

# La investigación biológica de la paternidad y su aplicación jurisprudencial

*The investigation of the paternity and the spanish courts case-law*

por

BEGOÑA FLORES GONZÁLEZ

Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil UNED

**RESUMEN:** La admisión de la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas por el artículo 127 del Código Civil, obedeciendo el mandato del artículo 39.2 de la Constitución supuso la configuración de la verdad biológica como uno de los principios rectores del régimen de filiación. La admisibilidad de las pruebas biológicas, dada su alta fiabilidad técnica, ha supuesto una auténtica revolución. Su fuerte impacto social se ha traducido en una gran profusión de jurisprudencia y de estudios doctrinales preocupados por resolver la problemática jurídica que acompaña a las mismas. Una de las tareas fundamentales de los tribunales ha sido colmar el silencio legislativo sobre la valoración y alcance de las pruebas biológicas. Así cabe destacar, por su repercusión social y mediática, el tema de la negativa del demandado a someterse a este tipo de pruebas, aunque se han generado otros problemas que también merecen ser tratados. La investigación de la paternidad es un tema que sigue siendo de actualidad; prueba de ello, es que hoy día continúan apareciendo sentencias destinadas a resolver las dificultades a que da lugar. El propósito de este trabajo consiste en ofrecer una visión sucinta y precisa de las reglas esenciales que rigen la investigación de la paternidad en el ordenamiento español.

*ABSTRACT: The reform of the article 127 Civil code in 1981 had made possible the investigation of paternity through all kind of evidences, included the biological test. This has meant that the biological truth became one of the guiding principles in the paternity regime in Spanish law. The possibility to carry out the biological test has started a true revolution because of the technical accuracy and high reliability of this test. As a matter of fact, there are a large number of doctrinal essays and judgments of the high court on this topic concerned to solve the problems involved with it. One of the greatest tasks for the justice courts has been to fulfil the legislative silence about the value of the biological tests. In fact one of the biggest problems is the respondent's refusal to submit to the biological test. Nowadays the investigation of the paternity is still an issue of current interest. This is evident in the fact that there are a good number of judgments trying to solve the difficulties to which it gives place. The purpose of this paper is to find out and highlight the essential rules of the investigation of the paternity in the Spanish law.*

**PALABRAS CLAVE:** Filiación. Investigación de la paternidad. Pruebas biológicas. Negativa a someterse a las pruebas biológicas.

**KEY WORDS:** Filiation. Investigation of paternity. Biological test. Refusal to submit to biological test.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: 1. IDEAS GENERALES Y ASPECTOS TÉCNICOS. 2. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS DE PATERNIDAD: 2.1. Pruebas biológicas y derechos fundamentales. 2.2. Las pruebas biológicas obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales. 2.3. Negativa justificada a las pruebas biológicas de paternidad. 3. EL SOMETIMIENTO A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: OBLIGACIÓN O CARGA. 4. LA PRESENTACIÓN DE UN PRINCIPIO DE PRUEBA COMO REQUISITO DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA: 4.1. Sentido de este requisito. 4.2. Contradicción entre la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre los presupuestos para la práctica de las pruebas biológicas. Nota aclaratoria. 5. LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: 5.1. Valoración judicial de las pruebas biológicas. 5.2. Relación entre las pruebas biológicas y los supuestos del artículo 767.3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.—III. LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: 1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL SILENCIO LEGISLATIVO. 2. PRECISIÓN DEL VALOR INDICIARIO DE LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: 2.1. Presupuestos de la eficacia probatoria de la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas. 2.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992 y la del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero. 2.3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002 y Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003, de 27 de febrero.

*tucional de 14 de febrero de 2005: divergencias sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a las pruebas biológicas. 2.4. Determinación del supuesto de hecho en que la negativa opera como indicio singularmente valioso. 3. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS EFECTOS PROBATORIOS DE LA NEGATIVA. 4. LA NEGATIVA A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS EN LA VIGENTE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. ÚLTIMAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES: 4.1. La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000: el mantenimiento del status quo anterior. 4.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley rituaria. 5. Juicio crítico a las doctrinas jurisprudenciales sobre los efectos de la negativa a someterse a las pruebas biológicas y a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.—IV. ÁMBITO DEL DERECHO A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. VERDAD BIOLÓGICA VERSUS SEGURIDAD JURÍDICA.—V. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las mayores novedades introducidas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, fue la igualación de todos los hijos ante la Ley al suprimir la antigua distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, sustituyéndola por la de hijos matrimoniales y no matrimoniales carente de toda connotación axiológica y, por ende, sin efectos discriminatorios. Es, a la vez, presupuesto y consecuencia de este cambio, la introducción en nuestro Derecho positivo del derecho a la investigación de la paternidad y la maternidad en cumplimiento del mandato del artículo 39.2 de la Constitución española cuando dispone que «[l]a ley posibilitará la investigación de la paternidad». A consecuencia de la reforma, los artículos 127 y 135 del Código Civil permiten investigar la paternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas. Esta posibilidad, proscrita por los redactores del Código Civil, supone la configuración de la verdad biológica como uno de los principios rectores del régimen de filiación; y lo que es más importante, la existencia de un derecho de toda persona de saber quién es su padre y su madre.

La admisibilidad de las pruebas biológicas con la reforma de 1981 supuso una auténtica revolución debido a su alta fiabilidad técnica. Su fuerte impacto sociológico generó una gran profusión de jurisprudencia y de estudios doctrinales preocupados por resolver la problemática jurídica que acompaña a las mismas. Cabe destacar, por su repercusión social y mediática, el tema de la negativa del demandado a someterse a este tipo de pruebas (así la famosa sentencia del «El Cordobés» de 21 de mayo de 1988), aunque se han generado otros problemas cuya importancia no debe ser minimizada.

La regulación de los procesos de filiación en general y de las pruebas biológicas en particular pasó a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. La nueva Ley

procesal deroga expresamente los artículos 127 y 135 del Código Civil y los sustituye por el artículo 767, apartados 2 y 3. Ahora bien, se trata de una derogación meramente formal, pues el precepto citado reproduce sin variación alguna la regulación de sus antecesores. El apartado 2 dice que, «en los juicios de filiación, será admisible la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda la clase de pruebas incluidas las biológicas»; y el apartado 3 reza que «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». La gran novedad de la Ley rituaria es la regulación del problema de la negativa por parte del demandado a que le sean practicadas las pruebas biológicas en el apartado 4 del artículo 767. Este supuesto no se contemplaba en el régimen anterior, lo que forzó a nuestros Tribunales a colmar este vacío legislativo.

Por último, no quisieramos iniciar el estudio propuesto sin explicar el por qué del tema elegido. Nos parece necesaria esta aclaración pues hoy día podemos encontrar numerosas obras autorizadas sobre el tema y contamos con casi treinta años de una jurisprudencia consolidada en materia de investigación de la paternidad. Sin embargo, podemos afirmar que a pesar del paso del tiempo nos encontramos ante una temática que no está definitivamente resuelta. Por un lado, porque uno de los problemas principales que plantea la investigación de la paternidad, las pruebas biológicas, sigue generando abundante jurisprudencia. De hecho en la inmensa mayoría de las sentencias relativas a la investigación de la paternidad el problema recurrente es la reticencia del demandado a someterse a esta modalidad probatoria. Esto nos hace sospechar de la eficacia de las soluciones seguidas en nuestro sistema jurídico, incapaces de impedir la reiteración de una conducta gravemente obstaculizadora del derecho de toda persona al conocimiento y reconocimiento de su filiación biológica. De otro lado, existen nuevas demandas sociales que claman por una ampliación del derecho a la investigación de la paternidad que, como veremos, en nuestro ordenamiento tiene un ámbito muy preciso. También podremos comprobar que algunas de esas restricciones son consecuencia de la esencia lógica de las cosas, mientras que otras se deben de criterios éticos hoy muy discutibles. En definitiva, el propósito de este trabajo consiste en ofrecer una visión suculenta y precisa de las reglas esenciales que rigen la investigación de la paternidad en el ordenamiento español.

## II. LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

### 1. IDEAS GENERALES Y ASPECTOS TÉCNICOS

En este trabajo vamos a pasar «de puntillas» por los aspectos técnicos de las pruebas biológicas al tratarse de una cuestión que corresponde al ámbito

de la Biología y no del Derecho. En todo caso conviene dar unas pinceladas básicas necesarias para abordar la problemática jurídica que plantean esta modalidad probatoria<sup>1</sup>.

Las pruebas biológicas de paternidad son un conjunto de pruebas de carácter medico-biológico que se dirigen a la determinación de la paternidad biológica<sup>2</sup>. Tienen por objeto el estudio del patrimonio genético (caracteres heredables genético-moleculares o polimorfismo genéticos) pues está demostrado científicamente que los polimorfismos genéticos (*rectius*, caracteres) se transmiten de padres a hijos. Esto significa que los hijos han de reunir caracteres de los dos progenitores. Las pruebas biológicas más fiables, y por ello las más utilizadas, son prueba hematológica o análisis de los grupos sanguíneos y la más reciente prueba del ADN. Esta última prueba comenzó a utilizarse en los años ochenta y en la actualidad tiene unos índices de acierto extraordinarios. Su importancia es capital pues cabe realizarla con éxito incluso en aquellos supuestos en que no es posible contar con el presunto progenitor (fallecimiento, negativa, etc.), pero si con otros familiares directos del mismo<sup>3</sup>.

