los apellidos impuestos.

En los casos de determinación judicial de la filiación posterior al nacimiento del menor, surge la pregunta de a quién debería corresponder la decisión sobre el orden de los apellidos, si al juez o al Encargado del Registro civil. La Resolución de la DGRN 4/2004, de 10 de noviembre, sostiene que la firmeza de la sentencia, conforme al art. 222 LEC y por razón de la cosa juzgada ganada, excluye toda posibilidad de revisión en el proceso de calificación registral.

²⁴ También hay autores que consideran que estos criterios están alejados de la más mínima seriedad y rigor. M. CORERA IZU, *El nombre y los apellidos en la “nueva” ley registral*, «Revista Aranzadi Doctrinal», núm. 3/2018, BIB 2018\7559, p. 5.

²⁵ M. NAVARRO CASTRO, “Comentario al artículo 49 LRC” en José Antonio COBACHO GÓMEZ, Ascensión LECIÑERA IBARRA (Dir.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 730.

3. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la determinación del orden de los apellidos

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional dictadas en el marco de procedimientos de determinación judicial de la paternidad han ayudado a interpretar el significado del interés superior del menor en materia de atribución del orden de los apellidos cuando no existe acuerdo por parte de los progenitores, aunque se trata de sentencias recaídas en asuntos a los que resultaba de aplicación la normativa anterior a la LRC 2011.

En efecto, el desacuerdo de los progenitores normalmente se presenta en un procedimiento judicial de determinación de la paternidad, que se inicia después de la inscripción del nacimiento del hijo con los apellidos de la madre, única filiación determinada en ese momento (art. 49.2 LRC 2011, art. 55, párrafo 2º LRC 1957). Entonces, uno o los dos progenitores solicitan al juez que se anteponga su apellido al del otro²⁶.

Como el art. 49.2 LRC 2011 no entró en vigor hasta el 30 de junio de 2017 (Disposición final 10ª LRC 2011), la regla tradicional de anteposición del apellido paterno del art. 194 RRC 1958 convivió durante unos años con la LRC 2011, que aunque no era ley aplicable al caso, sus principios y reglas habían dejado ya muy claro el carácter discriminatorio de la regla tradicional. La aplicación mayoritaria por parte de las sentencias de instancia del art. 194 RRC 1958 provocó una jurisprudencia abundante del Tribunal Supremo creada a partir de la STS núm. 76/2015, de 17 de febrero, que sostuvo que es necesario llevar a cabo una interpretación correctora de la normativa registral, en concreto, del art. 194 RRC, de acuerdo con los principios constitucionales que fundamentaron la LRC 2011, basados en la igualdad de género y en el interés superior del menor²⁷. En definitiva, ambos valores constituyen principios generales del derecho

²⁶ El ex Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Antonio Salas Carceller, propone que en este supuesto «sería conveniente regular mediante una norma específica la atribución de los apellidos» porque lo excepcional debería ser el cambio del orden de los apellidos. A. SALAS CARCELLER, *El interés del menor y el orden de los apellidos. Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 2020*, in «*Revista Aranzadi Doctrinal*», núm. 2/2021, BIB 2022\559, p. 4.

²⁷ Susana Quicios califica como notoria la resistencia de los aplicadores del derecho a dejar de aplicar la regla del art. 194 RRC 1958 (pp. 265-266). QUICIOS MOLINA, *Orden de los apellidos: autonomía privada, interés superior del menor*

que integran el ordenamiento jurídico y que vinculan a los jueces en la aplicación e interpretación de las normas (art. 4 LO 3/2007, art. 4.3 Ley 15/2022 y 2.1. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²⁸).

Antes de la STS núm. 76/2015, de 17 de febrero, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 167/2013, de 7 de octubre, ya había establecido que en casos de determinación judicial de la paternidad, los jueces y tribunales han de valorar el interés del menor para decidir sobre el orden de los apellidos. Ignorar este criterio supone una lesión del derecho al nombre del menor, que integra su personalidad y también su derecho a la imagen (18 CE).

«En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona».

La STC167/2013 concedió el amparo a la recurrente, valoró que el interés del menor en el caso consistía en mantener el apellido materno en primer lugar y para llegar a esta conclusión tuvo en cuenta las siguientes circunstancias: el menor ya estaba escolarizado, no había tenido una relación estable con su padre y este había sido condenado por sentencia como autor de un delito de violencia en el ámbito familiar.

