

## EL DERECHO CONSTITUCIONAL A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO

Antonia Nieto Alonso\*  
Universidade de Santiago de Compostela

*“Que estalle lo que quiera. Mi estirpe, aunque sea baja, yo quiero llegar a conocerla... Yo, dado que hijo me considero de Fortuna la dadora de favores, no me veré deshonrado... Si tal nací, no podría ya un día resultar distinto, de forma que no pueda llegar a conocer con certeza mi ascendencia” (SÓFOCLES, Edipo Rey)*

### Sumario:

0. Proemio. I. La determinación de la filiación. Especial referencia a la prueba.- 1. La constitucionalidad de la exigencia de un principio de prueba.- 2. Las pruebas directas. Especial referencia a las pruebas biológicas.- 3. Las pruebas indirectas. II. El alcance de la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación.- 1. El valor probatorio de la conducta obstruccionista del demandado.- 2. Guerra en los Tribunales: las polémicas STS de 30 de abril de 1992 y STC 7/1994, de 17 de enero. III. El derecho a conocer el propio origen.- 1. El asunto Odièvre (Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 13 de febrero de 2003).- 2. El *status quo* en el derecho español.- 3. La patente tendencia a que prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial: la exclusión de una interpretación rigorista de las normas en atención a la búsqueda de la verdad biológica

### 0. Proemio

El punto de partida de la determinación de si el derecho a conocer el propio origen biológico es o no constitucional se localiza en el art. 39.2 *in fine* de la Constitución española de 1978 al disponer que “... la ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Mandato constitucional que ha sido desarrollado por el art. 127 del Código Civil derogado<sup>1</sup> –el citado artículo había

---

\* Profesora Titular de Derecho Civil.

<sup>1</sup> Resulta singular que el precepto correlativo al art. 127 CC –hoy, cfr. art. 767.2 LEC– corresponda al art. 127 del Proyecto de García Goyena de 1851, si bien norma antagónica de la contenida en el art. 127 CC. En efecto, disponía el art. 127 del Proyecto: “Se prohíbe, en todo caso, la investigación de la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera

sido introducido por la Ley de 13 de mayo de 1981 y resulta derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, al señalar en su Disposición Derogatoria Única. 2. 1.º que quedan derogados, entre otros y para lo que a este estudio interesa: los artículos 127 a 130; el párrafo segundo del artículo 134 y el artículo 135 del Código Civil-; pero, ahora, con idéntica redacción, el art. 767.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara: "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas". Por ello, cuando dichas pruebas sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud del que deba soportarlas y su práctica sea proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias al derecho a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18 CE) del afectado, tal y como ha declarado la STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7 [Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer])<sup>2</sup>.

De lo señalado se infiere que en nuestro Derecho rige el principio de búsqueda de la verdad real, de la verdad biológica. Consecuencia de la proclamación por nuestra Constitución española de 1978, art. 39.2 *in fine*: "... La ley posibilitará la investigación de la paternidad"<sup>3</sup>.

---

del matrimonio". El comentario que se hace resulta una auténtica *boutade* al señalar: "Mujeres impudentes, que especulan sobre las gracias de su sexo y las pasiones del nuestro, sobre el ardor e inesperienza de la juventud, como sobre la debilidad de la vejez, y a veces, como yo he visto, sobre la imbecilidad o la mengua intelectual de algún desdichado, escandalizan todos los días al público y a los tribunales clamoreando un honor que jamás conocieron...; porque es muy notable que jamás se dejan seducir por un pobre. La paternidad en el orden de la naturaleza es un misterio; en la imposibilidad de obtener este signo ó sello natural se ha recurrido al sello social y legal del matrimonio; y precisamente fuera de este se pretendería forzar la naturaleza y penetrar sus misterios para descubrir la paternidad...". *Vid.*: GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, p. 142.

<sup>2</sup> En este sentido se pronuncian la STS de 11 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6068); STC 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999/95); SAP-ASTURIAS de 22 de enero de 2004 (AC 2004/15), entre otras varias.

<sup>3</sup> El antecedente inmediato de esta constitucionalización del derecho a investigar la paternidad se halla en el art. 43 de la Constitución de 1931: "... las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad...". No se puede desconocer, y pese a que se encuentra derogada, la influencia del art. 119 de la Constitución de Weimar, que se ha canalizado a través de este art. 43 de la Constitución republicana de 1931.

En realidad, se trata de habilitar al legislador ordinario para que establezca un mecanismo con objeto de evitar que en determinados supuestos la carga del nacimiento de un hijo pese únicamente sobre la madre. La Constitución se limita a ordenar esa derogación al legislador

Al ser un mandato constitucional se impone respetarlo y emerge el principio de interpretación de las leyes de conformidad a la Constitución que es, fundamentalmente, como recuerda GOMES CANOTILHO<sup>4</sup>, un principio de control que recoge el viejo principio de la jurisprudencia americana según el cual los jueces deben interpretar las leyes *in harmony with the constitution*.

---

ordinario, sin hacerlo propiamente en su texto. Esa derogación se llevó a efecto por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica los arts. 108 a 141 del Código Civil [Adviértase que la Disposición Derogatoria Única.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, deroga determinados artículos de los introducidos por la Ley 11/1981 -127 a 130, 134.2 y 135 CC- al mismo tiempo que regula aquélla materia en sede de los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad, confróntese, fundamentalmente, el art. 767 LEC. Aunque no fuese aprobada en el Congreso una enmienda presentada por el Grupo Socialista del Congreso que pretendía constitucionalizar la investigación de la paternidad (en la trayectoria abierta en su día por el art. 43 de la Constitución de la Segunda República). Pese a ello, el Senado -a iniciativa del señor Villar Arregui- introdujo la previsión de que nuestra legislación civil ha de posibilitar la referida investigación de la paternidad, lo que sin duda constituirá un paso importante en la modernización de nuestro Derecho privado a este respecto. Precisamente, si nos remitimos al Diario de Sesiones del Senado, n.º 46, sesión de la Comisión Constitucional del 30 de agosto de 1978, p. 2059, la intervención del señor Villar Arregui ha sido la siguiente: "Se ha despenalizado el delito de adulterio. En la línea lógica de esa despenalización se inscribe la primera de las enmiendas que nuestro grupo propone al artículo 35 de la Constitución, en su apartado 2, que consiste en añadir, bien sea al texto del Congreso, bien a cualquier texto que mejore aquella redacción, la frase siguiente: 'la ley posibilitará la investigación de la paternidad'. No es nueva esta expresión; estuvo contenida en la Constitución de 1931. Con independencia de sus antecedentes históricos quiero llamar la atención al espíritu de justicia de los señores senadores. Que el nacimiento de un hijo de madre soltera represente sólo una carga para esa madre, es una injusticia que atenta contra el principio de no discriminación por razón de sexo. Imponer al padre los deberes y las cargas inherentes a su paternidad, me parece que es un principio elemental de justicia. Por eso no insistiré más en la defensa de ese pasaje de la enmienda". Vid.: GÁLVEZ MONTES, F. J., *Comentarios a la Constitución* -dirigidos por GARRIDO FALLA, F.-, Madrid, Civitas, 2001, p. 855. ALZAGA VILLAAMIL, Ó, *La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático)*, Madrid, Ed. Del Foro, 1978, p. 312.

<sup>4</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 1294.

En el sentido apuntado destaco la STS de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6227) cuando, ante un supuesto en el que se consideró caducada la acción de impugnación de la paternidad, ha estimado que una interpretación rigurosa y literal del art. 136 CC, en los casos en que la paternidad resulta absolutamente descartada, ofrece serios problemas de contradicción con los principios que informan la Ley de 13 de mayo de 1981 -que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio-, al resultar patentizada su tendencia a que prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial. Principio que deriva, como se sabe, del recogido en el art. 39.2 *in fine* de la Carta Magna.

Por ejemplo, no se establece, como señala PANTALEÓN PRIETO, esa adecuación de la Ley a la Constitución en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida humana. Considera el autor que algunos preceptos de la Ley 35/1988 son claramente inconstitucionales. Digan lo que quieran los artículos 5.5, 19.2 y 20.2.B.j de

## I. La determinación de la filiación. Especial referencia a la prueba

### 1. La constitucionalidad de la exigencia de un principio de prueba

La búsqueda de la verdad material que ha de regir los procesos de filiación es la determinante de la amplitud de medios de prueba, lo que permite llegar a la más que dudosa conclusión según la cual se atribuye al legislador el deseo de que la verdad biológica sea norma en las relaciones parentales. Sin embargo, como señala el Alto Tribunal, STS de 28 de mayo de 1997 (RJ 1997/4326 [Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo]), tal conclusión no es en modo alguno absoluta, puesto que las normas sobre filiación, junto a la búsqueda de la verdad material a través de medios de prueba, tiene como contrapunto la preservación de la paz familiar, por ello el Código Civil [y hoy la Ley de Enjuiciamiento Civil] establece limitaciones en orden a la legitimación para interponer acción de filiación, establece plazos de caducidad, exige acompañar a la demanda principio de prueba de los hechos –cuestión, esta última, que analizo en este apartado<sup>5</sup>.

---

la Ley 35/1988, el nacido fruto de una fecundación artificial heteróloga tiene derecho a conocer la identidad de su padre biológico, el donante del semen, que podrá ejercitar, si así lo desea, en el momento que alcance una madurez suficiente. Se acude al artículo 39.2 y 14 CE, fundamentalmente. Nótese que inseminación artificial "heteróloga" supone que el semen no procede del varón de la pareja, sino de un tercero, a través de los Centros autorizados por la Ley e inseminación artificial "homóloga" hace referencia a la inseminación artificial de la mujer con semen del varón.

El art. 5.5 de la Ley 35/1988 destaca que la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes, claro que se establece la excepción de circunstancias extraordinarias en las que sí podrá revelarse la identidad del donante, por ejemplo, supuestos de peligro para la vida del hijo; el art. 19.2 sostiene que los Equipos biomédicos y la Dirección de los Centros o Servicios en que trabajan, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si se violan el secreto de la identidad de los donantes; y el art. 20.2.B.j considera, entre las infracciones muy graves, el desvelar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales.

Vid.: PANTALEÓN PRIETO, F., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia- Secretariado de Publicaciones-, 1989, pp. 663 y 664. Cfr.: MARÍN GÁMEZ, J. Á., "Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida", *Poder Judicial*, n.º 32, 1993, pp. 89 y ss. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, t. VI, Derecho de familia, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 339-350.

<sup>5</sup> Adviértase que si bien la Ley permite la investigación de la paternidad, como ha puesto de relieve la STS de 14 de marzo de 1994 (RJ 1994/1777) –entre otras muchas que se ven a lo largo de este estudio-, no se ha llegado a establecer en nuestro sistema jurídico la investigación indiscriminada que resultaría perturbadora en el orden familiar y contraria al estado civil y posesión de hecho del mismo. Vid., en este sentido, la STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/1585).

El motivo de este requisito de procedibilidad, se encuentra, pues, en la necesidad de preservar la seriedad que debe presidir la incoación de este tipo de procesos; pero, como señala VALLS GOMBAU<sup>6</sup>, dicho requisito no puede suponer un obstáculo para su tramitación, sino que debe interpretarse en sentido amplio y flexible, aunque luego no prospere la demanda.

También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación con esta exigencia que se analiza –que acompañe a la demanda un principio de prueba [cfr. art. 767.1 LEC]-. Así, la importante STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7 [Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer]), FJ, 4, reconoce que la jurisprudencia interpreta el requisito, de la exigencia de un principio de prueba, con criterio amplio, precisamente para no reducir las posibilidades de investigación. Pero es igualmente cierto –sostiene- que se establece una barrera a demandas carentes de todo fundamento. El Tribunal Constitucional considera que la exigencia de ese principio de prueba es una precaución para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torticeras.

La doctrina justifica esta exigencia del principio de prueba para la viabilidad de la demanda y señala que el sistema de libre investigación de la paternidad/maternidad supone ciertos riesgos, al poner a disposición de personas desaprensivas excesiva facilidad para incoar, a veces, artificial e infundadamente, procesos que pueden crear gratuitos e injustos problemas a personas y familias, cuando no la coacción o el chantaje<sup>7</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento Civil –Ley 1/2000, de 7 de enero- recoge en su normativa, art. 767.1, la necesidad de un “principio de prueba” que debe acompañar a la demanda, precepto que tenía su equivalencia en el párrafo segundo del art. 127 CC, actualmente sin vigencia tal como se desprende de la Disposición Derogatoria Única. 2. 1.º LEC y no hace más que ratificar la naturaleza de una norma meramente procesal a pesar de su anterior inclusión en un Código sustantivo<sup>8</sup>. En efecto, dispone el art. 767.1 LEC: “En ningún

<sup>6</sup> Vid.: VALLS GOMBAU, J. F., comentario al art. 767 LEC, en: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Barcelona, iurgium, 2000, p. 3503.