La posibilidad de practicar las pruebas biológicas es relativamente reciente y es resultado directo de los avances científicos. Su relevancia no es poca: es el único instrumento que permite obtener una prueba directa de la paternidad. No existe ningún otro elemento demostrativo que permita averiguar con tanta eficacia la verdad biológica. Esto significa que constituyen el instrumento más fiable tanto para determinar la paternidad y la maternidad, como para excluirla<sup>4</sup>. Esta fiabilidad implica que nos hallamos ante una prueba de gran complejidad técnica y un elevado coste económico. Por ello es fundamental que la prueba biológica sea realizada por una entidad de reconocido prestigio, aspecto en el que insiste la conocida STC 7/1994, de 17 de enero. En la actualidad suele encargarse de este tipo de pruebas el Instituto Nacional de Toxicología.

## 2. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS DE PATERNIDAD

### 2.1. *Pruebas biológicas y derechos fundamentales*

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre la dimensión constitucional de las pruebas biológicas. La doctrina del Tribunal constitucional aparece plasmada fundamentalmente en dos Sentencias, la 7/1994, de 17 de enero y la 95/199, de 31 de mayo. La primera otorgó el amparo frente a una sentencia que había desestimado la demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial y la segunda lo denegó frente a la sentencia que sí había estimado la demanda. En los dos supuestos el demandado se había negado a la práctica de las pruebas biológicas. De estas resoluciones podemos extraer las siguientes directrices:

1. Las pruebas biológicas no son contrarias a la Constitución. Están amparadas por el artículo 39.2 de la Constitución del que resulta el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad. La STC 7/1994, de 17 de enero, afirma que la práctica de las pruebas biológicas sirve directamente a fines constitucionales, cuyo propósito no es otro que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como moral. En consecuencia la interpretación de los preceptos que rigen esta materia debe realizarse «en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad cuando está es desconocida».

2. Otro de los problemas que se han planteado es el de la posible vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18 CE) como consecuencia de la práctica de las pruebas biológicas. El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre este problema al resolver recursos de amparo interpuestos contra resoluciones judiciales que se habían enfrentado al problema de valorar la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. En realidad de lo que se trata es de determinar si la resolución judicial que acuerda la realización de las pruebas biológicas viola estos derechos. El auto 103/1990 afirma que el derecho a la vida privada personal no puede convertirse en la consagración de la impunidad con quiebra frente a terceros y particularmente de los deberes relacionados con vínculos familiares. El auto 221/1990 afirma «que no hay vulneración del derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula. (...) Como tampoco se infringe el derecho a la integridad física cuando se trata de realizar una prueba prevista en la Ley y acordada por la autoridad judicial».

Una doctrina más elaborada se recoge en la STC 7/1994, de 17 de enero, cuando dice que «el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 de la CE, lo que transciende a los derechos alegados por el individuo afectado» y, por ello, concluye que no cabe que «los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.

En el fundamento jurídico 3 de la presente resolución, el Tribunal Constitucional hace una enumeración de los requisitos que debe cumplir la resolución judicial que acuerda la práctica de pruebas biológicas para que no se vean afectados los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad:

- a) Ha de tratarse de una intromisión en el «ámbito protegido» del ciudadano que no sea «inaceptable». Tiene claro el Tribunal Constitucional que «no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de una profesional de la medicina en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, *per se*, una injerencia prohibida».
- b) Debe existir una causa prevista por la Ley. Requisito que evidentemente se cumple en este supuesto como resulta de los artículos 39.2, *in fine*, de Constitución y 127 del Código Civil.
- c) Dado que las pruebas biológicas suponen una intervención corporal, tan solo se justifican cuando «sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, 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) No podrá acordarse la práctica de las pruebas biológicas cuando pueda suponer para su destinatario «un grave riesgo o quebranto para su salud».
- e) Por último, la resolución judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física y la finalidad a la que sirve. La necesidad de la práctica de la prueba debe razonarse en la resolución judicial. Así lo dispone también la STC 95/1999, de 31 de mayo.

3. No puede imponerse la prueba biológica por la fuerza, *manu militari*. Así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo en las Sentencias de 27 de junio de 1987, 14 de noviembre de 1987, 3 de diciembre de 1988, 14 de mayo de 1991 y 30 de abril de 1992. Esto no impide que el Juez pueda deducir de tal negativa las consecuencias oportunas en orden a la determinación de la filiación, como veremos más adelante (auto del TC 1296/1988). Según STS de 14 de noviembre de 1987 «la inviolabilidad del cuerpo humano (art. 15 CE) impide que la práctica de la prueba pueda imponerse *manu militari*. La STS de 14 de mayo de 1991 alega como fundamento de la imposibilidad de realizar por la fuerza las pruebas biológicas «el principio superior de libertad individual que impide emplear cualquier tipo de fuerza o coacción para obtener las muestras sanguíneas». En la STS de 30 de abril de 1992 se alega como fundamento de la imposibilidad de imponer por la fuerza las pruebas biológicas de paternidad

el artículo 10.1 de la Constitución que garantiza la dignidad de la persona en cuanto podría implicar, dice, «cierta vejación»<sup>5</sup>.

4. En ningún caso puede ampararse el obligado a someterse a estas pruebas en el derecho a no declarar contra sí mismo (*ex art. 24.2 CE*) para evitar su práctica. La razón es simple. La prueba biológica es una prueba pericial, y la negativa de la parte a someterse a esta prueba no merece la calificación de prueba de confesión, pues no supone ni declaración, ni falta de declaración sobre los hechos. Del mismo modo que el sometimiento a esta pericia no equivale a emitir una declaración; más el análisis y comprobación de unos datos biológicos desconocidos por el interesado, y que únicamente, pueden ser obtenidos e interpretados por personal cualificado (Auto del TC 221/1990).

Entre las ideas expuestas, quisiéramos insistir en una que parece primordial: el derecho del hijo a conocer su filiación biológica goza de una dimensión constitucional. Así resulta de las resoluciones que hemos citado. Según la STC 7/1994, de 17 de enero, son manifestaciones de este fenómeno: el mandato del artículo 39.2, *in fine*, de la Constitución cuando declara que «la Ley posibilitará la investigación de la paternidad»; mandato que se inserta en el más amplio de «(...) la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación, (...)»; que también puede entenderse incluida en el artículo 14 de la Constitución que prohíbe la discriminación por razón de nacimiento. Finalmente, el artículo 39.3 establece que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio». Por ello la presente sentencia establece dos conclusiones conexas: la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas persigue ante todo la defensa de los intereses del hijo; y, por ende, de ahí se deduce que las resoluciones judiciales que acuerdan la investigación de la paternidad «sirven directamente a fines constitucionales». Respecto al objetivo legal que se persigue con las prácticas de las pruebas biológicas se ha pronunciado también el Tribunal Supremo en varias ocasiones. Las SSTS de 14 de noviembre de 1987 y 11 de marzo de 1988 coinciden en afirmar que la finalidad primordial de la investigación de la paternidad «no es otra cosa que la defensa de los intereses personales en primer lugar del hijo (*sic*), tanto de orden material como moral». Más explícita, es la STS de 2 de octubre de 2000, conforme a la cual corresponde a las pruebas biológicas de paternidad «la finalidad constitucional de protección integral de los hijos (no de los padres biológicos) y de garantizar la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (aps. 2 y 3 del art. 39 CE)»<sup>6</sup>. Todo esto pone de manifiesto que en los procesos de filiación subyace un interés social y de orden público que denota su especial transcendencia (SSTS de 28 de marzo de 2000, de 17 de julio y 20 de septiembre de 2002, de 1 de julio y 19 de diciembre de 2003, de 25 de junio y 7 de julio de 2004). En definitiva, de estas afirmaciones jurisprudenciales se obtiene una idea esencial: el *favor filii*, como finalidad primordial de la investigación de la paternidad, se

desvela como el criterio decisivo que debe presidir la resolución de todos los problemas que pueden surgir en la práctica judicial en relación con las pruebas biológicas de paternidad.

## *2.2. Las pruebas biológicas obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales*

En el supuesto de que la resolución judicial por la que se acuerde la práctica de las pruebas biológicas, incumpliera los requisitos que acabamos de exponer, se trataría de una prueba ilícitamente obtenida. En este caso, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que reza que: «no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales». Esto quiere decir que si la prueba biológica es obtenida con violación de los derechos fundamentales no surtirá efecto y, en consecuencia, no podrán ser tenidas en cuenta por el sentenciador como fundamento del fallo.