En la última Sentencia del Tribunal Constitucional consultada, dictada en un recurso de amparo similar (STC 178/2020, de 14 de diciembre), el Tribunal deja claro que su función se debe limitar a «examinar si la motivación ofrecida por [los jueces y

y no discriminación por razón de sexo, cit., pp. 249-286, pp. 266-267.

²⁸ «Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

tribunales ordinarios] para adoptar cuantas medidas conciernen a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales», porque «[l]a decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios». La sentencia no es de excesiva utilidad porque el Tribunal Supremo no había entrado en el fondo ya que había considerado extemporánea la solicitud de la madre de mantener el apellido materno en primer lugar, realizada en la vista oral, en lugar de hacerlo en su demanda de reclamación de la filiación paterna.

La primera sentencia del Tribunal Supremo español que aplica la interpretación correctora de la normativa conforme al interés superior del menor es la núm. 76/2015, de 17 de febrero. En el caso, ambos progenitores habían solicitado en la demanda y en la contestación de la demanda respectivamente que se antepusiera su apellido. El JPI estimó íntegramente la demanda de reclamación de la paternidad del actor y, en lo que nos interesa, ordenó la inscripción del apellido paterno en primer lugar. La AP confirmó la sentencia de instancia argumentando que éste era un tema de estricta legalidad y que estaba obligada a aplicar los arts. 109 CC, 53 LRC 1957 y 194 RRC. Además, no se había acreditado el perjuicio que le ocasionaría al niño anteponer el apellido paterno al de la madre. El TS estimó el recurso de casación de la actora, pero fuera de citar la STC 167/2013 explicada más arriba y de razonar sobre la necesidad de tener en cuenta el interés del menor, no lo concretó en función de las circunstancias del caso. Se deduce de la sentencia que este interés coincidía con mantener el primer apellido indicado en la inscripción de nacimiento.

«En términos de estricta legalidad vigente no existe duda respecto de la decisión adoptada por la sentencia recurrida, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Civil, artículo 53 y siguientes de la Ley de Registro Civil y artículo 194 del Reglamento de Registro Civil [...]. La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor [...] Es, pues, el interés superior del menor el que inspira el legislador de esta Ley [LRC 2011] para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión. Evidentemente meritada Ley no ha entrado en vigor, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional

de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor [...] Así ha venido interpretando la legislación vigente el Tribunal Constitucional en la [STC 167/2013] por entender comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 de la Constitución Española» (FE.DD. 3º y 4º).

Reiteran esta doctrina las SSTs 620/2015, de 11 de noviembre; 621/2015, de 12 de noviembre; Pleno 659/2016, de 10 de noviembre; 651/2017, de 29 de noviembre; 658/2017, de 1 de diciembre; 93/2018, de 20 de febrero; 130/2018, de 7 de marzo; 496/2018, de 14 de septiembre; 645/2020, de 30 de noviembre; entre otras.

De la lectura de las mismas se deducen los siguientes parámetros o circunstancias relevantes para identificar el interés del menor en cada caso:

– La conducta de los progenitores no es relevante: así porque la conducta del padre fuera «recta y noble [...] en orden a hacerse cargo del menor y relacionarse» y porque «la conducta de la madre [fuera] reacia a ese reconocimiento» no está justificado el cambio del orden si el Tribunal «no atisba ningún argumento que justifique cual sea el beneficio del menor con el cambio del orden de los apellidos, si se le suprime el primero que viene usando desde la inscripción del nacimiento» (STS 266/2018, FD. 2º, apt. 4º).

– El interrogante que se ha de responder «no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de los apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor» (STS, Pleno, 659/2016, FD. 3º; 620/2015, FD. 5º, apt. 6º). Se trata de que «la declaración de paternidad caus[e] el menor impacto en la vida y entorno que en el momento de dictar la sentencia envuelven al niño» (STS 496/2018).

– Un factor relevante a tener en cuenta es el tiempo con el que el menor venía usando el apellido de la madre antes de la reclamación de paternidad o la edad que tendrá el menor al finalizar el procedimiento judicial: «si a la fecha que se resuelve el recurso el menor tiene cerca de seis años, durante los cuales familiar, social y escolarmente se ha identificado para el primer apellido con el de la madre, con él debe permanecer» (STS 620/2015, FD. 5º, apt. 6; STS 651/2017, FD. 3º, apt. 6º). En términos parecidos: «a la finalización del proceso judicial el menor tendrá cerca de seis años y durante este período de tiempo es conocido con el nombre primigenio tanto en

el ámbito familiar como en el escolar y social» (STS 621/2015, FD. 3º, apt. 6º).