<sup>7</sup> Por todos, vid.: RIVERO HERNÁNDEZ, F., comentario al art. 127 CC, en: *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 483 y 484.

<sup>8</sup> Como señala la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado XIX, al referirse, entre otros, a los litigios en asuntos de filiación: “Se trae así a la Ley procesal

caso se admitirá la demanda sobre determinación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”.

Parece indudable, según un sector doctrinal, que el art. 767.1 LEC puede rozar la inconstitucionalidad; concretamente porque puede suponer una denegación del derecho a la tutela efectiva recogido en el art. 24 de la Constitución. Según esta doctrina, denegar la tramitación de la demanda porque no se haya podido ofrecer la probabilidad de los hechos que la fundamentan, cuando en el procedimiento es posible probar los hechos constitutivos mediante pruebas (las biológicas) casi infalibles, puede significar una denegación de justicia en casos concretos y determinados; en este sentido, se insiste en que los jueces interpreten de la manera más favorable los términos del art. 767.1 LEC y, sobre todo, no olviden que no se trata tanto de probar como de obtener la probabilidad, sin olvidar por ello los intereses que pretende tutelar dicha norma: es decir, evitar que se promuevan demandas sobre filiación o paternidad que no tengan, desde el principio, signos de verosimilitud<sup>9</sup>.

Sin embargo esta exigencia procesal de la presentación de un principio de prueba es constitucional, como reconoce el Tribunal Supremo. En este sentido STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/1585 [Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez]) estima que la doctrina de esta Sala [Civil] ha destacado que la exigencia del art. 127 del Código Civil [hoy art. 767.1 LEC] es conforme a la Constitución<sup>10</sup>. Como también, implícitamente, reconoce la constitucionalidad del precepto la STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 7/1994). Corroborra esta postura otro sector doctrinal. En efecto, RIVERO HERNÁNDEZ declara, al analizar el art. 127.2 CC [hoy art. 767.1

---

común, terminando con una situación deplorable, lo que en ella debe estar, pero que hasta ahora se ha debido rastrear o incluso deducir de disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas...”.

El art. 127.2 CC disponía: “El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”.

<sup>9</sup> En este sentido se pronuncia, por ejemplo CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. V, Madrid, Tecnos, 2000, p. 115.

<sup>10</sup> Con este criterio *vid.*: SSTS de 3 de diciembre de 1991 (RJ 1991/8909), 20 de octubre de 1993 (RJ 1993/7752), 28 de mayo de 1994 (RJ 1994/3758), 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6499), 28 de mayo de 1997 (RJ 1997/4326), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998/6805), 4 de mayo de 1999 (RJ 1999/2881) y 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/1585). Destaca también, sobre la constitucionalidad de la presentación con la demanda de un principio de prueba, la STSJ-CATALUÑA de 31 de enero de 2000 (RJ 2000/8159).

LEC], que no se trata de una restricción al principio constitucional de investigación de la verdadera filiación, sino que sólo pretende impedir que se presenten demandas temerarias o totalmente infundadas<sup>11</sup>. Este fundamento de la exigencia del art. 767.1 LEC lo defiende, también, la jurisprudencia. En este sentido, la STS de 28 de mayo de 1997 (RJ 1997/4326 [Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo]) que admite como contrapunto a la libre investigación de la paternidad la preservación de la paz familiar y, como consecuencia, defiende la existencia de limitaciones como la exigencia de acompañar a la demanda principio de prueba de los hechos en que se funde.

Pero ¿cómo se exterioriza este “principio de prueba”? No es unánime la doctrina aunque, al final, las discrepancias aparecen limitadas por la amplitud de posibilidades que ofrecen. No ocurre así con la jurisprudencia que interpreta el requisito del art. 127 CC [hoy 767.1 LEC] con un criterio amplio. Si autores como RIVERO HERNÁNDEZ<sup>12</sup> consideran que no es necesario que este principio de prueba sea documental, por más que sea esa la de más fácil manejo y podría ser suficiente la presentación de testigos que el demandante pone a disposición del tribunal<sup>13</sup>. Sin embargo CORTÉS DOMÍNGUEZ<sup>14</sup> sostiene que la prueba documental es la única idónea, eso sí, entiende documento en sentido amplio: “... documento no es igual a cualquier manifestación de pensamiento escrita en papel, sino cualquier manifestación de pensamiento plasmado en material adecuado como, por ejemplo, las fotografías, las películas, las cintas magnetofónicas, videomagnéticas, etc.”. A la postre concluye, prácticamente, con parecido criterio.

Destaco, por su claridad, y contundencia, en relación con la cuestión que se debate, la STS de 3 de diciembre de 1991 (RJA 1991/8909 [Ponente:

---

<sup>11</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., comentario al art. 127 CC en: *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 484.

<sup>12</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., comentario al art. 127 CC, en: *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 484. Se pronuncia, también, en este sentido VALLS GOMBAU, F. al comentar el art. 767 LEC, en: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, iurgium, 2000, t. III, pp. 3505 y 3506. Este último autor admite incluso como suficientes, en sede de admisión a trámite de la demanda, la aportación de informes testificales, actas notariales, fotografías, el ofrecimiento de pruebas biológicas, etc.

<sup>13</sup> En relación a la intervención de testigos resulta de gran interés la SAP-LEÓN de 7 de enero de 2004 (JUR 2004/52454), si bien referida a la importancia para tener como probada una controvertida paternidad cuando ante la negativa a someterse a las pruebas biológicas se une o suma la prueba testifical.

<sup>14</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. V, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 114 y 115.

Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete]) de la que se infiere una interpretación “espiritualizada” del concepto de principio de prueba requerido por el art. 127.2 CC [hoy art. 767.1 LEC] y estima que ni siquiera es necesario que éste tenga que plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que “basta que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas” en el momento adecuado y, de este modo, llevar a cabo un control de la razonabilidad de la demanda<sup>15</sup>.

El Tribunal Supremo considera que el requisito procesal –de la exigencia de acompañar a la demanda un principio de prueba– constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad que abre la Constitución –cfr. art. 39.2 CE–. Desde esta perspectiva se propugna como más concorde con el dictado de nuestra Carta Magna, una interpretación del principio de prueba que no convierte en elemento formal de rechazo la falta de incorporación de un escrito que contenga el mentado “principio de prueba” a la demanda, bastando con que se presente o muestre con la demanda (no necesariamente en escrito aparte), o sea en el cuerpo de su escrito, referencias concretas a medios de prueba a practicar, que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda. En el caso de autos, como principio de prueba, se presentaron dos actas notariales que recogen manifestaciones testificales, hechas conforme a minuta escrita. Se consideró por el Alto Tribunal que dichas actas notariales reúnen con suficiencia las características que permiten considerar cumplimentado el requisito exigido de “principio de prueba”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Una consolidada doctrina jurisprudencial había venido, en forma uniforme, interpretando la exigencia del art. 127.2 CC –que hoy tiene su equivalencia en el art. 767.1 LEC– en un sentido espiritualizado. Así, además de la STS que se ha señalado, destacan, entre otras varias, las SSTS de 20 de octubre de 1993 (RJ 1993/7752), 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6499), 18 de marzo de 2000 (RJ 2000/1492), AUTOTS de 7 de marzo de 2000 (RJ 2000/1765), AUTO AP-MADRID de 19 de marzo de 2002 (RJ 2002/129508) y AUTO AP-VIZCAYA de 7 de febrero de 2003 (JUR 2003/141109).

<sup>16</sup> Este criterio es ratificado por la STS de 4 de mayo de 1999 (RJ 1999/2881). Otra posibilidad de cumplir el requisito procesal a que se refiere el art. 767.1 LEC y con anterioridad el art. 127.2 CC, es la prueba de que las partes en litigio han tenido relaciones sexuales en la fecha del embarazo. En este sentido el Tribunal Supremo consideró que “dicho hecho probado [las relaciones sentimentales], unido a la injustificada y pertinaz negativa del demandado (por cuatro veces), tanto en primera, como en segunda instancia, a someterse a la prueba biológica...” se declara la paternidad del demandado, STS de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998/6805). Con el mismo criterio: STS de 18 de marzo de 2000 (RJ 2000/1492).

En el supuesto anterior se cumple la exigencia del principio de prueba con la presentación de actas notariales. Obsérvese que es frecuente la aportación de fotografías para salvar ese requisito. Así ocurrió en la SAP-MÁLAGA de 15 de abril de 2002 (AC 2002/1268 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Melchor Hernández Calvo]). En este caso procede la declaración de filiación no matrimonial reclamada ante una negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas y, para lo que aquí importa, existen fotografías que se consideran como principio de prueba, se afirma que se aportan "indicios, fotografías en las que ciertamente se aprecia similitud de rasgos con una de las hijas del demandado..."<sup>17</sup>.

Ahora bien, como subraya una vieja doctrina jurisprudencial, ha de insistirse en la jurisprudencia de la Sala Civil sobre que no puede confundirse el principio de prueba exigido por el art. 127.2 CC [hoy art. 767.1 LEC] para la admisión de la demanda con la que ha de realizarse en el curso del proceso

---

Nótese que no es confundible la exigencia de un principio de prueba con la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión que habrá de realizarse en el proceso. Cfr. art. 767.1 y 767.3 y 4 LEC y STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/1585).

Sin embargo, se consideró incumplida la exigencia de "principio de prueba" en otros casos. Así se infiere de la STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/1585), pues ni se aportaban datos precisos, correspondencia, fotografías, ni se ofertaron determinadas pruebas que acreditasen la razonabilidad de la pretensión. Según el Tribunal Supremo, la constante remisión de la recurrente al resultado de las pruebas biológicas no supone el cumplimiento de la exigencia ordenada por el art. 127.2 CC [hoy art. 767.1 LEC]. Se habían alegado tan sólo comentarios y rumores que corrieron y la manifestación de haber mantenido "relaciones sentimentales y físicas con una joven de la localidad". Además, la parte recurrente, con la remisión continua a las pruebas biológicas futuras cree satisfecha la exigencia legal con el lamentable olvido, señala el Alto Tribunal, que al haberse negado la madre –como así lo ha expresado en el escrito de contestación a la demanda– a que la niña sea sometida a pruebas biológicas, la demanda está abocada a su total fracaso.

<sup>17</sup> Además, en el caso de autos, consta que existe acreditación de relación laboral –aun anterior a la concepción– e indicación de los encuentros entre la actora y demandado en los que se engendró la hija, que justifican la admisión a trámite de la demanda y la posterior investigación de la paternidad mediante la prueba pericial biológica.

En este orden de cosas, en el caso que motivó la STS de 14 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8401) se acompañaron a la demanda unas fotografías con las que bastaría para cumplir lo exigido por la norma que se invoca como infringida, el art. 127.2 CC [hoy art. 767.1 LEC]. Ya la STS de 12 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8396) se pronuncia en el mismo sentido –también se habían aportado fotografías como "principio de prueba"–. En la SAP-VALENCIA de 28 de noviembre de 2002 (JUR 2003/53794) se estimó, asimismo, cumplido el requisito del principio de prueba por la presentación de fotografías y, además, se ofreció la práctica de las pruebas biológicas, testificales y de confesión judicial. Recuérdesse la importancia del "ofrecimiento" de la práctica de determinadas pruebas –*vid.*, por todas, la STS de 18 de marzo de 2000 (RJ 2000/1492)–, por lo que se consideró cumplida la exigencia del "principio de prueba".

para obtener una sentencia favorable. Basta para que el Juez admita a trámite la demanda que del propio contexto o contenido de ella se aprecie una misma línea de razonabilidad o verosimilitud de la que derivar la atribución de la paternidad, sometida siempre al resultado de la prueba a practicar en el proceso, pues el requisito del "principio de prueba" sólo hace referencia a un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, sin que pueda constituir una restricción u obstáculo a la posibilidad que abre el art. 39.2 CE. En este sentido se pronuncia el AUTO AP-VIZCAYA de 7 de febrero de 2003 (JUR 2003/141109 [Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Isabel Gutiérrez Gegúndez])<sup>18</sup>.

En Cataluña se ha debatido sobre la aplicación de esta causa de inadmisión de la demanda fundada en la necesidad de aportación de un principio de prueba, que la jurisprudencia había resuelto declarando su inaplicación. En todo caso se aprecian dos posiciones doctrinales enfrentadas en relación con la cuestión aludida: a) La de parte de autores forales que fundándose en antecedentes históricos del Derecho Romano (Digesto: 1,6,6; 22,3,29; 22,3,13 y 35,1,83), del Códex Justiniano (5,4,9) y del Derecho Canónico (fundamentalmente cap. 3, título 17, libro IV y cap. 10, título 19, libro II, de las Decretales), de Derecho Medieval hasta llegar incluso a las Compilaciones recientes de 1960 y 24 de marzo de 1984 y Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones, mantienen que en Catalunya no resulta necesaria la aportación de un principio de prueba de los hechos en que se fundan las acciones de filiación por entender que el Derecho catalán se inspira en la libre investigación y verdad biológica<sup>19</sup>. Y b) frente a la postura anterior, existe la

<sup>18</sup> En este sentido, además: SSTS de 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6499), 8 y 10 de octubre de 1993 (RJ 1993/7317 y RJ 1993/7752), 28 de abril y 28 de mayo de 1994 (RJ 1994/2977 y RJ 1994/3758), 18 de mayo de 2000 (RJ 2000/5083), 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/1585) -entre otras-.