## *2.3. Negativa justificada a las pruebas biológicas de paternidad.*

La STC de 17 de enero de 1994 expresa en su fundamento jurídico 4 que «el demandado en un proceso de filiación no matrimonial solo podrá legítimamente negarse a someterse a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud»<sup>7</sup>. Más problemático resulta el primer supuesto. El Tribunal Constitucional afirma de forma paladina que solo podrá ser acordada la práctica de las pruebas biológicas cuando existan «indicios serios» de paternidad. En definitiva, como reconoce expresamente la propia sentencia, esta exigencia conduce a que la decisión sobre la práctica de las pruebas biológicas deberá posponerse al final del periodo probatorio, o acordarse, incluso después, como diligencia para mejor proveer, en la medida en que solo entonces, el juzgador estará en condiciones de decidir si realmente existen o no indicios serios de la paternidad discutida. Esto es, la admisión de la demanda no supone sin más la posibilidad de practicar la prueba biológica, aún cuando, como manda la Ley, se haya presentado con la misma un principio de prueba. Sin embargo, esta no es la tesis que finalmente ha triunfado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El tratamiento de esta cuestión deberá ser retomado luego que hayamos estudiado la interpretación que el Alto Tribunal ha dado al requisito del principio de prueba, que como veremos, resulta más favorable al derecho del hijo a que quede determinada su verdadera filiación, y por ello, a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Únicamente nos queda señalar que, cuando la negativa esté justificada, lógicamente no podrán deducirse de la misma las consecuencias probatorias que en seguida veremos le corresponde.

### 3. EL SOMETIMIENTO A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: OBLIGACIÓN O CARGA

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 7/1994, de 17 de enero, dice que «cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en el litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad». Similares afirmaciones contiene otra de las sentencias clave en la materia, la STC 95/1999, de 31 de mayo. El punto de partida de la resolución citada es la transcendencia de los derechos que se ventilan en los juicios de filiación: principalmente el derecho de los hijos a que se determine su filiación biológica que es protegido por el artículo 39.2 de nuestra Constitución. De ahí deriva la sentencia que «las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial». Continúa razonando que la particularidad que presentan este tipo de procesos, se debe a que la fuente de prueba principal se halla en poder de una de las partes, por lo que «la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) implica que esta parte debe contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos, a fin de que el órgano jurisdiccional pueda descubrir la verdad». Concluye el Tribunal Constitucional que, en otro caso, le bastaría al demandado con negarse a someterse a la prueba biológica para eludir el resultado del proceso, quedando la otra parte en una clamorosa situación de indefensión que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución.

Lo dicho en estas sentencias, especialmente en la STC 7/1994, ha llevado a algunos autores, como ETXEBARRIA GURIDI (2000, 480-482), BUJOSA VADELL (1996, 179-199) y RIVERO HERNÁNDEZ (1994, 380), a defender la opinión de que el sometimiento a las pruebas biológicas constituye una verdadera obligación para su destinatario, exigible coactivamente<sup>8</sup>. Sin embargo, creemos con O'CALLAGHAN (1993, 74) que del contexto en que las resoluciones citadas utilizan el término obligación, debe entenderse como sinónimo de carga<sup>9</sup>. En otro caso, no tendría sentido la absoluta unanimidad jurisprudencial respecto a la imposibilidad de provocar su cumplimiento por la fuerza<sup>10</sup>. Nos hallamos, por tanto, ante un caso en que es necesaria la cooperación de la contraparte para que el demandante pueda satisfacer su derecho a la tutela judicial efectiva. El corolario es que existe un deber jurídico de cooperación con los Tribunales de justicia cuyo incumplimiento dará lugar a determinadas consecuencias perjudiciales para su titular que conoceremos más adelante.

Las dudas entre los conceptos de obligación o carga aparecen disipadas en sentencias recientes que se pronuncia con mayor claridad. En esta línea podemos hacer referencia a la STS de 20 de septiembre de 2002 que, después de reiterar la obligación de las partes de facilitar la prueba acordada por el órgano judicial, concluye que el demandado que se niega a suministrar la prueba biológica es quien debe soportar la «carga» de la misma. Esto aclara en qué sentido debe entenderse la expresión «obligación de someterse a las pruebas biológicas». La STS de 11 de marzo de 2003 afirma paladinamente que «someterse a la prueba biológica no es un deber, pero si una carga», aclarando a continuación, que el demandado puede elegir entre someterse o no a la práctica de las mismas, pero en este último caso deberá pechar con las consecuencias negativas que de ello se deriven. En términos similares se expresan las SSTS de 10 de noviembre de 2003 y 28 de mayo de 2015.

#### 4. LA PRESENTACIÓN DE UN PRINCIPIO DE PRUEBA COMO REQUISITO DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA

##### 4.1. *Sentido de este requisito*

El artículo 767.1 de la LEC 1/2000 ha mantenido la exigencia del derogado artículo 127 del Código Civil, según la cual «el Juez no admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde». Se trata de un requisito adicional característico de los procesos de filiación. Esto significa que supone un límite al derecho del hijo a que quede determinada su filiación biológica. La doctrina está de acuerdo en que la finalidad de esta exigencia se dirige a la evitación de demandas infundadas y temerarias que puedan afectar a la paz familiar, así como las falsas imputaciones de paternidad con fines espurios (chantaje, extorsión, etc...). Se trata de evitar demandas de desaprensivos que puedan conculcar el honor o intimidad de las personas<sup>11</sup>.

No precisa el legislador que debe entenderse por principio de prueba. Como señala CUADRADO IGLESIAS (1990, 609 y 611), *prima facie* debería entenderse como una mínima acreditación de los hechos de los que razonablemente puede deducirse que la demanda no carece de fundamento<sup>12</sup>. Así en la STS de 14 de octubre de 1985 se considera principio de prueba el acta notarial que recoge manifestaciones de un testigo; en la STS de 8 de julio de 1986 se admite como tal el documento en el que el demandado reconoce tácitamente su paternidad, en la STS de 12 de noviembre de 1987 la admisión de la demanda se fundamenta en cartas y notas demostrativas de relaciones amorosas estables. Y así un largo etcétera.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no es imprescindible llegar al nivel de prueba de los ejemplos citados. La razón es sencilla: no cabe ignorar que

este requisito constituye un límite o restricción a la libre investigación de la paternidad. Esto explica que el Tribunal Supremo haya seguido una «política de mínimos», benevolente y flexible a la hora de precisar la significación del principio de prueba. El resultado ha sido lo que el Alto Tribunal denomina una «interpretación espiritualizada» conforme a la cual no es necesario que la prueba quede plasmada *ab initio*, sino que es suficiente con que en el escrito inicial de demanda conste «la oferta de practicar determinadas pruebas que serán corroboradas en fase probatoria» (SSTS de 3 de junio de 1988 y de 3 de diciembre de 1991). La veracidad o falsedad de los hechos se comprobará posteriormente en el momento procesal oportuno.

Algunas sentencias dan un paso más en la línea de espiritualización al decir que «por el juzgador se admitirá a trámite la demanda, si del propio contexto o contenido de la misma, se aprecia la existencia de una mínima línea de razonabilidad» (SSTS de 8 y 20 de octubre de 1993, 1 de septiembre de 2004 y 2 de febrero de 2006, entre otras). Es decir, basta con que la narración histórica de los hechos resulte coherente. Por tanto el objetivo fundamental de este presupuesto, tal y como lo entiende el Supremo, es más modesto de lo que parecería indicar la dicción del precepto legal. Se trata, sencillamente, de llevar a cabo «un control de la razonabilidad de la demanda» a los efectos de garantizar su seriedad. Últimamente cabe citar las SSTS de 28 de diciembre de 1998 y de 18 de marzo de 2000 que insiste en «la suficiencia de la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado que permita un control de la razonabilidad de la demanda». En todo caso —como puntualizan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2001, 245)— el principio de prueba ha de recaer sobre los hechos que resulten fundamentales; entre ellos, cabe mencionar aquellos que apunten a la relaciones sexuales entre los litigantes, dado que es el hecho necesario y suficiente para que tenga lugar la generación»<sup>13</sup>.

*Ergo*, de la doctrina legal expuesta se deduce que la demanda únicamente será inadmitida en aquellos supuestos en que quede evidenciada su carencia de fundamento. Parece que en estos pronunciamientos jurisprudenciales late el afán de garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, la protección integral de los hijos con independencia de su filiación y la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE).

Visto el significado que la jurisprudencia atribuye a este requisito queremos dar nuestra opinión sobre la utilidad del mismo. A este respecto coincidimos con aquellos que como SILLERO CROVETTO y ASENSIO SÁNCHEZ (1998,1096) abogaron, ya hace tiempo, por su supresión. Los argumentos de entonces de las autoras citadas nos parecen todavía cargados de razón. A este respecto quisieramos destacar dos. En la medida en que esta exigencia cercena el derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) debe ser objeto de interpretación restrictiva; esto explica la interpretación espiritualizada del Tribunal Supremo que, con el fin de ser respetuosa con el artículo 24.1 de la Constitución,

ha dejado realmente vacía de contenido este requisito. Además la exigencia del principio de prueba «puede suponer una limitación insoportable *«ab initio»* si tenemos en cuenta la dificultad inherente a la prueba de las relaciones sexuales de las que deriva la generación<sup>14</sup>. En definitiva como afirma la STS de 12 de noviembre de 1987 el resultado es que con esta exigencia «se trata de reducir la posibilidad de obtener éxito en la investigación de la paternidad».