– El carácter no tardío de la reclamación no es determinante y por lo tanto el interés del menor también puede justificar que se mantenga el apellido materno como primer apellido. «[C]on ser ello [la reclamación no tardía] un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial, pues, a juicio de la Sala, se ha de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, así como que “es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona”» (STS, Pleno, 659/2016, FD. 2º, apt. 4º).

Una excepción de nota al supuesto típico de mantenimiento del primer apellido de la madre por ser el primer inscrito es la STS 439/2020, de 17 de julio, porque en este caso el interés del menor se relacionó con el mantenimiento de los mismos apellidos que sus hermanos y esta circunstancia justificó anteponer el apellido paterno al materno. El menor fue inscrito con el apellido del presunto padre y con el apellido materno por este orden. Se interpuso una acción mixta de impugnación y de reclamación de la paternidad, el JPI y la AP la estimaron y se ordenó que se inscribiera el apellido paterno en primer lugar. La madre recurrió en casación, alegando que la sentencia de instancia había fijado arbitrariamente el orden de los apellidos del menor sobre la base de la decisión del presunto padre y de la madre biológica hacía cuatro años y se había limitado a sustituir automáticamente el apellido del presunto padre por el del padre biológico. El TS desestimó el recurso de casación y confirmó no alterar el orden, es decir, mantener el apellido paterno en primero lugar, pero por motivos distintos a los que utilizaron las sentencias de instancia y relacionados con información que las partes habían introducido ante el TS: hicieron constar que la menor tenía dos hermanos en el núcleo familiar de su padre biológico y una hermana nacida de la relación entre su madre y la persona inscrita como padre en primer lugar. Según el Tribunal, «lo más beneficioso para el interés de la menor [...] es que mantenga en cada núcleo familiar el orden de apellidos que constan en ellos respecto de sus progenitores biológicos, por ser el que menos problemas le acarrearán en cuanto a identificación con sus hermanos en la vida familiar, social y escolar».

4. *Conclusiones*

La Sentencia del Tribunal Constitucional italiano núm. 131, de 27 de abril de 2022 - 31 de mayo de 2022, ha declarado inconstitucional el artículo 262, párrafo 1º del Código civil, en la parte en la que asigna al hijo no matrimonial, con filiaciones reconocidas simultáneamente por ambas líneas, el apellido del padre.

El Tribunal propone al legislador la opción normativa respetuosa con el principio de igualdad de trato entre los progenitores y el derecho al nombre y a la identidad del menor: establecer una regla que atribuye al hijo los apellidos de ambos progenitores en el orden que estos acuerden, salvo que decidan conjuntamente, en el momento del reconocimiento de la filiación, transmitir al hijo el apellido de uno sólo de ellos.

El Tribunal Constitucional también señala que si los progenitores no se ponen de acuerdo sobre el orden de los apellidos, deberá ser el juez quien determine el mismo.

La STCI 131/2022 supone un cambio significativo en el régimen jurídico de los apellidos, en comparación con sentencias anteriores, como la STCI 286/2016, porque el Tribunal propone introducir para el derecho italiano un sistema de doble apellido.

En comparación con el Derecho civil español, se destaca que en España el sistema de doble apellido es imperativo y de orden público con carácter general, por lo que la excepción que prevé la STCI relativa a la transmisión, por acuerdo, del apellido de uno de los progenitores no sería válida. La autonomía privada de los progenitores alcanza al orden de los apellidos pero no a la supresión del apellido de uno de ellos, porque también forma parte del orden público en esta materia el principio de duplicidad de líneas.

Además, la ley, también mediante una regla imperativa, determina que sólo se transmite el primer apellido de cada progenitor.

El trabajo da razón de las distintas reformas legislativas que se han llevado a cabo en España para adaptar la regulación sobre el orden de los apellidos al principio de igualdad entre los progenitores y a la prohibición de no discriminación por razón de sexo previstos en el art. 14 de la Constitución Española de 1978 (CE).

Con la Ley del Registro Civil de 2011 (art. 43.2) se abandona la regla de anteposición del apellido paterno al materno que regía en defecto de acuerdo entre los progenitores y se sustituye por otra que atribuye al Encargado del Registro civil determinar el orden atendiendo al interés superior del menor.

El criterio del interés superior del menor es especialmente relevante en los casos de determinación judicial de la filiación posterior al nacimiento del menor inscrito con los apellidos maternos. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en estos casos permite concluir que en la inmensa mayoría de los asuntos el interés superior del menor coincide con el mantenimiento del primer apellido materno porque es con el que se ha venido identificando.