<sup>19</sup> En efecto, la Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, en el apartado a) de su Preámbulo señala: "Se considerará como principio general e informador de la presente regulación el principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, con toda clase de pruebas...". Además, nada se recoge en el Capítulo II: "Acciones relativas a la filiación", arts. 10 a 18, de la indicada Ley 7/1991 que haga suponer la exigencia por el Ordenamiento jurídico catalán del principio de prueba que sí recoge el art. 767.1 LEC. Además la jurisprudencia más reciente propugna el mismo principio. Así, la STSJ-CATALUÑA de 13 de febrero de 2003 (RJ 2003/4465) señala que el derecho Catalán se caracteriza por la búsqueda de la verdad biológica, por la vigencia del principio de libre investigación de la paternidad.

Nótese que en la disposición Final Primera de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña se declara la sustitución por los preceptos de este Código, entre otros, los de la Ley 7/1991; pero en esta Ley 9/1998 no se hace referencia alguna a la

doctrina que entiende que hoy día los regímenes del Derecho Civil y del Derecho Foral Catalán se han acercado en cuanto que la reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, introdujo la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, desterrando el rígido principio formalista para la determinación de la filiación (inspirado en el *Code* napoleónico) en aras a posibilitar una filiación conforme con el principio realista de libre investigación de la paternidad y maternidad<sup>20</sup>.

La doctrina más autorizada se pronuncia por la inaplicación en Cataluña del precepto –art. 767.1 LEC (con su exigencia del “principio de prueba”)– incluso tras la LEC de 2000<sup>21</sup>. Opina VALLS GOMBAU<sup>22</sup> que debe mantenerse la doctrina que sostiene su inaplicación, por dos motivos: a) Rige el principio de libre investigación de la paternidad [lo he señalado al remitirme al Preámbulo de la Ley 7/1991, de Filiaciones], y b) Ha de tenerse presente que la Disposición Adicional Primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que dicha Ley procesal se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6.º CE) sin perjuicio de las especialidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas, a cuyos efectos y conforme dispone el art. 1 de la compilación de Derecho Civil de Cataluña –Texto Refundido aprobado por DL 1/1984– debe ser tenida en cuenta tanto la jurisprudencia como la tradicional doctrina catalana.

Pues bien, en relación con la jurisprudencia, y precisamente catalana, destaco la STSJ-CATALUÑA de 31 de enero de 2000 (RJ 2001/8159 [Ponente: Ilma. Sra. D.ª Nuria Bassols Muntada]) que considera que no es aplicable en Cataluña el art. 127.2 LEC [hoy art. 767.1 LEC]; ya era dudosa su aplicación según la jurisprudencia, con anterioridad a la Ley 7/1991, de Filiaciones de

---

necesidad del “principio de prueba” que acompañe a la demanda que sí exige el art. 767.1 LEC. Sólo dispone, con carácter general, en su art. 98, al referirse a los medios de prueba que “En los procesos de filiación se admiten toda clase de pruebas, salvo lo dispuesto en el art. 111.2, en materia de fecundación asistida de la mujer”.

<sup>20</sup> En este sentido destaco la SAP-BARCELONA de 8 de septiembre de 1995 (AC 1995/1716) que declaró la aplicación del Derecho Civil de Cataluña con preferencia a las disposiciones del Código Civil.

<sup>21</sup> Así, por todos, *vid.*: RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Incidencia de la publicación de la LEC 1/2000 en el ejercicio procesal de las acciones de filiación”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2000, pp. 981-983.

<sup>22</sup> *Vid.*: VALLS GOMBAU, J. F., comentario al art. 767 LEC, en: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, iurgium, 2000, p. 3507.

Cataluña y a partir de esta Ley se afirma, sin género de dudas, que no es aplicable esa exigencia de la necesidad de “principio de prueba”<sup>23</sup>.

En Navarra se sigue en la Ley 70.1 del Fuero Nuevo de Navarra la regla establecida en el art. 767.1 LEC y señala: “... el Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda”.

De las otras Comunidades Autónomas he de destacar, por proximidad, el *statu quo* de esta cuestión en Galicia y considero que es la siguiente: la aplicación en esta Comunidad Autónoma del art. 767.1 LEC –como también de los restantes apartados de este artículo de la Ley ritaria-. Recuérdese que la Disposición Adicional Primera de la LEC de 2000 que con el título: *Título competencial*, dispone: “La presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al art. 149.1.6.º de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las peculiaridades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”. En Cataluña, se observa en este estudio, la jurisprudencia se pronuncia por la no aplicación del art. 767.1 LEC –cfr., por todas, la STSJ-CATALUÑA de 31 de enero de 2000 (RJ 2001/8159)-; pero en Galicia la jurisprudencia guarda silencio sobre este punto y no se encuentran disposiciones legales de las que pueda derivarse alguna conclusión clara, por lo tanto, y cohonestando: el art. 3.1 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, al declarar aplicable el Código Civil y las demás leyes civiles comunes, al faltar costumbres y leyes civiles gallegas, el art. 149.1.6.º CE y Disposición Adicional 1.ª LEC de 2000, se concluye la vigencia en el ámbito de esta Comunidad Autónoma de la exigencia del antiguo art. 127.2 CC y actual art. 767.1 LEC<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Utilizando el mismo criterio, la STSJ-CATALUÑA de 19 de junio de 1997 (RJ 1997/6359) por considerar que la Ley 7/1991, de Filiaciones contiene una regulación autónoma y autosuficiente de la filiación.

<sup>24</sup> Si bien es criticable la desidia del legislador gallego al no pronunciarse sobre la admisibilidad de toda clase de pruebas en los procesos de filiación, como sí hace el art. 98 de la Ley 9/1998, del Código de Familia de Cataluña. Sin embargo, si ha tenido la oportunidad de dictar preceptos relativos al Derecho de familia al socaire, por ejemplo, de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, de la infancia y de la adolescencia. Téngase en cuenta, el Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia. Del Estatuto de Autonomía de Galicia ya se infiere la legitimación y actuación legislativa en materia de familia, infancia y adolescencia en los títulos competenciales genéricos de asistencia social, por ejemplo, art. 27.23. Adviértase que la legislación gallega no se ha pronunciado sobre la investigación de la paternidad y maternidad.

## 2. Las pruebas directas. Especial referencia a las pruebas biológicas

Debemos recordar y precisar que la reforma de la filiación llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, estableció e implantó, en consonancia con la significación de fondo de dicha Ley, un sistema amplio de la libertad de prueba para la determinación judicial de la filiación<sup>25</sup>.

Esta holgada posibilidad de pruebas está en consonancia con el art. 24.2 CE que garantiza a todas las personas el "derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa"<sup>26</sup>. Este derecho es un derecho de configuración legal, que ostenta todo justiciable en todo tipo de proceso a, cumpliendo la legalidad procesal reguladora de la actividad probatoria, que se practiquen los medios de prueba que proponga. Estos medios de prueba han de ser *pertinentes* entendida la pertinencia en sentido estricto, como utilidad y licitud de las pruebas, que sean admisibles. Una vez que el órgano judicial admita un concreto medio de prueba, pensemos que admite la prueba biológica, hace nacer a favor del justiciable una nueva vertiente o contenido del derecho fundamental: el derecho a su práctica<sup>27</sup>.

Dado que el objeto de prueba, que en estos procesos no es sino el hecho de la generación o del parto y, consecuentemente, la identidad de las personas que intervienen en la relación, la dificultad probatoria es máxima: de ahí que el art. 767.2 y 3 LEC dé valor probatorio absoluto al obtenido por cualquier medio de prueba –como veremos a continuación–<sup>28</sup>. Dos son los preceptos que deben conjugarse al fin de defender el derecho de toda persona a determinar su origen biológico: el art. 767.2 LEC –que contiene el derogado art. 127 CC– y el art. 767.3 LEC –precedente del derogado art. 135 CC–<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Cfr., por ejemplo: SSTS de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9326), de 5 de abril de 1990 (RJ 1990/2701), de 17 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7896).

<sup>26</sup> A este Derecho constitucional se refiere la SAP-LA CORUÑA de 24 de junio de 2002 (JUR 2003/5364). También, a propósito de la amplia posibilidad de prueba en los procesos de filiación, la STS de 1 de julio de 2003 (RJ 2003/670) reconoce la utilización de los medios probatorios para la defensa que garantiza el art. 24.2 CE –norma que cita expresamente–.

<sup>27</sup> En este sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., al comentar el art. 24 CE, en: *Comentarios a la Constitución Española de 1978* –dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil–, Madrid, EDERSA, 1996, pp. 99-102.

<sup>28</sup> Vid.: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. V, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 116 y 117.

<sup>29</sup> Recuérdese que la Disposición Derogatoria Única.2. 1.º LEC de 2000, deroga, entre otros, los arts. 127 y 135 CC.

Para lo que a este apartado –pruebas directas y pruebas biológicas-, interesa el art. 767.2 LEC –con redacción idéntica al art. 127.1 CC, derogado-preceptúa: “En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”.

Como prueba directa figura, pues, la biológica. Ahora bien, alguna decisión jurisprudencial coloca al reconocimiento dentro de la categoría de prueba directa. Así lo hace la STS de 2 de abril de 1992 (RJ 1992/2771 [Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández]). Considero que incluir el reconocimiento dentro de esta categoría de prueba directa es acertado porque un reconocimiento presupone una *declaración unilateral de voluntad* y no puede desconocerse que, desde tiempos ancestrales, fue considerada como fuente de obligaciones, y que cabe *in genere* en el art. 1254 CC<sup>30</sup>.

Además, en la citada STS de 1992 se considera que es perfectamente estimable la admisión de un tercer género de pruebas, las representadas por aquel conjunto de circunstancias fácticas y objetivas que bien pudieran ser calificadas de “cuasi presuntivas” o “maxi directas”, según el Alto Tribunal<sup>31</sup>.

Las pruebas estrella de las denominadas pruebas directas –si se considera que le reconocimiento también es prueba directa- son las pruebas biológicas. Las modernas técnicas de investigación han revolucionado el

<sup>30</sup> Paradigmática para el reconocimiento de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones resulta la STS de 6 de marzo de 1976 (RJ 1976/1175) y la ya clásica STS de 17 de octubre de 1932 (RJ 1932-33/722). También encuadra el reconocimiento como prueba directa, al lado de la biológica, la SAP-MURCIA de 10 de mayo de 2002 (JUR 2002/207572).

<sup>31</sup> Cuales son aquellas en las que, como acontece en el caso de autos y no es infrecuente en los procesos de filiación sin pruebas biológicas o con biológicas rechazadas por el demandado, aparece acreditado con suficiente claridad que el hecho de haber acudido a las presunciones viene siendo más bien una muestra de profesionalidad de los Tribunales ya que –por ejemplo en el caso enjuiciado- el hecho dudoso aparece con la suficiente claridad para no ser preciso acudir a las presunciones a efectos de llegar a la solución contenida en el fallo de la Sentencia impugnada, en cuanto al *factum* de las relaciones sexuales durante el período de tiempo necesario para incluir al recurrente deriva del conjunto probatorio con la claridad suficiente para no necesitar de las presunciones, en cuanto más que un elemento de prueba son un proceso lógico de deducción. Con esta doctrina, la STS de 28 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6785) –si bien referida al ejercicio de una acción reivindicatoria- dispone que la prueba de presunciones más que un medio típico de prueba, es un proceso lógico que ha de basarse en hechos notorios, reconocidos o probados de otro modo, es potestativa del juzgador de instancia.

campo de la medicina y se proyectan en la altísima fiabilidad de las pruebas biológicas que no solamente pueden ser las hematológicas, las más normales, sino que se extienden a otras como las de tipo heredobiológica<sup>32</sup> y a cualesquiera otras que el progreso científico pueda ir incorporando y de las que el Juez pueda disponer para la averiguación de la verdad material<sup>33</sup>. Así, se han ido incorporando dentro de las pruebas biológicas y como un subgrupo, las pruebas genéticas, consistentes en examinar y contrastar los caracteres hereditarios de las personas, constituyendo la más reciente novedad dentro de las pruebas biológicas-genéticas para determinar la paternidad-maternidad la prueba de ADN (o DNA) (ácido desoxirribonucleico) que, como señala la SAP-PONTEVEDRA de 11 de noviembre de 1999 (AC 1999/7426 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco J. Valdés Garrido]), partiendo de que el ADN es la molécula que recoge la información genética de cada individuo, que está presente en todas las células del organismo y que asimismo se transmite de padres a hijos mediante la gametogénesis a través del análisis comparativo de los polimorfos del ADN de las personas entre las que se plantea el proceso de filiación<sup>34</sup>. En relación con esta cuestión afirma CONCHEIRO CARRO que el ADN representa el esencial substrato bioquímico de la herencia<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Cuando se habla de las pruebas biológicas hay que pensar en la significativa e importante prueba heredobiológica que se basa en el estudio de hasta 260 o 300 caracteres diferentes del hijo, la madre y el presunto padre, valorados por el perito según semejanzas o diferencias morfológicas, dando lugar a varios resultados que van desde la exclusión de la paternidad hasta su afirmación –cfr.: STS de 11 de julio de 1991 (RJ 1991/5377)-.