#### *4.2. Contradicción entre la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre los presupuestos para la práctica de las pruebas biológicas. Nota aclaratoria*

En atención a lo dicho hasta este momento sobre las posiciones del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, podemos concluir que existe una discordancia entre ambas en lo que se refiere a los requisitos para acordar la realización de las pruebas biológicas:

- Según el Tribunal Constitucional las pruebas biológicas solo serán procedentes si existen indicios serios. Esta exigencia, como puntualizada la STC 7/1994, conlleva que para acordar las pruebas biológicas habrá que esperar a los resultados del periodo probatorio. Luego si no hay indicios, o estos son endebles o insuficientes, el Juez no podrá ordenar la prueba biológica.
- Por su parte, el Tribunal Supremo considera que para que exista un principio de prueba y pueda ser admitida la demanda basta con que el propio contexto o contenido de la misma se aprecie una mínima línea de razonabilidad y verosimilitud. Esto no es óbice, a que según cual sean los resultados del periodo probatorio, se produzca o no una sentencia favorable a la declaración de paternidad. De la doctrina del Tribunal Supremo resulta la siguiente distinción. Una cosa es el principio de prueba que debe aportarse para la admisión de la demanda: sería absurdo entender que la admisión de la demanda sobre reclamación de paternidad, no implica la posibilidad de practicar la prueba biológica, única prueba directa que posibilita conocer la realidad genética. Esto es, para el Tribunal Supremo basta con que se dé un principio de prueba para que pueda ser admitida la práctica de las pruebas biológicas. Lo que no debe confundirse con que se requiera la existencia de indicios «serios», para que en el caso de que el demandado se niegue a la práctica de las pruebas biológicas, estos indicios unidos a la negativa puedan dar lugar a la declaración de paternidad (este aspecto lo trataremos con detenimiento en el apartado III de este trabajo).

Sin duda, la posición del Tribunal Supremo es más favorable al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva encarnado en este caso en el derecho de

toda persona a conocer su filiación biológica con los efectos que ello conlleva. No se olvide que este derecho goza de rango constitucional, y afecta directamente al orden público. Además podemos constatar que la tesis del Tribunal Supremo es la que ha triunfado en la práctica. De hecho existen sentencias donde las pruebas biológicas fueron acordadas a pesar de la existencia de indicios sumamente endebles. Este es el caso de la STS de 10 de noviembre de 1986 donde únicamente fue aportada «una imprecisa prueba testifical», a pesar de lo cual se acordó la prueba biológica dando un resultado negativo; o en la STS de 24 de mayo de 1989 donde solo existía un indicio de relación sexual de muy débil fundamento; y el caso de la STS de 26 de febrero de 1993 en que las relaciones sexuales no fueron probadas y, además se practicó, la prueba biológica con el resultado de que quedó excluida la paternidad del demandado. Por otro lado, como veremos seguidamente, hay muchas sentencias en las que la demanda fue desestimada porque el único indicio existente era la negativa del demandado a someterse a la práctica de las pruebas biológicas, lo que demuestra que la práctica de la misma fue acordada sin esperar a los resultados del periodo probatorio, y en consecuencia, sin comprobar si había o no indicios serios (v.tr., las SSTS de 1 de octubre de 1999 y 26 de marzo de 2001).

De todo lo dicho habría que sacar otra conclusión: aunque no existan indicios serios, si la prueba biológica es estimada pertinente por la autoridad judicial, porque aprecia la existencia de un principio de prueba, la negativa a la misma debe entenderse injustificada (la única excepción sería si la prueba biológica pudiera suponer un grave quebranto para la salud de su destinatario)<sup>15</sup>.

## 5. LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

### 5.1. *Valoración judicial de las pruebas biológicas*

La importancia de las pruebas biológicas radica en que constituye la única prueba directa de la generación. Fuera de ellas, la declaración de paternidad solo puede obtenerse mediante indicios como consecuencia de la prueba de presunciones. La prueba biológica de paternidad se configura como una prueba pericial cuyo objeto no es la persona, como en ocasiones ha afirmado el Tribunal Supremo, sino determinadas partes del cuerpo humano<sup>16</sup>. No debe olvidarse que el dictamen de los peritos no es vinculante, y el juez goza de total libertad a la hora de valorarla en virtud del principio de libre apreciación de la prueba que rige en nuestro ordenamiento (arts. 218 y 316 LEC 1/2000)<sup>17</sup>. Si bien la jurisprudencia entiende, dada la fiabilidad extraordinaria de estas pruebas, que si la prueba biológica practicada ofrece un resultado positivo procede declarar la paternidad, y si, por el contrario, es negativa la demanda debe ser desestimada. Así lo han reconocido los Tribunales en numerosas resoluciones: cabe citar la

SSTS de 5 de noviembre de 1987, 15 de noviembre de 1988, 5 de mayo de 1989, 20 de mayo de 1991, 20 de diciembre de 1991, 4 de junio de 1992, 17 de mayo y 24 de noviembre de 1992, 8 de mayo de 1995, SSTS de 28 de junio de 2001. También recalca la alta fiabilidad de estas pruebas la STC 7/1994, de 17 de enero. Constan las resoluciones que el avance de la ciencia ha permitido que la exclusión de la paternidad pueda establecerse científicamente con un cien por cien de seguridad, y la afirmación de la paternidad pueda efectuarse con una certeza en la mayor parte de los casos superior a un 99%. En este caso los biológicos hablan de «paternidad prácticamente probada»: es posible determinar la paternidad con tal grado de probabilidad que en la práctica es identificable con la certeza. Así lo reconoce la STS de 28 de junio de 2001. Recientemente cabe citar la Sentencia de 16 de julio de 2004 donde explica la valoración técnica de los resultados obtenidos en el análisis de los polimorfismos de ADN que indican el grado de probabilidad de la paternidad reclamada<sup>18</sup>.

Así en las pruebas biológicas constituyen el instrumento más fiable tanto para determinar la paternidad y la maternidad, como, para excluirla. Esto les concede un papel fundamental tanto en los supuestos de reclamación como de impugnación de la filiación. Ya dijimos, que el supuesto más frecuente en el que se plantea la aplicación de las pruebas biológicas, es cuando se ejerce la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial del presunto padre.

## *5.2. Relación entre las pruebas biológicas y los supuestos del artículo 767.3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil*

Para que una demanda de reclamación o de impugnación salga adelante no es en absoluto imprescindible la práctica de las pruebas biológicas. A pesar de su gran eficacia en la determinación de la realidad genética no constituyen un recurso obligatorio para el Tribunal. De la interpretación conjunta de los apartados 3 y 4 del artículo 767, sucesores clónicos de los artículos 127 y 135 de Código Civil, resulta que en materia de investigación de la paternidad existen dos tipos de pruebas. Las directas, constituidas exclusivamente por las pruebas biológicas en el caso de la paternidad, y en el de la maternidad habrá que incluir también el hecho del parto. Y las pruebas indirectas o presuntivas, que contempla el apartado 4 del precepto procesal y con apoyo en las cuales puede el juez dar lugar a la declaración de paternidad<sup>19</sup>. Recorremos que se trata de una enumeración abierta, pues comprende la posesión de estado, el reconocimiento tácito, la convivencia con la madre en la época de la concepción y cualquier otro hecho del que pueda inferirse la filiación de modo análogo.

El Tribunal Supremo ha sentado las siguientes reglas con consecuencia de la interpretación conjunta de los artículos 127 y 135 del Código Civil. Estas

reglas siguen siendo igualmente válidas para interpretar el nuevo precepto procesal, visto que su contenido coincide con el del anterior, mientras no haya un cambio jurisprudencial al respecto.

1. Nada indica que haya de acudirse en primer lugar a las pruebas biológicas y, después, cuando estas no sean posibles, a las demás. La regulación legal no da preferencia, ni exclusividad alguna a las pruebas biológicas de filiación a pesar de su alto poder demostrativo (STS de 8 de julio de 1986). La STS de 12 de noviembre de 1987 sostiene que puede declararse la paternidad con base a otras pruebas sin necesidad de acudir a las biológicas. De modo, que no es obligatorio proceder a la práctica de las mismas. La STS de 15 de noviembre de 1988 aclara que la Ley permite, pero no impone, la realización de las pruebas biológicas. Si no se practica la prueba biológica, la sentencia puede basarse en otras pruebas para declarar la paternidad: por ejemplo, en la posesión de estado, como ocurrió en el caso de la STS de 2 de abril de 1992. La STS de 2 de abril de 1992 hace una clara síntesis de la posición jurisprudencial: «las pruebas biológicas son unas de las enumeradas en el citado artículo 127, no las únicas. En consecuencia, no hay obstáculo legal a que la paternidad se declare judicialmente con fundamento en otras, que es lo que hace la Sala de apelación al apreciar detenidamente cada una de las pruebas obrantes en autos para llegar a la conclusión de que hubo convivencia y relaciones sexuales entre la actora y el demandado, de las que nació una niña».