<sup>33</sup> Vid.: SSTS de 29 de abril de 1994 (RJ 1994/2947), 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6730), 5 de octubre de 1998 (RJ 1998/7557). Destaca la importancia, en este orden de preocupaciones, de la STS de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6227) –que se estudiará en el último apartado de este trabajo-. El Alto Tribunal insiste, en este fallo, en que la verdad real ha de prevalecer sobre la presunta resultante del estado matrimonial. Se trata de una impugnación de paternidad que prospera aun ejercitada fuera del plazo establecido por el art. 136 CC, al comprobar la esterilidad del marido de la madre y confirmarse la no paternidad mediante pruebas biológicas, computándose el plazo –“*dies a quo*”- desde el día del conocimiento de su esterilidad.

<sup>34</sup> De la SAP-LA CORUÑA de 2 de octubre de 2002 (AC 2002/2332) se infiere que procede una acción de reclamación de filiación no matrimonial tras la prueba de ADN obtenido de restos cadavéricos con una probabilidad de paternidad del 99,9999987 % al margen de la complementariedad de otras pruebas. Por otra parte, en el AUTOAP-SORIA de 31 de octubre de 2003 (AC 2004/185) se declara la improcedencia de la prueba biológica de ADN tras la exhumación de un cadáver como diligencia preliminar a la interposición de la demanda de filiación.

<sup>35</sup> Vid.: CONCHEIRO CARRO, L., en la “Introducción” a la obra de CARRACEDO ÁLVAREZ, Á., HUGUET RAIÁ, E. Y GENÉ BADIA, M., *Introducción a la investigación biológica de la paternidad*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988, p. 6. La secuenciación del ADN ya ha sido aplicada en Criminalística Médico-Legal (delitos de violación) y para establecer una relación familiar (inmigración ilegal).

El avance de la ciencia en materia de investigación de la paternidad por medio de pruebas biológicas ha permitido que la exclusión de la paternidad por medio de pruebas biológicas pueda establecerse científicamente con un 100% de seguridad, y la afirmación de la paternidad puede establecerse con certeza con un 97. Son estos modelos de aceptación científica llamados predicados verbales de Hummel<sup>36</sup>.

En relación con la fiabilidad de esta prueba, adviértase que en aquellos supuestos en los que el presunto progenitor hubiese fallecido, la prueba biológica realizada sobre sus familiares directos rebaja el porcentaje alrededor del 90%<sup>37</sup>.

En principio, cualquier característica hereditaria puede ser utilizada para la investigación biológica de la paternidad. Así, el parecido físico puede constituir un indicio valioso que unido a una negativa a la práctica de las pruebas biológicas puede llevar a la determinación de la paternidad. En efecto, la SAP-ZARAGOZA de 16 de abril de 2003 (AC 2003/1244 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescós]) toma en consideración el "parecido físico que se aprecia entre el demandado y la menor en las fotografías aportadas a los autos"<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> De sus estudios CARRACEDO y BARROS concluyen que el valor final de la probabilidad de paternidad está comprendido entre 0 (no es padre) y 1 (es padre). Habitualmente el valor de la probabilidad final es próximo a 1 (expresado porcentualmente 100%), ya que en la práctica totalidad de los casos en los que el presunto padre no es el padre biológico del niño, resulta excluido. Es obvio, señalan, que el valor máximo 1 (100%) no es alcanzable y sólo es una tendencia. Vid.: CARRACEDO, Á y BARROS, F., *Problemas bioestadísticos en genética forense*, Santiago de Compostela, Imprenta Universitaria, 1966, p. 101.

<sup>37</sup> En este sentido, en el caso enjuiciado por la STS de 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6730) se practicaron las pruebas biológicas sin intervención del posible padre, ya que había fallecido, por lo que se acudió a los familiares directos más próximos. En el Instituto Nacional de Toxicología no se excluye la paternidad real, que concluye con una probabilidad del 91,89%. En ocasiones, ante el fallecimiento de un sujeto y la necesidad de determinar una filiación, se acude a la prueba biológica del ADN. Cfr.: AUTOAP-SORIA de 31 de octubre de 2003 (AC 2004/185), SAP-LA CORUÑA de 2 de octubre de 2002 (AC 2002/2332) -entre otras-.

<sup>38</sup> Con este criterio la SAP-LUGO de 4 de febrero de 2004 (JUR 2004/81760) ha tenido en cuenta para un reconocimiento de filiación no matrimonial el parecido físico entre la actora y su supuesto padre que se pone de manifiesto por el Juez. Interesa, en este punto, traer a colación un bello pasaje literario. Hace ya más de un siglo, GUY DE MAUPASSANT escribía: "No puede figurarse usted la sensación extraña, confusa e intolerable que experimento frente a él al pensar que ha salido de mí, que está unido a mí por ese lazo íntimo que liga al hijo con el padre, que, gracias a las terribles leyes de la herencia, es otro yo por mil cosas, por su sangre y por su carne, y que tiene incluso los mismos gérmenes

El obstáculo de la prueba biológica es, precisamente, la fiabilidad de esta prueba, de ahí las frecuentes negativas a someterse a ellas. Pero esto se analizará al hablar del valor probatorio de la conducta obstruccionista.

### 3. Las pruebas indirectas

Los medios de prueba indirecta ceden en la actualidad prácticamente su importancia al permitirse en el art. 767.2 LEC, que recoge la ya larga tradición del derogado art. 127.1 CC, la investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas<sup>39</sup>.

El art. 767.3 LEC, que tenía su equivalente en el derogado art. 135 CC, para la acción de determinación de la filiación regula una serie de pruebas indirectas o presunciones judiciales, a falta de las siempre difíciles pruebas directas en este tipo de procesos<sup>40</sup>.

Preceptúa el art. 767.3 LEC: "Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo".

Se permite el uso de la analogía -art. 4.1 CC- para así favorecer la búsqueda de la "verdad biológica".

Veamos los supuestos de pruebas indirectas que enumera el art. 767.3 LEC:

A) *El reconocimiento expreso o tácito.* Aunque en ocasiones se ha considerado como prueba directa; pero dado que el citado artículo lo coloca en defecto de prueba directa, estudio el reconocimiento en este apartado.

---

*de enfermedades, los mismos fermentos de pasiones*". GUY DE MAUPASSANT, *Un fils* (1882). *Contes et Nouvelles (Le massacre des innocents)*, Paris, Ed. Albin Michel, 1964, p. 324.

<sup>39</sup> No faltan fallos jurisprudenciales que concedan gran relevancia a las pruebas indirectas. En efecto, la SAP-LUGO de 4 de febrero de 2004 (JUR 2004/81760) consideró para declarar la paternidad no matrimonial reclamada como suficientes y concluyentes las pruebas indirectas. Se habían presentado fotografías, cartas, documentos que revelaban la existencia de una relación sentimental, además se valoró la disponibilidad e interés de la actora en realizar la prueba de paternidad.

<sup>40</sup> Vid.: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. V, Madrid, Tecnos, 2000, p. 117. Cfr.: VALLS GOMBAU, J. F., comentario al art. 767 LEC en: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Barcelona, iurgium, 2000, p. 3509.

El reconocimiento expreso o tácito supone la admisión unilateral de la propia maternidad o paternidad. Es tan amplia la norma que permite otorgar validez al reconocimiento directo o incidental que conste en cualquier forma, incluso actos concluyentes.

Considero que debe dársele al reconocimiento, aunque no sea ante el encargado del Registro Civil, que determina legalmente la filiación –arg. art. 120.1 CC-, el valor de una auténtica declaración de voluntad con las consecuencias que de esto derivan –cfr. art. 1254 CC-. En este sentido, la SAP-SEVILLA de 17 de septiembre de 2002 (JUR 2003/89330 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Nieto Matas]) admite que el reconocimiento de la filiación no matrimonial es un acto jurídico unilateral y solemne por el que una persona adulta admite ser el padre o la madre de otra atribuyendo a dicho acto la ley las consecuencias pertinentes. Una vez formulado el reconocimiento no es posible a su autor arrepentirse o retractarse de su declaración revocándolo a no ser que concurran en ella vicios del consentimiento que la anulen<sup>41</sup>.

B) *La posesión de estado*, que es, en ocasiones, un requisito para el ejercicio de la acción –cfr. arts. 764,1 LEC y 113, 131, 132, 137.3, 140 CC-, debe entenderse de la manera concebida por los tribunales. Así, la SAP-PONTEVEDRA de 31 de enero de 2002 (JUR 2002/99116 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco]), resume de modo eficiente la doctrina de la Sala Primera –Civil- del Tribunal Supremo que, con doctrina reiterada, sostiene que por posesión de estado debe entenderse aquella relación del hijo con el padre (o madre, en su caso), en concepto de tal hijo (*nomen* –ser designado como “hijo”–, *tractatus* –ejercicio de la autoridad parental, prestación de alimentos...- y *fama o reputatio* –reputación social-) manifestada por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública. Es evidente, según la jurisprudencia, que la posesión de estado habrá de durar cierto tiempo, variable según los casos, sin que sea incompatible con alguna interrupción, y no requiere, necesariamente, una existencia actual al momento

---

<sup>41</sup> En el caso de autos se declara la inexistencia de error en el consentimiento y, por lo tanto, no prospera la impugnación de un reconocimiento por los herederos del que la realizó. Con esta doctrina, *vid.*: STS de 27 de octubre de 1993 (RJ 1993/7664). En ocasiones se habla del denominado “reconocimiento de complacencia” (esto es, consciente de la inexistencia de la relación biológica). Así, procedió una impugnación por un reconocimiento de filiación no matrimonial por mera complacencia y se aplicó el art. 140 CC en la SAP-ALICANTE de 30 de enero de 2004 (JUR 2004/81274)

de ser invocada, siendo suficiente su constancia en un próximo pasado<sup>42</sup>. Nótese que el último presupuesto: fama, conocimiento público de la situación, no debe concurrir de modo ostensible y análogo a la filiación matrimonial, tal y como señala la STS de 4 de mayo de 1964 (RJ 1964/2201 [Ponete: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón])<sup>43</sup>.

Una nueva matización de la genuina posesión de estado es la denominada "posesión de estado por notoriedad pública" a la que se refiere la STS de 27 de febrero de 2003 (RJ 2003/2516 [Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán]), que bien puede reconducirse al elemento o requisito tradicional de la *fama* o *reputatio*, ya que el Alto Tribunal se refiere al reconocimiento que vienen haciendo como hija extramatrimonial del fallecido los vecinos del pueblo<sup>44</sup>.

C) *La convivencia con la madre en la época de la concepción*, esto es, la unión de hecho, estable –no meramente ocasional– de los progenitores. A diferencia de los supuestos precedentes, no es, por sí sola, título de determinación legal de la filiación. Como regla, se requiere acreditar que la convivencia se inició al menos ciento ochenta días antes del nacimiento o que entre éste y el cese de aquélla no transcurrieron más de trescientos días (arts. 116 y 117 CC)<sup>45</sup>.

Ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil piden que la convivencia con la madre en la época de la concepción, por medio de la cohabitación sexual sea notoria, algo que sí exige la Ley 71.2.1 de la Compilación de Derecho Foral de Navarra. Asimismo no es precisa una

<sup>42</sup> Cfr.: SSTS de 4 de mayo de 1964 (RJ 1964/2201), 20 de mayo de 1991 (RJ 1991/3716), 14 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9403), 6 de mayo de 1997 (RJ 1997/3676) y SAP-TERUEL de 13 de enero de 2003 (AC 2003/8), entre otras varias.

<sup>43</sup> Sería absurdo –señala el Tribunal– que el padre tuviera que alardear de la relación no matrimonial y del fruto de la misma y menos en la época en la que sucedieron los hechos. Aplica la misma doctrina la SAP-SEVILLA de 17 de septiembre de 2002 (JUR 2003/89330). Se puede valorar, como declara la STC 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999/95) el que la madre al inscribir el hijo señaló como nombre el del padre y que posteriormente a su nacimiento procedió su progenitor biológico a la apertura de una cuenta corriente de la que la hija extrajo, en ocasiones, cantidades diversas.

<sup>44</sup> En la Sentencia se afirma que, en el caso enjuiciado, no nos encontramos ante la existencia de una "posesión de estado" propiamente dicha, ya que no existen los elementos o requisitos tradicionalmente exigidos *nomen* y *tractatus*; pero como señalo, el Tribunal si se refiere a la "posesión de hecho notoria" implícitamente reconoce la *fama* o *reputatio*.

<sup>45</sup> Vid.: PAZ RUBIO, J. M. y AA. VV., *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con Jurisprudencia*, Madrid, *La Ley*, 2000, p. 1208.

prolongada convivencia entre el demandado y la madre, como declara la STS de 26 de enero de 1993 (RJ 1993/364).

D) Los otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo. Como norma de cierre se refiere el art. 767.3 LEC a este supuesto. Remite a otras pruebas indirectas. La Jurisprudencia cita algunas: noviazgo, o amistad duradera, convivencia aunque no sea "more uxorio", el distanciamiento en periodo de concepción entre los que figuraban oficialmente como padres...<sup>46</sup>.

Por lo tanto, el art. 767.3 LEC remite a aquellas otras pruebas indirectas especialmente significativas, a los efectos de determinar la filiación. Se comprenden aquí aquellos hechos que *per se* no quedan tipificados en los precedentes. En este sentido la STS de 14 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8401 [Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz]) declaró la paternidad basándose en esos "hechos de los que se infiere..." constituidos por unas relaciones de noviazgo interrumpidas al conocer el demandado el embarazo, quien había comunicado su grupo sanguíneo por si era necesario a la hora del parto, y se había opuesto a la extracción de sangre para la prueba hematológica<sup>47</sup>.

Así pues, el último inciso del art. 767.3 LEC (como antes lo hacía el art. 135 *in fine* CC) concede la facultad de poner en juego lo dispuesto en el art. 4.1 CC -analogía-, en orden a permitir que se tomen en consideración "otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo". En este sentido el Tribunal Supremo, con doctrina reiterada y uniforme de la Sala Civil, admite dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la heredo-biológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente

<sup>46</sup> Con esta doctrina: SAP-BARCELONA de 8 de septiembre de 1995 (AC1995/1716).

<sup>47</sup> La prueba testifical no aparece en el elenco de los hechos a los que se refiere el art. 767.3 LEC, por eso puede incluirse en los "... otros hechos de los que se infiera la filiación; de modo análogo". Particular interés presenta la SAP-LEÓN de 7 de enero de 2004 (JUR 2004/52454) se infiere de este fallo la procedencia de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial ante la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica unida a la prueba testifical. En particular, se ha tenido en cuenta lo declarado por la abuela, el hermano, y ante todo, por la madre del actor (que ha sido de una muy especial atención en el momento del visionado en que se grabó la misma, y que basta su contemplación para constatarse todo lo acontecido y sucedido). También en la SAP-LUGO de 4 de febrero de 2004 (JUR 2004/81760) que consideró las pruebas indirectas suficientes y concluyentes -se habían aportado fotografías, cartas y otros documentos-.

para la procreación, de las que el art. 135 CC-derogado por la Disposición Derogatoria Única. 2. 1.º LEC 2000- hacía una enumeración que hoy, como se señala, está contenida en el art. 767.3 LEC, enumeración que es abierta o “*ad exemplum*” para conceder en su último inciso –como se observa- la facultad de poner en juego lo dispuesto en el art. 4.1 CC, en orden a permitir el uso de la analogía al posibilitar que se tomen en consideración “otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo”<sup>48</sup>.

En este momento es preciso traer a colación la importancia decisiva de las presunciones<sup>49</sup>. Obsérvese que al estudiar el art. 767.3 LEC se ha visto la referencia del mismo a una serie de pruebas indirectas que pueden calificarse de presunciones legales, por establecerlas la Ley, pues bien, también se admiten presunciones judiciales denominadas “*presumptio hominis o facti*” (“presunciones de hombre”) que son aquellas que corresponde estimar al Juez cuando exista entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir –hecho presunto- un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano –art. 386.1 LEC-. Estas presunciones no están contempladas en la Ley, por lo que el juzgador deberá en cada caso apreciar o no la existencia de nexo lógico entre el indicio y el hecho presunto mediante el correspondiente juicio de probabilidad, basado en las máximas de la experiencia –o reglas del criterio humano-<sup>50</sup>. Le corresponde a quien pretende hacer valer una presunción en el proceso acreditar la existencia del hecho base y la del enlace con el hecho presunto. Esta nueva regulación de las presunciones judiciales no

<sup>48</sup> Cfr., con estas consideraciones, STS de 4 de julio de 1996 (RJ 1996/5559), SAP-MURCIA de 10 de mayo de 2002 (JUR 2002/207572), entre otras.

<sup>49</sup> La Disposición Derogatoria Única.2. 1 LEC deroga, entre otros y para lo que aquí importa, los arts. 1231 a 1253 CC. Hoy se ocupan de las presunciones los arts. 385 LEC (presunciones legales) y 386 LEC (presunciones judiciales). Se aprecia la importancia de acudir a presunciones en la SAP-GRANADA de 16 de noviembre de 2002 (JUR 2003/31405) cuando al referirse al caso de autos señala que ante la negativa pertinaz de impedir o al menos no colaborar en practicar la prueba biológica solicitada, al no acudir con la hija menor al centro médico correspondiente, cobra especial relevancia la prueba de presunciones que recogen los arts. 1249 al 1253 CC –cfr. hoy, arts. 385 y 386 LEC-.

<sup>50</sup> Esta definición de la naturaleza y procedimiento de consecución de las presunciones judiciales del art. 386.1 LEC, reproduce la que se contenía en el art. 1253 CC. La SAP-SEVILLA de 30 de enero de 2004 (JUR 2004/71045) declara la procedencia de una acción de reclamación de filiación no matrimonial por la presunción “*iuris tantum*” de la existencia de relaciones sexuales, además de una negativa injustificada a someterse a prueba biológica: “... luego, reconocida la existencia de tales relaciones antes del embarazo y después del nacimiento, concurren más que suficientes indicios constitutivos de presunción “*ex*” art. 1253 del Código Civil” -Cfr. art. 386.1 LEC-.

limitada en cuanto a su ámbito de aplicación hace que PICÓ I JUNOY<sup>51</sup> sostenga que esto debe conducir a erradicar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual dichas presunciones sólo son de aplicación para aquellos supuestos en los que el hecho dudoso no tenga demostración eficaz a través de las pruebas directas<sup>52</sup>. Adviértase que el art. 767.3 LEC –al igual que el derogado art. 135 CC- no exige que para el reconocimiento judicial de la paternidad sea necesaria la prueba directa, sino que presume que no la haya: “Aunque no haya prueba directa...”.

Dicho medio de prueba, insiste el Tribunal Supremo con doctrina reiterada y sin fisuras, se basa en tres datos: la afirmación base, que está constituida por el hecho demostrado y probado; la afirmación presumida, que es el hecho que se trata de deducir y el nexo entre ambas afirmaciones, que está constituido por las reglas del criterio humano –la lógica y la razón-<sup>53</sup>.

## **II. El alcance de la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de la filiación**

### **1. El valor probatorio de la conducta obstruccionista del demandado**

El Código Civil no se ha ocupado de regular las consecuencias de una conducta obstruccionista a la práctica de las pruebas biológicas de filiación. Han sido el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional los que han salvado este vacío legal hasta la publicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

<sup>51</sup> Vid.: PICÓ I JUNOY, J., en el comentario al art. 386 LEC, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Valladolid, *Lex Nova*, 2000, p. 2035.

<sup>52</sup> Confirman esta postura del Tribunal Supremo: la STS de 19 de enero de 1990 (RJ 1990/15) al declarar que a falta de prueba directa de los hechos, se hace entrar el juego de las presunciones de la normativa general de los arts. 1249 a 1253 CC –hoy arts. 385 y 386 LEC-; STS de 4 de marzo de 1998 (RJ 1998/3230) que señala que la “presunción de hombre”, es un medio de prueba que debe utilizar el juzgador, con carácter supletorio, o sea, cuando no haya otro medio de prueba directa; y la conocida STS de 23 de julio de 1999 (RJ 1999/6096) según la cual, las presunciones no se establecen cuando el fallo se funda en pruebas directas –si bien este fallo se refería a un supuesto de compraventa y no de filiación-.

<sup>53</sup> Destaco, en este punto, los siguientes fallos de la Sala Primera del Tribunal Supremo –Civil-: Según la STS de 26 de enero de 1993 (RJ 1993/364) dado que los hechos que se consideran demostrados (haber sido vista la actora en su domicilio por el señor V. C., la notoriedad y carácter no oculto de las relaciones íntimas entre ellos, el reconocimiento verbal, en alguna ocasión, por parte del demandado del vínculo paterno filial, etc.) conducen lógica y

Veamos la doctrina jurisprudencial a la que se ha acudido ante la indicada laguna. Por lo que se refiere a la jurisprudencia de la Sala Primera-Civil- del Tribunal Supremo al respecto, son ya innumerables las sentencias que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado, para que se practique la prueba, la eficacia o el valor probatorio de una confesión judicial "*ficta confessio*" o admisión implícita de la paternidad, sí la consideran, desde luego, un indicio especialmente valioso y significativo que en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Es más, si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado como se aprecia en la STS de 17 de julio de 2002 (RJ 2002/6247 [Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Gil de la Cuesta])<sup>54</sup>. Por esta razón, la posición obstruccionista injustificada de cualquiera de los litigantes, si no es equiparable a una "*ficta confessio*", constituye un indicio cualificado que, en unión de otros medios probatorios, debe conducir a declarar la exigencia de la paternidad cuestionada, máxime si se tienen en cuenta intereses constitucionales en juego<sup>55</sup>.

Intereses constitucionales en juego tan importantes que se pergeñan en los distintos fallos jurisprudenciales reiteradamente y es que las partes tienen la obligación de facilitar la prueba que ha sido acordada por el órgano jurisdiccional. De no hacerlo se vulneran preceptos constitucionales. Así, la STS de 20 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8461 [Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz]) que cita los siguientes preceptos constituciona-

---

razonablemente a las conclusiones que por vía presuntiva llega la Sentencia impugnada. De tal manera que se declaró la paternidad del demandado. En la STS de 8 de mayo de 1995 (RJ 1995/3939) se establece que los indicios constitutivos del hecho-base de los que el Juez de Primera Instancia obtuvo el dato de las relaciones sexuales entre la pareja, vienen representados por cartas cursadas durante los meses de septiembre y octubre de 1982, período de tiempo que coincide con la época en que ha de situarse la concepción de Lucía de B. Y la STS de 4 de julio de 1996 (RJ 1996/5559) declara que las relaciones amistosas y sexuales continuadas durante unos meses, con unidad sentimental, posibilitan la concepción y llevan, con la más estricta lógica, según las reglas del criterio humano, a la declaración de paternidad, máxime si a ello se une la negativa injustificada a las pruebas biológicas. La auténtica prueba de presunciones, declara el Alto Tribunal, permite que del hecho o hechos base puedan obtenerse varios hechos consecuencia, correspondiendo al juzgador, en cada caso, determinar cuál es el más adecuado al supuesto histórico que se examina.

<sup>54</sup> Cfr.: SSTS de 17 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7896), de 20 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8461), SAP-CÓRDOBA de 19 de marzo de 2003 (AC 2003/359).

<sup>55</sup> Vid., en este sentido, la STS de 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6499).

les: art. 24.1, ya que deja en indefensión a la parte contraria; 14, por provocar una discriminación por razón de filiación, al no poder serle declarada; 39, quebrantando la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación y 118 por negarse a la colaboración, en la práctica de la prueba, requerida por el órgano judicial<sup>56</sup>.

Asimismo insiste el Tribunal Constitucional con similar fundamento que las partes tienen obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, en otro caso se coloca al otro litigante en una situación de indefensión contraria la art. 24.1 CE. En este sentido se ha pronunciado la STC de 31 de mayo de 1999 (RTC 1999/95 [Ponente: D. Tomás S. Vives Antón]).

Como consecuencia de esta doctrina jurisprudencial el art. 767 LEC recoge el régimen jurídico que establecían los arts. 127 y 135 CC –derogados– y además, el precepto –art. 767 LEC– se completa ahora con la previsión expresa del criterio dimanante mantenido por la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se acaba de analizar: a propósito de que la sola resistencia a colaborar en la determinación de la filiación mediante el sometimiento a las pruebas biológicas no conduce inexorablemente al acogimiento de la pretensión deducida, como si de una “*ficta confessio*” se tratase, a menos que existan indicios suficientemente reveladores, de suyo, de la filiación controvertida<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Cfr.: STS de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9326) y STC 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999/95). Además, como señala la STS de 17 de julio de 2002 (RJ 2002/6247) bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 CE. En este sentido, el Fundamento Jurídico 6.º de la STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7) y las resoluciones en ella citadas. Con la misma doctrina: SAP-CÓRDOBA de 19s de mayo de 2003 (AC 2003/359).