2. La práctica de las pruebas biológicas debe ser acordada por el Juez a instancia de parte o bien de oficio. Aquí la actividad del Juez cobra mayor importancia a consecuencia del esencial componente de orden público que caracteriza a los procesos de filiación. Así se produce un debilitamiento del principio dispositivo que ha sido constatado en un amplio número de sentencias<sup>20</sup>. Por ejemplo, la STS de 12 de septiembre de 1999 aprecia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e indefensión, como consecuencia de la pasividad del Tribunal de apelación que no ordenó, como diligencia para mejor proveer, la práctica de la prueba biológica, necesaria en el caso para esclarecer la filiación materna. Al parecer del Tribunal Supremo, no excusa al Tribunal de segunda instancia el proceder omisivo de la actora, que no reiteró su solicitud en la fase de apelación. Esta resolución constituye una manifestación de la presencia del principio inquisitivo en los procesos de filiación en atención a la transcendencia del interés en juego: el estado civil de filiación. Más tajante es la STS de 31 de diciembre de 2003, cuando se refiere expresamente a la obligación de los Tribunales de procurar la práctica de las pruebas biológicas. Esta obligación se deduce con mayor claridad de la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. El artículo 752.1.II de la Ley de Enjuiciamiento incorpora el principio inquisitivo a los juicios sobre filiación cuando dice que «sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes». Como afirma

SEOANE SPIEGELBERG (2002, 23) en este tipo de procesos el juez ya no es un «mero espectador de la actividad de las partes» y pasa a ser un «*iudex investigator*» que puede, sin necesidad de impulso de parte, acordar las pruebas que considere convenientes para averiguar la realidad genética<sup>21</sup>.

De acuerdo con las reglas expuestas debemos matizar la afirmación de las renombradas STC de 7/1994 y 95/1999, respecto al carácter subsidiario de las pruebas biológicas. Así, es perfectamente posible que, aunque exista posesión de estado, el juez disponga la realización de la prueba biológica solicitada a instancia de parte alegando que dicha realidad fáctica no se corresponde con la verdad biológica. Otra cosa es que existiendo posesión de estado, esta prueba no fuese solicitada por ninguna de las partes; en este caso no parece aconsejable su práctica al entrar en juego otros principios imperantes en la materia, como el de voluntad y el de autorresponsabilidad dirigidos a proteger la paternidad jurídico-cultural por encima de la biológica. En resumidas cuentas, creemos que no cabe establecer una regla general; si es o no pertinente la práctica de estas pruebas, es una decisión que debe ponderar sabiamente el juez a la luz de las circunstancias del caso teniendo, siempre presente que el criterio primordial debe ser el del *favor filii*<sup>22</sup>.

Por otro lado, podemos afirmar que la lógica y el sentido común (*rectius*, reglas de la sana crítica) indican que cuando no se dan ninguna de las presunciones legales y las demás pruebas sean insuficientes, aunque las pruebas biológicas no tengan carácter obligatorio, es casi forzoso para el juzgador acordar su práctica aún en el supuesto estrambótico de que no hubiesen sido solicitadas a instancia de parte.

Por último, podemos concluir que las reglas descritas ponen de manifiesto que el principio de verdad biológica no goza de un valor preeminente. Solo así se explica que el recurso a las pruebas biológicas no sea obligatorio, pudiendo declararse la paternidad con apoyo exclusivo en las pruebas indirectas previstas legalmente: posesión de estado, reconocimiento tácito, etc... CUADRADO IGLESIAS (1990, 625) precisa que cuando la paternidad se declara a través de las pruebas indirectas «solo cabe hablar de certeza moral, que en múltiples ocasiones pondera realidades fácticas en interés del hijo que deben anteponerse a realidades biológicas»<sup>23</sup>. Esto es, en estos casos, la paternidad resultante de la conducta de las personas implicadas no tiene porque coincidir con la realidad genética, y, si no es cuestionada por los sujetos implicados, puede funcionar como factor decisivo de la determinación de la filiación legal. Por ende, nos encontramos ante un claro ejemplo en el que se da primacía a los principios de estabilidad familiar y de consentimiento o autorresponsabilidad respecto del de verdad biológica; todo ello como manifestaciones del principio superior jerárquicamente del *favor filii*.

### III. LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

#### 1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL SILENCIO LEGISLATIVO

La posibilidad de investigar la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas, juntamente con el reconocimiento de la igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, ha dado lugar a que se hayan planteado numerosas demandas ante los Tribunales solicitando la determinación de la verdad biológica. El caso protípico es el de la reclamación de la paternidad extramatrimonial efectuada por la madre respecto del presunto padre.

En este contexto, una de las cuestiones más polémicas ha sido la de precisar los efectos probatorios que cabe atribuir a la negativa injustificada del varón a las pruebas biológicas. El origen de este problema es doble: el silencio legislativo<sup>24</sup>; y la imposibilidad de imponer la práctica de las pruebas biológicas con carácter coactivo. En efecto los artículos 127 y 135 del Código Civil no contemplaban expresamente la solución jurídica aplicable a este supuesto. Así las cosas, nuestro Tribunal Supremo se vio abocado a la tarea de colmar este vacío normativo. El tratamiento exhaustivo del problema de la negativa por parte de la jurisprudencia ha generado una doctrina pacífica y unánime sobre los efectos que le corresponden. La doctrina jurisprudencial puede resumirse en el sentido de que no procede deducir una *«ficta confessio»* de la negativa, aunque sí representa un indicio valioso, que conjugado con otros elementos probatorios, permite llegar a declarar la paternidad pretendida<sup>25</sup>. Esto es, la negativa no entraña confesión de paternidad, más constituye un dato significativo que puede conducir a que sea declarada.

Cabe citar como hitos de esta construcción doctrinal un nutrido grupo de sentencias: las SSTS 14 de octubre de 1985, 27 de junio de 1987, 14 de noviembre de 1987, 11 de marzo de 1988, 18 de marzo de 1988, 21 de mayo de 1988, 14 de julio de 1988, 3 de diciembre de 1988, 15 de marzo de 1989, 24 de mayo de 1989, 23 de octubre de 1990, 25 de abril de 1991 y 6 de junio de 1991<sup>26</sup>. Además como ya indicamos al inicio de este trabajo, en los últimos años se han dictado un buen número de sentencias que tratan el problema de la negativa y que ponen de manifiesto la actualidad del tema: así cabe citar las SSTS de 18, 28 y 29 de marzo de 2000, 2 de octubre de 2000, 26 de marzo de 2000, 26 de septiembre de 2000, 30 de mayo de 2000, 24 de enero de 2001, 26 de julio de 2001, 30 de septiembre de 2002, 27 de diciembre de 2002, 12 de febrero de 2002, 17 de julio de 2002, 11 de marzo de 2003, 1 de julio de 2003, 10 de noviembre de 2003, 19 de diciembre de 2003 y 16 y 25 de junio de 2004, 26 de noviembre de 2004, 1 de septiembre de 2004, 27 de octubre de 2005, 17 de noviembre de 2005, 22 de noviembre de 2005, 7 de diciembre de 2005, 2 de febrero de 2006, 8 de marzo de 2008, 28 de mayo de 2015 y 8 de marzo de 2017.

La STS de 3 de diciembre de 1991 precisa el exacto valor de la negativa cuando recalca que no se trata de un indicio más, sino que «en sí mismo, tiene un valor cualificado, dado, según se ha dicho, el elevado estado actual de la ciencia, confiere a las pruebas en cuestión, por lo que, en cualquier supuesto la negativa merece ser seriamente ponderada en el conjunto de los elementos fácticos y probatorios del caso para atribuirle el significado correspondiente»<sup>27</sup>. Otras muchas sentencias han recalcado la transcendencia de la negativa a someterse a las pruebas biológicas. La STS de 23 de octubre de 1990 habla de «indicio fuertemente presuntivo»<sup>28</sup>; la STS de 6 de junio de 1991 de «valioso indicio»<sup>29</sup>; la STS de 17 de marzo de 1992 califica la negativa de «indicio de inestimable valor»<sup>30</sup>; la STS de 27 de enero de 1993 afirma que «tiene valor de un fuerte indicio»<sup>31</sup>, y STS de 20 de octubre de 1993 se refiere al «valor indicario cualificado de la negativa»<sup>32</sup>. La STS de 26 de julio de 2001 es muy expresiva cuando dice que «se trata de un indicio que tiene en sí mismo un valor cualificado, es decir, se presenta como un indicio intenso que integra una prueba preeminente cuando acontezcan otros hechos demostrados que permitan alcanzar la decisión estimatoria de la filiación reclamada». La STS de 1 de septiembre de 2004 se refiere a la negativa como «indicio especialmente valioso». Las SSTS de 26 de noviembre de 2004, 22 de noviembre de 2005 y 28 de mayo de 2015 afirman que la negativa es un «indicio valioso, muy cualificado o significativo». En definitiva, estas resoluciones se ocupan de resaltar la transcendencia que singulariza a la negativa y que impide considerarla como una prueba más. Se subraya la necesidad de valorar muy significativamente la negativa, debidamente integrada en el conjunto de la prueba.