<sup>57</sup> Por faltar otros indicios reveladores de la paternidad, no han procedido acciones de reclamación cuando si bien existía una conducta obstruccionista del demandado los indicios

Dispone, en efecto, el art. 767.4 LEC: “La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios”. Como señala VALLS GOMBAU los problemas alegados por los Tribunales y no solucionados por el Derecho positivo han quedado resueltos con la regulación legal del art. 767.4 LEC<sup>58</sup>.

Como derivación de lo señalado por los Tribunales (Supremo y Constitucional) estimo que dada la trascendencia constitucional de la negativa injustificada –como se ha visto- afectando a preceptos tan importantes como los arts. 14, 24, 39, 118, fundamentalmente, resultaría más favorable para facilitar la investigación de la paternidad-maternidad la suficiencia de la negativa injustificada a la práctica de las pruebas biológicas, unido a la exigencia del “principio de prueba”, siempre necesario, a mi juicio, para preservar la seriedad de este tipo de procesos –aunque este requisito parece no exigible en Cataluña. Cfr. por todas: STSJ-CATALUÑA de 31 de enero de 2000 (RJ 2001/8159)-. De tal manera que se exigiría el requisito del párrafo 1.º del art. 767 LEC –“principio de prueba” –cohonestado con el párrafo 4.º *ab initio* –hasta “... filiación reclamada”- del mismo art. 767 LEC, prescindiendo de la necesidad de “otros indicios” ya que, previamente disponemos de un “principio de prueba”. Otra posibilidad es no exigir tal “principio de prueba” y tomar en consideración la negativa injustificada a la práctica de las pruebas biológicas y declarar la paternidad o maternidad si existen esos “otros indicios”. En todo caso, y dado que la Ley establece estas exigencias

---

aportados no fueron suficientes y esclarecedores, por lo tanto no permiten inferir la filiación pretendida, por ejemplo porque lo único que quedó acreditado es la pertenencia al mismo círculo de amistades. Cfr. SSAP-ASTURIAS de 21 de enero de 2004 y 22 de enero de 2004 (JUR 2004/80411y AC 2004/15), SAP-SEVILLA de 29 de enero de 2004 (JUR 2004/70887) –entre otras varias-.

<sup>58</sup> VALLS GOMBAU, J. F., comentando el art. 767 LEC en: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Barcelona, iurgium, 2000, p. 3511. Cfr., también: PAZ RUBIO, J. M. y AA. VV., al comentar el art. 767 LEC en: *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con Jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2000, p. 1207.

Como señala la SAP-ASTURIAS de 22 de enero de 2004 (AC 2004/15) el art. 767.4 LEC recoge la Jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre las consecuencias de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad. Se pueden citar, por todas: STS de 11 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6068) y SSTC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7) y 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999/95).

lo que sí procede es una interpretación flexible de estos requisitos: el “principio de prueba” y los “otros indicios” para favorecer, precisamente, el principio constitucional de la libre investigación de la paternidad y maternidad –art. 39.2 CE-<sup>59</sup>.

## **2. Guerra en los tribunales: las polémicas STS de 30 de abril de 1992 y STC 7/1994, de 17 de enero**

Como se ha señalado en el apartado precedente, el párrafo 4.º del art. 767 LEC viene a resolver los problemas planteados al interpretar por los Tribunales las consecuencias de la negativa injustificada al sometimiento a las pruebas biológicas.

A partir de la doctrina sentada por la STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7 [Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer]) parece iniciarse un giro en las anteriores interpretaciones. De tal manera que aunque el Tribunal Constitucional no admitió la práctica coactiva de la prueba hematológica, se muestra más riguroso, a la hora de valorar una negativa infundada. Así, declaró que en estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. Considera este Tribunal que no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial, que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin ninguna prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación –FJ 6.º-<sup>60</sup>. Asimismo consideró que los límites que los arts. 15 (integridad física) y 18 (intimidad) de la Constitución pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a

<sup>59</sup> Esta tendencia que propugno de descartar interpretaciones rigurosas, en concreto, en esta materia para favorecer el citado principio constitucional de búsqueda de la verdad real sobre la presunta se observa, por ejemplo en la STS de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6227) que descarta una interpretación rigurosa y literal y la sustituye por otra más flexible del art. 136 CC.

<sup>60</sup> Además, en el mismo FJ 6.º, señaló que al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24 CE, colocándola en una situación de indefensión.

la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado -FJ 5.º-.

Esta STC 7/1994 anula la STS de 30 de abril de 1992 (RJ 1992/4473 [Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipel]) que había revocado en casación una decisión de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de febrero de 1990<sup>61</sup>. El Tribunal Supremo consideró que ante la falta de pruebas biológicas “queda la demanda sin un soporte de prueba, para señalar con la exigible seguridad y certeza la paternidad del demandado” -FD Tercero-. Recurrída en amparo el Tribunal Constitucional estimó dicho recurso y, en consecuencia, anuló la Sentencia del Tribunal Supremo con la consiguiente firmeza de la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Con la Sentencia del Tribunal Constitucional el Tribunal Supremo sintió que aquél había invadido sus competencias y, en su malestar, redactó un escrito apelando al Rey, “como máximo moderador del Estado”, escrito que, con buen criterio, como señala SERRA CRISTÓBAL<sup>62</sup>, no fue finalmente enviado. TOMÁS Y VALIENTE reconoce fricciones desde la creación del Tribunal Constitucional y señaló que “para empezar a reducirlas, hay que reconocer su existencia”<sup>63</sup>.

El criterio de la STC 7/1994 fue reiterado por la STC 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999/95 [Ponente: D. Tomás Vives Antón])<sup>64</sup> y legalmente recogido en el art. 767.4 LEC -como se ha observado en el apartado anterior-. Es obligado, por tanto, seguir un *iter* procesal para que la negativa produzca como resultado la declaración de paternidad. En este sentido se deducen del Fundamento Jurídico 3.º de la STC 7/1994 una serie de requisitos, con la premisa fundamental de que “lo decisivo es el sometimiento a

<sup>61</sup> Que consideró la negativa de un supuesto padre a someterse a las pruebas de paternidad como indicio y prueba suficiente de que tal persona era el progenitor.

<sup>62</sup> Cfr. la interesante obra, relacionada con estas cuestiones, de SIERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes. Revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del Recurso de Amparo*, Madrid, Tecnos, 1999.

Destaco la repercusión en prensa y, por tanto, social, del citado hecho -escrito al Rey-. *Vid.*, entre otros muchos, los artículos de prensa siguientes: RUBIO LLORENTE, F.: “Supremo no hay más que uno, pero no es verdadero”, *El País*, 9 de febrero de 1994; TOMÁS Y VALIENTE, F.: “Juzgar, arbitrar, legislar”, *El País*, 11 de febrero de 1994; Editorial de *El País* de 5 de febrero de 1994: “Ni en la forma ni en el fondo”.

<sup>63</sup> *Vid.*: TOMÁS Y VALIENTE, F., “Poder Judicial y Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, n.º 11 (número especial), 1989, p. 28.

la resolución judicial que acuerda la realización de la prueba biológica". Además, la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no debe vulnerar los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando reúne los requisitos delineados por nuestra Jurisprudencia al interpretar los arts. 18.1 y 15 CE:

- A) La intervención de un profesional de la medicina, de ese modo no puede considerarse ni degradante ni contraria a la dignidad de la persona la verificación de un examen hematológico.
- B) Debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia –cfr. arts. 127 CC [hoy 767 LEC] y 39.3 CE-. La finalidad es la defensa del interés del hijo.
- C) Las pruebas biológicas tan solo se justifican cuando sean indispensables, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad puede obtenerse a través de otros medios probatorios, menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos.
- D) En ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud.
- E) Por último, la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y en la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> En relación con esta Sentencia del Tribunal Constitucional *vid.*: ETXEBERRÍA GURUDI, J. F., "La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de la filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?", *Actualidad Civil*, n.º 13, 2000, pp. 647-502.

<sup>65</sup> Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial. Cfr.: STC 37/1989, de 15 de febrero –FJ 7.º.3 y 8.º párrs. 3 a 5-.

### III. El derecho a conocer el propio origen biológico

#### 1. El asunto Odièvre (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)

El *affaire* se desarrolla en el ámbito del Derecho francés. Y adviértase que la norma "*mater semper certa est*" nunca fue aceptada por el Derecho francés<sup>66</sup>.

En Francia la Ley n.º 2002/1993, de 22 de enero, relativa al "acceso a los orígenes de las personas adoptadas y pupilas del Estado" marca el final de un proceso, no vuelve a cuestionar el principio del parto anónimo y permite conocer el propio origen; pero con la condición de que exista consentimiento expreso de la madre y del hijo, es a lo que se denomina "reversibilidad del secreto de la identidad".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo [TEDH] desestimó una demanda en la que se solicitaba, precisamente, conocer el propio origen biológico. Se trata de la STEDH (Gran Sala), de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003/6) que resuelve sobre el "asunto Odièvre contra Francia". Asunto que tiene su origen en una demanda dirigida contra la República francesa, que una ciudadana francesa, la señora Pascale Odièvre presentó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. La STEDH ha puesto fin, en el plano judicial, al proceso que había iniciado dicha ciudadana ante los tribunales de su país<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> El apartado 15 de la STEDH de Estrasburgo (Gran Sala) de 13 de febrero de 2003, a la que me refiero en este apartado, recuerda que existe en Francia una tradición antigua de abandono organizado de neonatos. La práctica se remonta a la época de San Vicente de Paul que introdujo el uso del torno, especie de torniquete situado en el muro de un hospicio. La madre depositaba allí al niño y tocaba después una campana. A esta señal del otro lado del muro, alguien hacía girar el torno y recogía al lactante. Al crear la obra de los Niños hallados en 1638, San Vicente de Paul, tenía por objetivo luchar contra los infanticidios, los abortos o las exhibiciones.

<sup>67</sup> En enero de 1998 solicitó Pascale ante el "Tribunal de Grande Instance" de París que se levantara el secreto de su nacimiento. En febrero de 1998 el tribunal civil le remitió al tribunal administrativo para exigir, si podía, a la Administración el levantamiento del secreto que, en principio, parecía contrario a la Ley n.º 93-22, de 8 de enero de 1993 "modificadora del Código Civil relativa al estado civil, a la familia y a los derechos del niño e instituyendo un Juez para los asuntos de familia" que consagró el "parto anónimo". La Administración le denegó de nuevo los datos solicitados, basándose en la legalidad que protegía el secreto del nacimiento, lo que llevó a Pascale a recurrir ante el TEDH.

La demandante había sido confiada tras su nacimiento (en 1965) a los servicios de asistencia social y fue matriculada entre los pupilos del estado y, posteriormente, adoptada por los Señores Odièvre, cuyo apellido lleva actualmente. Su madre biológica había solicitado el secreto de este nacimiento.

La demandante Pascale Odièvre se queja de no poder obtener la entrega de datos identificativos de su familia natural y de la consiguiente imposibilidad de conocer su historia personal. Alega la violación del art. 8 del Convenio que dispone que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida personal y familiar [...]", también alega el art. 14 del Convenio sobre el goce de todos los derechos y libertades reconocidos sin discriminación por razón, entre otras, de su nacimiento<sup>68</sup>.

El Tribunal, en Sentencia (con voto mayoritario) reconoce que el art. 8 del Convenio con la expresión "toda persona" se aplica al niño como la madre. Además está la protección de terceras personas, esencialmente los padres adoptivos y el padre o el resto de la familia biológica –apartado 44-. Se refiere el Tribunal a que lo esencial es lograr un equilibrio y una proporcionalidad de los intereses en juego.

Por todo esto el Tribunal estimó (por diez votos contra siete) que no ha habido violación del art. 8 del Convenio, ni del art. 14 en combinación con el art. 8. En opinión común de los siete disidentes, no ha habido una correcta ponderación de los intereses en juego, a saber, por un lado, el derecho del niño a tener acceso a sus orígenes y, por otro lado, el derecho de la madre a conservar en secreto su identidad –apartado 4 de los argumentos de los disidentes-. Critican que la negativa de la madre se impone al niño –en este supuesto a Pascale- que no dispone de ningún medio jurídico para combatir la voluntad unilateral de ésta. La madre dispone así de un derecho puramente discrecional de traer al mundo a un niño a sufrir y condenarle, de por vida, a la ignorancia. Además, la madre puede, de igual forma paralizar los derechos de terceras personas, concretamente del padre biológico o de los hermanos o hermanas –apartado 7 en el argumento de los disidentes-<sup>69</sup>. En el terreno del interés general, el Tribunal invoca, en concreto, la necesidad de evitar los

---

<sup>68</sup> Cfr. Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 1979.

<sup>69</sup> Cfr. art. 1256 CC. Este derecho discrecional de la madre sería tan sancionable como dejar la validez y cumplimiento de un contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

abortos clandestinos –apartado 45- sin embargo, los disidentes consideran que no se encuentra en el estado actual de cosas apoyado ese argumento por datos serios –apartado 9 de los argumentos disidentes-. Reconocen que la Ley de 22 de enero de 2002, francesa, relativa al acceso a los orígenes de las personas adoptadas y pupilos del Estado permite solicitar la reversibilidad del secreto de la identidad; pero como dato, en su opinión, esencial: todo queda a reserva del consentimiento de la madre –apartado 49-. Por una lado, afirman, la madre es solamente invitada y no tiene la obligación de facilitar datos identificativos –art. 2, Ley 2002-; por otro lado, puede siempre oponerse a que su identidad sea desvelada, incluso después de su muerte –art. 1, Ley 2002-<sup>70</sup>.

Como es obvio la doctrina de la STEDH de 13 de febrero de 2003 en el asunto Odièvre no afecta directamente al Derecho español. Como se verá en el siguiente apartado.

## **2. El status quo en el Derecho español**

El Derecho español se integra en el grupo de ordenamientos que protegen suficientemente el derecho a conocer el propio origen biológico.

Sobre todo, desde la STS de 21 de septiembre de 1999 –que se analizará- se puede considerar: que rige en nuestro sistema jurídico el principio “*mater semper certa est*” y que se reconoce indirectamente el derecho a conocer el propio origen, aun no explicitado en la Constitución, el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil. Creo que ha sido una oportunidad desperdiciada que con ocasión de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 no se hubiese incluido en el art. 767.2 –que se refiere a la posibilidad de investigar la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas- un pequeño, pero relevante, inciso: “*Se posibilitará, además, el derecho a conocer el propio origen biológico*”. Y, ya que se habla en los tiempos que vivimos de una modificación de la Constitución, tal vez resultaría de interés que se anexionase al tan citado

---

<sup>70</sup> Vid., el importante trabajo de RIVERO HERNÁNDEZ, F., “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003”, *Actualidad Civil*, n.º 24, 2003, pp. 593-632. Vid. también, el comentario de RODRÍGUEZ VEGA, L., “Los límites a conocer la propia identidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13-2-2003, caso Odièvre contra Francia”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*. Parte Estudio, n.º 4/2003.

art. 39.2 *in fine* –que dispone que “La Ley posibilitará la investigación de la paternidad”- “*y el derecho a conocer el propio origen biológico*”. El Derecho catalán, como se verá, sí se ha preocupado por la búsqueda de la verdad real –cfr., por ejemplo, art. 106.1 Ley 9/1998-. También la Jurisprudencia ha sido sensible a esta preocupación de defensa de búsqueda de la verdad biológica y el derecho a conocer el propio origen, se comprueba por los numerosos fallos en este sentido –se verá, en particular, en el apartado siguiente-, también el derecho a conocer el propio origen biológico ha sido favorecido por la legislación de Registro Civil. Veamos. La STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944 [Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete]) representa un “giro copernicano” en la determinación de la maternidad y el derecho del hijo a conocer su origen, al declarar contrarios a la Constitución determinados artículos de la Ley y del Reglamento de Registro Civil que consideró derogados.

El supuesto de hecho es el siguiente: la demandante, embarazada de ocho meses, alegando no poder hacerse cargo de su futuro hijo, ponderando las circunstancias concurrentes –familiares, sociales, emocionales y económicas-, hace renuncia anticipada del mismo, una vez que nazca, a favor de la Consejería de Andalucía. En base a tal renuncia se consignaba su voluntad de mantener oculta su identidad –FD Segundo-.

Dicha señora presentó luego demanda de reclamación de maternidad.

Destaco los pronunciamientos de esta Sentencia, que declaró radicalmente nulo el asentimiento que había prestado la madre, por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del art. 177.2 CC que dispone, en relación con el asentimiento para la adopción: “El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto” –FD Cuarto-.

Estimó el Tribunal que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al no haberse llevado a cabo la prueba biológica solicitada “imprescindible para los intereses esenciales de las partes más débiles del proceso, esto es, la actora y la misma niña, ya que no existía otro medio para llegar al conocimiento de la verdad, ante la actitud patentemente obstructiva de la Administración autonómica”. Se remite el Tribunal Supremo a la Jurisprudencia constitucional (STC 7/1994, de 17 de enero) y al principio del interés del menor –FD Cuarto-.

Para justificar esta actuación, la Administración buscó apoyatura básica en el art. 167 del Reglamento de Registro Civil. Al hilo de esta cuestión, considero especialmente relevante el Fundamento de Derecho Quinto al estimar que el sistema diseñado por los arts. 167, 182 y concordantes del Reglamento de Registro Civil –se permitía a la madre ocultar su maternidad– pugna con el principio de libre investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), y con el de igualdad (art. 14), además de erosionar gravemente el art. 10 CE, al afectar a la misma dignidad de la madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo art. 24.1 CE en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión: “la coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales”.

La Sala, por tanto, estima, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el art. 47.1 de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 (y sus concordantes) están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, “en el particular, que permite interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre, la circunstancia registral de la maternidad”. En consecuencia consideró inaplicables por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los arts. 167 y 182 del Reglamento de Registro Civil<sup>71</sup>.

De la doctrina de esta STS de 21 de septiembre de 1999 (Sala Primera) deriva la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de noviembre de 1999, sobre cuestionario para la declaración de nacimiento<sup>72</sup>. Orden que, como novedad, suprime la referencia marginal al párrafo segundo del art. 167 RRC acatando la doctrina del Tribunal Supremo que declaró la inconstitucionalidad del precepto reglamentario que permitía a la madre por su sola voluntad ocultar la maternidad<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> A RIVERO HERNÁNDEZ no le satisface la declaración que hace el Tribunal Supremo de derogación de aquellos preceptos “por inconstitucionalidad sobrevenida”. Estoy plenamente de acuerdo con su afirmación: “La norma preconstitucional que se oponga a la Constitución queda derogada por ésta, sin más, por esa oposición y porque lo dice clara y directamente la Disposición Derogatoria de la Constitución (n.º 3)”. Vid.: RIVERO HERNÁNDEZ, F., “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)”, *Actualidad Civil*, n.º 24, 2003, p. 626. Aclara el autor que este concepto de “inconstitucionalidad sobrevenida” fue elaborado por el Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe para otros casos y situaciones. Cfr., un artículo con similar título ante el que nos encontramos; pero con un importante interrogante de QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C., “El Derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *Anuario de Derecho Civil*, 1994, pp. 237 y ss.

<sup>72</sup> BOE n.º 280, de 23 de noviembre de 1999.

<sup>73</sup> Otra innovación consiste en la introducción de dos recuadros en blanco destinados a recoger las huellas dactilares de la madre con la misma finalidad de reforzar la identidad biológica del nacido.

En esta línea, la Instrucción de la DGRN de 15 de febrero de 1999 (RCL 1999/556) sobre “Constancia registral de la adopción”, que en su regla cuarta deja abierto el acceso al asiento originario sobre filiación por naturaleza, pese a estar ya cancelado, si bien limitado a los adoptantes, al adoptado mayor de edad y a los terceros que obtengan la autorización especial a que se refiere el último párrafo del art. 21 del Reglamento del Registro Civil –autorización que “... se concederá por el Juez Encargado y sólo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla...”-.

Nótese, por otro lado, que es delito el “ocultar o entregar a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación”, art. 220.2 del Código Penal. De tal manera que, en cierto modo, el Código Penal contribuye a defender el principio de la verdad biológica<sup>74</sup>.

El Derecho catalán, con muy buen criterio, se ha adelantado al Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha seguido los principios constitucionales y, en buena medida, la jurisprudencia. En este sentido, el art. 129.1 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia –Cataluña-, dispone: “La persona adoptada, a partir de la mayoría o emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes ha sido su padre y su madre biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva”. Como se puede apreciar, el legislador catalán se anticipa a otra legislación para dar solución al problema que se viene planteando, con pleno respeto, además, por la filiación adoptiva. Debería servir este precepto de *lege ferenda* para futuras legislaciones que afronten estos problemas<sup>75</sup>.

La Jurisprudencia ha permanecido atenta a esta problemática. Se ha observado, sobre todo, en la nuclear STS de 21 de septiembre de 1999, a la que se ha hecho referencia. Y se repite esta tendencia en otras resoluciones. Así, la STS de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989/2054 [Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotons]) al reconocer que la admisión en nuestro Ordenamiento Jurídico del principio de investigación de la paternidad –art. 39.2 CE y 127

<sup>74</sup> Cfr.: PRATS CANUT, J. M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Dirección: QUINTERO OLIVARES, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 1041 y ss.

<sup>75</sup> No es esta la única ocasión en la que el legislador catalán ha acertado. En efecto, el art. 106.1 de la Ley 9/1998, Catalana, del Código de Familia que sigue la doctrina jurisprudencial reciente y mejora, a mi modo de entender, el art. 136 CC; pero esta cuestión se estudia en el apartado siguiente de este trabajo.

CC [hoy, art. 767 LEC]-, ha supuesto un giro copernicano al destacar, como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica<sup>76</sup>.

Son numerosas las Sentencias en las que se resuelven casos de personas acogidas o adoptadas que solicitan datos de su filiación de origen. En efecto, la STSJ-PAÍS VASCO de 14 de julio de 2000 (RJCA 2000/2669 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Murgoitio Estefanía]) llega a la conclusión de que si ciertamente la Jurisprudencia constitucional y ordinaria destacan que la filiación y la identificación del origen del adoptado forma parte del ámbito de lo íntimo, el sujeto activo de dicha reserva es el propio hijo o adoptado y tal ámbito no le excluiría paradójicamente de él, sino a los demás<sup>77</sup>.

### **3. La patente tendencia a que prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial: la exclusión de una interpretación rigorista de las normas en atención a la búsqueda de la verdad biológica**

La cuestión medular de los recursos que analizaré consiste en determinar el "*dies a quo*" para el cómputo del plazo regulado en el art. 136 CC -acción de impugnación de la paternidad-, cuyo tenor literal no suscita duda: desde que el padre conoce el nacimiento del hijo, siempre que, naturalmente, se haya inscrito en el Registro Civil. Y es que, en determinados casos, se averigua una vez transcurrido el plazo legal del art. 136 CC que

---

<sup>76</sup> Sigue esta doctrina la STS de 26 de enero de 1993 (RJ 1993/364) que añade, además, que el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación afecta a su dignidad y al desarrollo de la personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en el art. 10.1 CE. Con igual criterio se pronuncia la SAP-BARCELONA de 28 de marzo de 2002 (JUR 2002/15806).

<sup>77</sup> El Tribunal estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado de Dña. Catalina frente a la Orden Foral del Departamento de Gizartekintza-Acción Social de la Diputación Foral de Bizkaia, denegatorio de acceso a datos y documentos referentes al origen e identidad de sus padres naturales, y declaran disconforme a derecho y anulan dicho acto, reconociendo a la interesada el derecho a acceder a los datos y documentos obrantes en los archivos de dicho Departamento en lo referente a las circunstancias en que se produjo su ingreso en establecimiento de expositos y a la posible identidad de sus padres. Con esta misma doctrina, la STSJ-PAÍS VASCO de 2 de febrero de 2001 (JUR 2001/297843) estima que el derecho a la intimidad del padre por naturaleza no puede ser opuesto para impedir al hijo el conocimiento de la relación de filiación. *Vid.*, también, en este sentido: STSJ-PAÍS VASCO de 29 de marzo de 2001 (JUR 2001/218074). Además, de no admitir el derecho a conocer el origen "se vulnerarían preceptos constitucionales como el art. 14, por provocar una discriminación por razón de filiación al no poder serle declarada": STS de 20 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8461).

no se es padre del que se consideró como hijo; pero ya ha transcurrido dicho plazo, lo que se interpreta flexiblemente, como se verá<sup>78</sup>.