Los argumentos que utiliza el Tribunal Supremo para atribuir a la negativa la condición de pruebas presuntiva son variados:

1. La falta de colaboración del demandado a la práctica de las pruebas biológicas supone la denegación de un medio de prueba de una fiabilidad tan absoluta, que constituye una evidencia altamente significativa de lo infundado de la oposición mantenida en el proceso de filiación<sup>33</sup>. Es el temor a que se descubra la verdad biológica, lo que explica el rechazo por parte del presunto padre a facilitar la práctica de la prueba que le ofrece la posibilidad de desvirtuar la demanda<sup>34</sup>. Justamente la conducta del demandado que se niega al esclarecimiento de los hechos teniendo en sus manos la posibilidad de descartar su paternidad, integra un indicio significativo de la paternidad en litigio<sup>35</sup>. Con toda lógica la STS de 14 de mayo de 1993 dice que «(...) si la afirmación de falta de paternidad fuera cierta el demandado no solo no hubiera puesto obstáculo, sino que hubiera exigido la prueba hematológica ya que su fiabilidad es absoluta cuando su resultado es negativo»<sup>36</sup>.

2. Si tenemos en cuenta que nos enfrentamos a la única prueba directa sobre la generación dotada de una alta fiabilidad, la negativa a este tipo de peri-

cia revela un comportamiento netamente obstrucionista y contrario a la lealtad procesal en cuanto que impide o bloquea la investigación de la paternidad. Así lo manifiestan las SSTS de 14 de octubre de 1985 y 14 de noviembre de 1987<sup>37</sup>.

En algunos supuestos los Tribunales han ponderado las condiciones subjetivas del destinatario de las pruebas biológicas para dar una mayor eficacia probatoria a la negativa. En la Sentencia de 27 de junio de 1987 es tenido en cuenta el alto nivel cultural del demandado que supone su alto conocimiento de la certeza de las pruebas hematológicas. La STS de 15 de marzo de 1989 entiende que la condición de profesional del derecho del demandado hace que «este obstrucionismo cobre caracteres inusitados». Igualmente la STS de 6 de febrero de 1991 presume que el supuesto padre conoce de la transcendencia de las pruebas biológicas por su profesión de médico.

3. El no sometimiento a las pruebas biológicas hace ilusoria la tutela judicial efectiva (*ex art. 24 CE*) de los derechos del hijo a que se declare su verdadera filiación biológica, en cuanto implica la denegación de un medio de prueba totalmente fiable<sup>38</sup>. En definitiva la negativa a la práctica de las pruebas biológicas imposibilita la efectividad del derecho a investigar la paternidad.

4. Por último, pretender ampararse en los derechos individuales a la integridad física (art. 15 CE) y la intimidad (art. 18 CE) supone una falta de cooperación procesal constitutiva de fraude de Ley (art. 6.4 del Código Civil) y un ejercicio antisocial de estos derechos (arts. 4 y 7.2 del Código Civil)<sup>39</sup>. Particularmente expresiva es la Sentencia de 14 de noviembre de 1987 cuando dice que el rechazo a las pruebas biológicas significa «la falta de lealtad procesal del demandado ahora recurrente, constitutiva de un abuso de derecho y de una falta de solidaridad y colaboración con la Administración de Justicia»<sup>40</sup>. Esta calificación de la conducta del demandado tiene muy en cuenta la naturaleza jurídica de los derechos afectados. Así lo expresa la anterior sentencia cuando dice que los derechos a la integridad física y a la intimidad deben ceder ante «derechos y situaciones tan importantes como conceder o denegar la cualidad de hijo» y, continua diciendo, que lo principal es la defensa de los intereses personales en primer lugar del hijo, tanto de orden material como moral<sup>41</sup>. Igualmente la STS de 3 de diciembre de 1991 dice que «[n]o cabe soslayar, que en procesos de esta naturaleza, en los que al interés privado se une la trascendencia social y pública de las circunstancias relativas a la filiación, el carácter dispositivo del proceso civil se impregna de tintes inquisitivos que exigen una profundización más aguda en reglas procesales tales como la buena fe de las partes (art. 11 LOPJ) o en deberes de rango constitucional como prestar la colaboración requerida por los jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución)<sup>42</sup>. La STS de 25 de enero de 1992, por su parte, tras negar la vulneración del derecho a la intimidad, aduce que él no sometimiento a las pruebas biológicas «alteraría el evidente derecho que tiene todo ser engendrado a que se determine adecuadamente su adscripción paternal»<sup>43</sup>.

Como se habrá observado, todas las ideas expuestas ponen el acento en dos datos que se relevan como esenciales; de un lado, la extraordinaria fiabilidad técnica de las pruebas biológicas; y, del otro, la índole de los derechos en juego, en la medida que la filiación de las personas constituye una materia de orden público que no puede verse suspendida a los intereses particulares de los litigantes. Recuérdese que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene dicho que la investigación de la paternidad está dirigida al cumplimiento de fines constitucionales (*ex art. 39.2 de la Constitución*).

Un buen compendio de la doctrina jurisprudencial que acabamos de exponer aparece en la STS de 6 de junio de 1991 que aborda el tema de la negativa en todas sus vertientes. Por esta razón, no podemos resistirnos a transcribir íntegramente su Fundamento de Derecho 4.<sup>º</sup> que dice así:

«(...) admitido en el ordenamiento jurídico español el principio de investigación de la paternidad, concretamente en el artículo 127 del Código Civil, como consecuencia del principio constitucional consagrado en el artículo 39.2 de la Constitución Española, con la consiguiente admisión de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, si bien la negativa a someterse a estas no implica, ni supone, desde luego, una *ficta confessio*, si supone un valioso indicio, puesto en relación con los demás medios probatorios aportados, revelador de una falta de solidaridad y colaboración a la administración de justicia para determinar derechos de terceros, cual es el hijo cuya filiación se reclama, ciertamente lamentable si se tiene en cuenta el elevadísimo índice de fiabilidad respecto a la determinación positiva de la paternidad en cada caso concreto, y cuya actividad obstructiva a su práctica hace ilusorias las posibilidades que el legislador establece en el artículo 24 de la Constitución Española para lograr la tutela efectiva de los derechos legítimos como los de filiación, y concretamente el derecho primario del hijo a que se declare su filiación biológica y significar un evidente ejercicio antisocial del derecho concretamente rechazado por el artículo 7 del Código Civil (...).».

Igualmente realizan una buena síntesis de esta doctrina las STS de 2 de octubre de 2000, 27 de diciembre de 2002, 27 de junio de 2003 y 1 de septiembre de 2004.

## 2. PRECISIÓN DEL VALOR INDICIARIO DE LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

### 2.1. *Presupuestos de la eficacia probatoria de la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas*

¿Qué supone atribuir a la negativa injustificada valor indiciario? Lo explica lacónicamente la STS de 23 de octubre de 1990 cuando puntualiza que esta

conducta del demandado «adquiere el carácter de indicio fuertemente presuntivo (...»). Esto es, como tal prueba presuntiva, necesita de otros elementos probatorios para que se declare la paternidad reclamada. La STS de 26 de enero de 1993, aclara que no cabe «hacer depender el resultado de litigio de tal negativa, sino de que, existentes otras pruebas de cualquier clase (art. 127.1 del Código Civil), muy significativamente la de presunciones, la actitud del demandado reafirma la conclusión probatoria favorable a la realidad de la paternidad, sin que ello suponga equiparar el resultado positivo de la prueba biológica y la negativa a su práctica (...»). Lo que hace falta es que la obstrucción que supone el rechazo al reconocimiento pericial venga complementada con otras pruebas. En esta línea la STS de 3 de diciembre de 1991 precisa que «la negativa merece ser seriamente ponderada en el conjunto de los elementos fácticos y probatorios del caso para atribuirles el significado correspondiente». Igualmente insisten en este aspecto las SSTS de 26 de junio de 1999, de 2 de octubre de 2000, 24 de enero de 2001, y 26 de marzo de 2001. Con total claridad lo expresa esta última cuando dice que para conceder fuerza probatoria a la negativa «se hace imprescindible que existan serios indicios de la paternidad que se reclama». Y es que aunque la resistencia al reconocimiento pericial constituye en principio un indicio razonable de la paternidad, no puede considerarse definitivo si no se aportan otras pruebas complementarias».

La cuestión que inmediatamente se plantea es precisar cuándo cabe considerar que las restantes pruebas son suficientes para que, combinadas con la negativa a la prueba biológica, lleven a la declaración de paternidad. Las STS de 15 de marzo de 1989 y de 24 de mayo de 1989 establecen expresamente que para declarar la paternidad es suficiente con la concurrencia de dos requisitos: la posibilidad de fecundación y la negativa obstrucciónista por el destinatario de esta prueba. Este último requisito de la negativa injustificada ya ha sido tratado en epígrafes anteriores<sup>44</sup>.