Destaco la reciente STS de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6227 [Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodill]) que ya es jurisprudencia por la dosis de estabilidad y reiteración de los criterios y doctrinas [se observa en la nota a pie de página que no son únicas las afirmaciones contenidas en esta Sentencia]. En el caso de autos el hijo –Romeo– nacido de la unión matrimonial que mantuvieron los litigantes –resuelto por sentencia de divorcio, fue inscrito en el Registro Civil el 4 de marzo de 1985 y la demanda se presentó el 6 de julio de 1998, transcurrido en exceso el plazo legal –del art. 136 CC que señala que el padre puede impugnar la paternidad atribuida desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil–; pero ello, según el Alto Tribunal, no impide la interpretación del precepto atendiendo a las circunstancias concurrentes integradas en los hechos probados, firmes en casación, y acreditan que el padre demandante, ante las dificultades de tener descendencia de su segundo matrimonio, acudió al médico especialista que emitió dictamen el 20 de noviembre de 1997 y ratificó en prueba testifical, en el que diagnosticó que padecía azoospermia y una atrofia testicular bilateral que le imposibilitaba para tener descendencia. A su vez, las pruebas de investigación de la paternidad realizadas en el Instituto Nacional de Toxicología son contundentes, pues su resultado es el siguiente: “Permiten excluir la paternidad biológica de D. Augusto con respecto a Romeo”<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Dispone el art. 136 CC: “El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento”.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ propone una redacción alternativa a dicha norma –art. 136 CC– y es la siguiente: “El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año, contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil o del descubrimiento de la no paternidad basado en pruebas científicas indubitadas. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento”. Vid.: HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “La impugnación de la paternidad matrimonial por el marido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad Civil*, n.º 8, 2004, p. 864.

<sup>79</sup> La Jurisprudencia de esta Sala (Civil) en: STS de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003/24) con apoyo en las de 30 de enero de 1993 (RJ 1993/353) y de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/4758), declara que la aplicación rigurosa y literal del art. 136 CC, en los casos en que la paternidad resulta absolutamente descartada, ofrece serios problemas de contradicción con los principios que informan la Ley de 13 de mayo de 1981, al resultar patentizada su tendencia a que prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial conforme proclama dicha Ley y deja constancia el art. 127 CC [hoy, art. 767 LEC], al admitir toda clase de pruebas en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones

Estima el Tribunal Supremo que el formalismo del art. 136 CC no puede llevarse a extremos tales que conllevarían a instaurar situaciones de indefensión en el padre atribuido por la Ley que llega a conocer que no es el progenitor del menor, como aquí ocurre, al estar el actor afectado de impotencia y no podía en modo alguno impugnar la asignación registral, llegándose así a situaciones fraudulentas que no autoriza el art. 6.4 CC.

El descubrimiento tardío de la no paternidad –que implica, lógicamente, el retraso en el ejercicio de la acción de impugnación, art. 136 CC- puede deberse a distintas causas. En el caso de autos –recordemos- ha sido el descubrimiento del padre de su impotencia<sup>80</sup>.

Esta tendencia a que prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del matrimonio se opone a la locución latina, que hace derivar la paternidad del hecho del matrimonio, a saber: “*pater est quem nuptiae demonstrant*” –“es padre quien resulta tal por el matrimonio”- (D. 2, 4, 5). Locución que debe reprobarse en aras a la defensa de la verdad real o biológica<sup>81</sup>.

¿Puede sostenerse jurídicamente esta preferencia de la verdad biológica, incluso superando los plazos legales de las acciones de filiación al establecer un limitado “*dies a quo*” –cfr. art. 136 CC-? En principio no es

---

presuntas, pues la reforma de 13 de mayo de 1981 integró como presupuesto importante asentar la filiación sobre la verdad biológica, lo que no se puede desatender tanto en su aspecto positivo como negativo.

De todo esto se concluye que ya tenemos jurisprudencia reiterada en la afirmación de la verdad real sobre la presunta resultante del matrimonio. Aunque fallos aislados hacen prevalecer el rigor del art. 136 CC sobre el principio de búsqueda de la verdad real o biológica. Por todas, *vid.*: STS de 31 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9776).

<sup>80</sup> En otros supuesto, las causas de ejercicio tardío de la acción han sido: la prueba biológica excluyente de la condición paterna: STS de 30 de enero de 1993 (RJ 1993/353); la prueba pericial practicada en el proceso donde se dictaminó la exclusión de la paternidad biológica del actor respecto de sus dos hijos: STS de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2002/24); la propia manifestación de la parte demandada ante el Encargado del Registro Civil y sin necesidad de la investigación de la paternidad, sentada en la instancia que el actor no es padre biológico de la presunta hija: STS de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/4758); o el caso del actor que hasta que no ha tenido confirmación de un laboratorio sobre su no paternidad biológica, no ejercitó la acción: SAP-MURCIA de 18 de febrero de 2003 (JUR 2003/196517), por citar algunos de los fallos más relevantes.

<sup>81</sup> Por otra parte, si encontramos defensa de estos postulados que se defienden en otra locución, también del Digesto: “*Iura sanguinis nullo iure civile dirimi possunt*” –“los derechos de sangre no se pueden invalidar por ningún derecho civil”- (D. 50, 17, 8). Además, el Tribunal Supremo ha señalado que “La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales”: STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944).

aceptable que una norma legal como la del art. 136 CC sea burlada por un principio como el de la búsqueda de la verdad real. Considero más correcto acudir a una cuestión de inconstitucionalidad –como de hecho ha sucedido en alguna ocasión que veremos-. Son más las razones que me abocan a decantarme por la solución que adoptó la STS de 15 de septiembre de 2003 –analizada, y las reseñadas a pie de página-.

Existen varios argumentos que pueden utilizarse para defender este carácter preferente de la verdad real frente a la rigidez del art. 136 CC:

A) La Ley de 13 de mayo de 1981 defiende la verdad real sobre la presunta resultante del matrimonio, patentizada en el art. 127 CC [hoy, art. 767 LEC], que recoge el principio de la libre investigación de la paternidad, en el sentido del art. 39.2 CE. Entonces debe hacerse una interpretación finalista o teleológica –que permite el art. 3.1 CC-: “Las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”<sup>82</sup>.

B) El art. 10 CE protege la dignidad de la persona humana y en el caso de atribuir la paternidad a quien no es padre, mal se defiende este derecho de la persona.

C) Para la persona que no pueda defenderse ante una asignación de paternidad por haber transcurrido el plazo legal supone una situación proscrita por el art. 24 CE<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Hace referencia a esta interpretación finalista la STS de 30 de enero de 1993 (RJ 1993/353) al declarar que “... imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas –art. 3.1 y 2 CC- impiden desconocer, desde aquel art. 39.2 CE, ignorado si es que se concluyese en la prevalencia de las presunción “*pater is est*”, pese a que no se corresponde con la realidad”. Con este criterio, *vid.*, también, SSTS de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/4758) y 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003/24).

<sup>83</sup> En este sentido, si seguimos el criterio de aplicar con rigor el art. 136 CC, como señala la STS de 30 de enero de 1993 (RJ 1993/353): “... conllevaría ante el desconocimiento del marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el art. 24 de la propia Constitución”. En este sentido: Auto TC de 9 de marzo de 1999 (RTC 1999/57); y SSTS de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/4758) y 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003/24) y SAP-MURCIA de 18 de febrero de 2003 (JUR 2003/196517) que aclara que al aplicar rigurosamente el art. 136 CC teniendo como *dies a quo* el de la inscripción en el Registro Civil supone una inaplicación del art. 24 CE al interpretar el citado art. 136 CC “de una forma contraria a la tutela judicial efectiva, pues impide al actor ejercitar su derecho a que no se le imponga una paternidad que no es real y se le ocasiona indefensión al no permitirle hacer valer la verdad”.

D) Además, el art. 39 CE asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud de la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor<sup>84</sup>.

E) Asimismo ampararse en el art. 136 CC para burlar el principio de búsqueda de la verdad biológica es un claro ejemplo de fraude de ley sancionado por el art. 6.4 CC, que considera ejecutados en fraude de ley los actos realizados al amparo del texto de una norma persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él<sup>85</sup>.

Una solución plausible, digna de todo encomio, es la de plantear una cuestión de inconstitucionalidad como ha ocurrido con el AUTO TC de 9 de marzo de 1999 (RTC 1999/57)<sup>86</sup>. Se plantea por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, en relación con el art. 12.1 de la Ley de Cataluña 7/1991, de Filiaciones. Art. 12.1 que precisaba que "la acción de impugnación de la paternidad matrimonial podrá ser ejercitada por el marido en el plazo de un año a contar desde la fecha en que conozca el nacimiento del hijo..." -precepto sustancialmente idéntico al art. 136 CC-. La cuestión trae su causa de la demanda promovida por el padre registral de dos menores contra su

---

<sup>84</sup> En este sentido, *vid.*: SSTS de 30 de enero de 1993 (RJ 1993/353) y 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003/24).

<sup>85</sup> Como señala MIGUEL GONZÁLEZ: "El fraude puede ocurrir sin ley imperativa concreta, por pura contradicción con los principios generales del Derecho o con una interpretación sistemática de un conjunto normativo" (la cursiva es mía), que es lo que ocurre en estos supuestos, la contradicción es con el principio aceptado constitucionalmente, art. 39.2 CE, por el Código Civil antes, art. 127 y hoy por la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 767, que es la preferencia de la verdad real o biológica sobre la presunta resultante del matrimonio, lo que se aprecia al permitirse ampliamente la libre investigación de la paternidad. *Vid.*: MIGUEL GONZÁLEZ, M., comentario al art. 6 CC, en: *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 37.

Estima la STS de 30 de enero de 1993 (RJ 1993/353) que la tan deseada pacificación en modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una actuación fraudulenta y como tal contraria a Derecho. Ratifica esta doctrina la STS de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003/24).

<sup>86</sup> Recuérdese que el art. 163 CE dispone: "Cuando un órgano judicial considere en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".

En el caso del Auto analizado, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona y se considera la posible vulneración de los arts. 14, 39.2 y 24.1 de la CE.

ex esposa y éstos, en la que, entre otras, ejercita la acción de impugnación de la filiación matrimonial respecto de los dos hijos menores nacidos durante el matrimonio y de cuyo nacimiento tuvo conocimiento desde el momento de producirse, la acción se ejercita ya pasado más del año que dispone el art. 12.1. El actor fundamenta su pretensión, en síntesis, en la circunstancia de que, ya disuelto el matrimonio le fue diagnosticado por el Instituto de Urología, Nefrología y Andrología del Hospital de Santa Cruz y San Pablo una "agnesia bilateral congénita de conductos deferentes, no siendo posible la fertilidad de forma espontánea". Además, finalizado el período probatorio en el que se practicó prueba biológica de paternidad por el Instituto Nacional de Toxicología, su informe concluye que los resultados obtenidos excluyen su paternidad respecto a ambos menores.

Pero la cuestión de inconstitucionalidad pierde, en el caso analizado, sobrevenidamente su objeto, pues el art. 12.1 de la Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, no resulta ya relevante para la resolución del proceso en el que fue planteada, rigiéndose la acción de impugnación de la paternidad por lo que dispone el nuevo Código de Derecho de Familia, lo que hace innecesario el pronunciamiento sobre la presente cuestión de inconstitucionalidad<sup>87</sup>.

En efecto, el art. 106.1 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (Cataluña) dispone: "El marido puede ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el plazo de dos años a contar desde la fecha en que conozca el nacimiento del hijo o hija *o del descubrimiento de las pruebas en las que fundamenta la impugnación*" (la cursiva es mía)<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> El AUTO TC de 25 de marzo de 2003 (RTC 2003/102) acuerda inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad que plantea el Juzgado de Primera Instancia de Gandía, respecto del párrafo primero del art. 136 CC por su posible contradicción con el art. 24.1 CE. Entiende el Juzgado que el art. 136.1 CC puede resultar lesivo del art. 24.1 CE porque establece un plazo de caducidad de un año de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, fijando como "*dies a quo*" para el cómputo de dicho plazo la fecha de inscripción registral, sin tener en cuenta que el marido puede llegar a tener conocimiento de que no es el progenitor una vez que ya ha transcurrido el mencionado plazo de caducidad de la acción, lo que puede suponer, si no un límite absoluto e incondicional, sí un obstáculo desproporcionado al ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

<sup>88</sup> Asimismo, el art. 107 CF Cataluña establece la posibilidad de impugnación por la madre de la paternidad matrimonial, en nombre propio o en interés y representación del hijo o hija, si es menor o incapaz, durante los dos años contados desde la fecha del nacimiento de aquéllos o del descubrimiento de las pruebas en las que se fundamenta la impugnación.

De nuevo el legislador catalán ha resuelto satisfactoriamente el problema que plantea la solución jurisprudencial favorable al principio de búsqueda de la verdad biológica al margen del art. 136 CC, al permitir que el “*dies a quo*” comience también desde “el descubrimiento de las pruebas en las que fundamenta la impugnación”, por eso puede hablarse de *occasio legis* del precepto –art. 106 CF Cataluña-<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Advértase, se ve en otro apartado de este estudio –al referirme al derecho a conocer el propio origen biológico, en concreto al *statu quo* en el Derecho español-, que también el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, en su art. 129 permite a la persona adoptada averiguar quiénes han sido su padre y su madre biológicos, lo que también viene admitiendo la Jurisprudencia, como se ha visto.