Centrándonos en el primer requisito, conviene precisar el significado de la expresión posibilidad de fecundación. Existen diversas sentencias en las que la declaración de paternidad se fundamenta en la acreditación de las relaciones sexuales entre los litigantes en la época de la concepción, unida a la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. Este es el caso de la STS de 11 de marzo de 1988, 17 de marzo de 1992, 4 de julio de 1996 y 18 de marzo de 2000, 1 de septiembre de 2004, 27 de octubre de 2005 y 22 de noviembre de 2005. No obstante estas resoluciones no deben tomarse como ejemplo del nivel de exigencia exigible. En otras ocasiones los Tribunales se han conformado con que quede acreditada la oportunidad de las relaciones sexuales, aun cuando no exista certeza al respecto. Esto es lógico, si tenemos en cuenta que normalmente no será posible obtener una prueba directa de las relaciones sexuales, salvo en los supuestos de confesión del padre y la madre<sup>45</sup>. Por este motivo basta con que la negativa se una, la evidencia de

relaciones sentimentales o amorosas, que pongan de manifiesto la posibilidad de que hubiera habido relaciones sexuales en la época de la concepción. La conjunción de estos dos indicios es suficiente para fundamentar la imputación de paternidad. Así lo han estimado la STS de 27 de junio de 1987, 18 de marzo de 1988, 15 de marzo y 24 de mayo de 1989, 2 de febrero de 1992, 20 de octubre de 1993, 10 de octubre de 1996, 19 de marzo de 1997, 4 de diciembre de 1998, 26 de septiembre de 2000<sup>46</sup>. La STS de 20 octubre de 1993 señala que en el caso en litigio la declaración de paternidad es consecuencia de la doctrina jurisprudencial «en orden al valor indicario cualificado que ha de darse a la negativa sin causa a someterse a pruebas hematológicas, dado el elevado índice de exactitud de las mismas, y conjugando este indicio con otros motivos probatorios, en especial la posibilidad de acceso carnal en el tiempo de la concepción».

En definitiva, la negativa dice —RIVERO HERNÁNDEZ (1994, 353)— ha de producirse en un «contexto fáctico idóneo»<sup>47</sup>. Esto es, son las circunstancias del caso las que confieren un significado relevante a la negativa. Si no hay una base mínima, no le está permitido al juzgador declarar la paternidad apoyándose únicamente en la negativa a las pruebas biológicas. Han de existir otras «pruebas complementarias» que apunten directamente a una dirección muy concreta. En este ámbito cobran especial relieve la realidad o al menos posibilidad (consecuencia de una probada relación sentimental) de relaciones sexuales en la época de la concepción. Más recientemente cabe citar la STS de 26 de septiembre de 2000 que se remite a la jurisprudencia anterior y realiza un preciso resumen de la misma al decir que: «En definitiva, de acuerdo con los razonamientos que se dejan consignados en las reglas jurisprudenciales determinadas de la valoración de la prueba, en este tipo de asuntos huérfanos de una regulación legal más precisa —que pueden estimarse más acreditadas— y, por tanto, como guía para la valoración de los hechos probados se resumen en dos: a) la negativa a la práctica de las pruebas de paternidad, sin causa justificada, constituye una obstrucción para la recta administración de justicia y tal conducta representa un valioso indicio al que cabe anudar la atribución de la paternidad; b) Tal atribución debe producirse siempre que, por otros indicios, se releve la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción».

Cabe citar en la misma línea Sentencias muy recientes: la de 7 de julio de 2003, 11 de septiembre de 2003 y 16 de junio de 2004, 26 de noviembre de 2004, 17 de noviembre de 2005, 7 de diciembre de 2005, 28 de mayo de 2015. El lugar común de las sentencias citadas es la insistencia en que la negativa injustificada merece ser valorada como un indicio valioso de la paternidad siempre que aparezcan otros indicios de la existencia de relaciones sentimentales entre los litigantes y de la subsiguiente probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos.

*2.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992 y la del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero*

Una referencia aparte merece la STS de 30 de abril de 1992 no solo porque supone una desviación momentánea de la doctrina que acabamos de exponer; sino, sobre todo, porque el recurso de amparo que prospera contra la misma dio lugar a la archiconocida STC 7/1994, donde se contienen aclaraciones que consideramos esenciales para una adecuada compresión del tratamiento jurisprudencial de la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas.

La STS de 30 de abril de 1992 se caracteriza porque extrema su rigor para atribuir valor probatorio a la resistencia del demandado a someterse a la prueba pericial. En este caso se trata de una demanda de reclamación de paternidad extramatrimonial interpuesta por la madre contra un hombre casado. Se trata de un caso de negativa contumaz del demandado a someterse a las pruebas biológicas que fue acordada en las dos instancias. El Juez de Primera Instancia rechazó la demanda por no estimar probada la paternidad. La sentencia alega la insuficiencia del material probatorio aportado por la actora para que junto con la negativa pueda dar lugar a la declaración de paternidad. Sobre todo acusa la falta de prueba de la relación sexual. La Audiencia considera suficientes las pruebas de la relación íntima entre los litigantes que apuntaban a la posibilidad de relaciones sexuales en la época de la concepción (testigos, fotografías, etc...)<sup>48</sup>. Todo ello, unido a la reiterada negativa del demandado a la realización de la prueba biológica, llevó a la Audiencia a la declaración de la paternidad reclamada. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo apoya el criterio del Juez de Primera Instancia por considerar que las pruebas aportadas no eran lo suficientemente esclarecedoras y, en consecuencia, la negativa del demandado carecía de significación suficiente. Opina también el Tribunal Supremo que los indicios existentes no dan «un soporte probatorio bastante» para la determinación de la paternidad del demandado. Así dice que ese indicio probatorio que comporta la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas ha de estar acompañada en forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan directamente al juzgador al convencimiento de la paternidad (...) y no ambiguos en su constatación de las relaciones extramatrimoniales existentes». Por este motivo prospera el recurso de casación y la demanda es desestimada.

Esta sentencia fue recurrida en amparo, dando lugar a la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero. El recurso de amparo es estimado y el Tribunal Constitucional anula la resolución del Supremo y declara firme la de la Audiencia. En el Fundamento Jurídico 1.<sup>º</sup> de la sentencia precisa que la cuestión en litigio que ha separado a los Tribunales civiles es la de la valoración de la negativa del varón demandado a someterse a la prueba de paternidad. Como hemos visto la Audiencia entendió que la negativa sumada

a las pruebas practicadas permitía alcanzar la convicción de que el demandado era padre de la menor; por el contrario, el Tribunal Supremo entiende que no existen pruebas suficientes para que unidas a la negativa den lugar a la paternidad reclamada. El Tribunal Constitucional anula la sentencia del Tribunal Supremo y confirma la de la Audiencia.

La sentencia se ocupa de aclarar que no se trata, pues, de corregir las valoraciones de hecho efectuadas por los Tribunales del orden civil<sup>49</sup>. La cuestión es —sostiene el Tribunal Constitucional— que la tesis del Tribunal Supremo vulnera los derechos fundamentales de la actora por diversos motivos. El argumento central puede sintetizarse en la consideración de que la resolución del Tribunal Supremo al aceptar la falta de colaboración del demandado y hacer recaer toda la prueba en el demandante, vino a imponerle una exigencia contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, colocándola, por ende, en una situación de indefensión<sup>50</sup>.

Cuando valora esta doctrina RIVERO HERNÁNDEZ (1994, 353) opina que no es razonable exigir «prueba de paternidad con independencia del valor probatorio, vía presunción *facti*, de la manera negativa a la prueba biológica»<sup>51</sup>. Las exigencias —continua diciendo este autor— deben ser las mínimas para evitar demandas «frívolas o malévolas». Afortunadamente podemos constatar la nula influencia de la STS de 30 de abril de 1992 en resoluciones ulteriores. Ciertamente, como hemos visto, las sentencias posteriores siguen la tónica general más favorable a los intereses del hijo como principal sujeto del derecho a la investigación de la paternidad, al conformarse con la concurrencia de otros indicios que complementen la negativa para formar un conjunto probatorio que apunte a la paternidad reclamada.

### *2.3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2005: divergencias sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a las pruebas biológicas*

Por lo que se refiere a los datos fácticos de la sentencia nos enfrentamos al supuesto prototípico en el que la madre, en interés del hijo menor de edad, ejercita la acción de reclamación de la paternidad contra el presunto padre. La demanda es desestimada por la sentencia de instancia y la de apelación al apreciar que no existía indicio o prueba de relaciones sexuales entre la actora y el demandado, y ni siquiera, que hubiese cierta amistad entre ellos. Ambas sentencias consideran que únicamente fue probado que el demandado y la actora se conocieron años antes del nacimiento del hijo, en el domicilio de aquél, sin que se hubiera acreditado que mantuviesen ningún tipo de relación con posterioridad. Sin embargo, la STS de 20 de septiembre de 2002 casa y anula

la resolución de segunda instancia y declara la paternidad del demandado, que interpone recurso de amparo contra la sentencia.

El TC estima el recurso de amparo en la STC 29/2005, de 14 de febrero, siendo ponente el Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas. La razón esencial radica en la consideración de que la STS de 20 de septiembre de 2002 se separa de la jurisprudencia consolidada en la materia al basar la atribución de la paternidad al demandado única y exclusivamente en la negativa de aquel a que le sean practicadas las pruebas biológicas, prescindiendo del resto del material probatorio obrante en autos. Y de ello deduce el TC las siguientes consecuencias:

1.<sup>a</sup>. Una de las fallas de la STS de 20 de septiembre de 2002 es que no analiza ni se ocupa de rebatir la conclusión probatoria que condujo a los Tribunales de instancia a la desestimación de la demanda de reclamación de la paternidad. Además, acusa al TS de citar como fundamento de su decisión sentencias en las que, a juicio del TC (que en este punto sigue también las apreciaciones del Ministerio Fiscal), no puede apoyarse en la medida que no avalan la posibilidad de la declaración de paternidad basada únicamente en la negativa del afectado a someterse a la prueba biológica de paternidad. Por el contrario, las resoluciones citadas reiteran la consolidada doctrina jurisprudencial sobre el valor de la negativa como indicio valioso que debe ser complementado con otros medios de prueba para fundar la declaración de la paternidad pretendida. En definitiva, la STS de 20 de septiembre de 2002 vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE como consecuencia de una motivación, al mismo tiempo, deficiente y carente de lógica, que pone de manifiesto que la resolución adolece de un vicio de irracionalidad.

2.<sup>a</sup>. Asimismo la Sentencia conculca el derecho de la igualdad en la aplicación de la Ley (*ex art. 14 CE*) al haberse separado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, «sin motivar ni justificar tal cambio de criterio» (fund. 6.<sup>º</sup>). Esta ausencia total de motivación hace que nos encontremos ante una ruptura del criterio jurisprudencial ocasional y aislada que por ellos se muestra ilegítima y arbitraria.

Una vez expuesto el contenido de la STC 29/2005, nos vemos obligados a poner en tela de juicio algunas de las valoraciones que la decisión constitucional realiza respecto a la STS de 20 de septiembre de 2002 que fue objeto del recurso de amparo. Antes queremos destacar el dato de que el ponente de esta sentencia es el Exmo. Sr. O'Callaghan Muñoz, autor de una de las monografías más significativas en materia de investigación de paternidad. Pasemos pues a enunciarlas brevemente:

1. En primer lugar, creemos que no es exacta la afirmación que constituye el núcleo central de la argumentación del TC: que la atribución de la paternidad tenga por causa única la conducta obstrucciónista del demando en la práctica de las pruebas biológicas. Esta idea queda desmentida si tenemos en cuenta la distinción que realiza la sentencia: «[a]sí en definitiva: si hay prueba

suficiente se declara la filiación, pese a una negativa a la prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que, unido a los indicios, permite declarar la filiación; si la prueba es más endeble, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama la filiación» (F. D. 3.º). Esto es, el TS considera que existe un indicio aunque sea ciertamente «endeble» (la prueba de que las partes se conocieron hace años en el domicilio del demandado) que justifica su decisión, correctora de la de la instancia, de atribuir la paternidad al demandado, que con su conducta, como precisa la sentencia, ha vulnerado los artículos 14, 39 y 118 CE (F. D. 3.º); otra cosa es, que como acabamos de reconocer, el TS hay incurrido en la falta de no explicar cuál es la valoración probatoria que en concreto debe sustituir a la efectuada en la instancia, limitándose a enunciar en abstracto unas ideas, sin ponerlas en conexión con el supuesto enjuiciado. De hecho, como vamos a ver a continuación, la STS de 20 de septiembre de 2002 forma parte de un amplio grupo de sentencias a las que se remite y que se caracterizan porque incrementan el valor probatorio concedido hasta ahora a la negativa.

2. En segundo lugar, y enlazando con lo dicho en el apartado anterior, tampoco es cierto que exista una incoherencia entre la decisión tomada y las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que aduce como fundamento de su decisión. En efecto, a partir del año 2000 el Tribunal Supremo ha dado un paso más en la tutela del derecho de toda persona a que se determine su filiación *ex artículo 39 CE*, al inclinarse por conceder un mayor valor a la negativa a las pruebas biológicas del que gozaba hasta la actualidad. Haremos referencia más adelante a esta nueva línea jurisprudencial.

3. De hecho, la STS de 7 de diciembre de 2005, que dicta el TS en sustitución de la sentencia anulada por el TC, declara nuevamente la paternidad reclamada basándose en que en el supuesto enjuiciado, junto a la negativa injustificada del demandado a someterse a la pruebas biológicas existen otros «indicios coadyuvantes» que privan de justificación a la negativa y colman su eficacia indiciaria: el encuentro previo de la actora y el demandado en el domicilio en época previa a la concepción, la imputación formal y exigente de paternidad al demandado en época contemporánea al nacimiento, la insistencia en sus requerimientos y el difícilmente explicable silencio por parte del demandado. Además la sentencia precisa que cuando existe una negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas «no es exigible que los demás indicios generen una virtualidad probatoria plena por sí mismos, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado de las cosas para corroborar el indicio especialmente significado derivado de la negativa a la práctica de la prueba pericial biológica» (F.D. 11)<sup>52</sup>.

#### *2.4. Determinación del supuesto de hecho en que la negativa opera como indicio singularmente valioso*

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta estamos en condiciones de definir el supuesto característico en el que la negativa desarrolla su eficacia probatoria. La negativa a las pruebas biológicas puede producirse en contextos diferentes. A este respecto cabe distinguir las siguientes posibilidades.

1º. Cuando el resto de las pruebas practicadas no aporten una base mínima para afirmar la paternidad discutida. Como hemos visto la negativa no puede llevar a la declaración de la filiación por sí misma; ha de conjugarse con otros indicios de paternidad. Así resulta de las SSTS de 4 de febrero de 1997, 4 de diciembre de 1998, 1 de octubre de 1999, 2 de octubre de 2000, 26 de marzo de 2001 y 8 de marzo de 2017. Como representativa de esta doctrina podemos extraer las afirmaciones de la de 4 de diciembre de 1998 cuando dice que «la mera negativa a someterse a la prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas al no constituir “*ficta confessio*”, no puede, por si sola, ser determinante de una declaración de paternidad», insistiendo en que no es más que un valioso indicio que necesita ser complementado por la concurrencia de otras pruebas, especialmente aquellas que evidencian la posibilidad de relaciones sexuales. Todas las sentencias citadas coinciden en afirmar que en ausencia de otras pruebas ninguna virtualidad cabe atribuir a la negativa a los efectos de demostración de la paternidad discutida.

Es menester, para entender este supuesto una visión retrospectiva al principio de prueba como requisito de admisión de la demanda. Vimos que, según la jurisprudencia, la exigencia legal resulta satisfecha si del relato fáctico de la demanda se desprende una base de credibilidad<sup>53</sup>. Y, si es así, será procedente la práctica de las pruebas biológicas. Cosa distinta es que después, en el periodo probatorio, sea cuando quede resuelta la veracidad o falsedad de los hechos alegados por la actora. Si finalmente no aparecen otros indicios de la paternidad, la negativa del demandado a la prueba biológica, justamente acordada, no producirá efecto alguno.

2º. Cuando existan pruebas suficientes para acreditar la paternidad reclamada, la negativa sirve para apuntalar la convicción del juez al reforzar la certeza del resultado probatorio. Así lo expresan la célebre STC 7/1994, de 17 de enero, y, más recientemente, la STS de 26 de septiembre de 2000.

3º. Es posible que existan indicios, pero no bastantes para dar lugar por sí solos a la declaración de paternidad. Es en esa situación donde cobra especial importancia la conducta obstrucciónista del demandado, en cuanto constituye un obstáculo para el esclarecimiento de los hechos (STS de 27 de junio de 1987). Y es, justamente, en estos casos dudosos donde la negativa al reconocimiento médico de los caracteres biológicos despliega con plenitud sus efectos probatorios. El Tribunal Constitucional lo expresa con toda claridad en la Sentencia 7/1994, Fundamento de Derecho 6º:

«Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas evidentes de paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en el de los supuestos dudosos, donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para demostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. 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 (...).»

En el mismo sentido se manifiestan las SSTS de 22 de mayo de 2000, 22 de noviembre de 2000 y 27 de junio de 2003; además todas ellas se remiten expresamente a la STC 7/1994 que, sin duda, supone una referencia clave en la construcción doctrinal sobre los efectos de la negativa.

### 3. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS EFECTOS PROBATORIOS DE LA NEGATIVA

Como ha apuntado la jurisprudencia en numerosas ocasiones, antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, la valoración de la negativa constituía un supuesto de determinación de la filiación permitido por el último inciso del artículo 135 del Código Civil. La STS de 27 de junio de 1987 es la primera resolución que alude expresamente a la previsión del artículo 135 como fundamento de la teoría jurisprudencial sobre la negativa. Como explica la citada sentencia, la clave de la regulación de este precepto se encuentra en la distinción entre pruebas directas de la generación o del parto, las indirectas o presuntivas, y, de las que hace una relación abierta pues incluye junto a algunas que enumera expresamente (...), aquellas otras de las que «se infiera la filiación de modo análogo». La valoración de la negativa como indicio aparece encajada en esta última categoría en la medida que implica la declaración de la paternidad apoyándose en la prueba de presunciones. En la misma línea la STS de 27 de enero de 1993 explica que conforme al artículo 135 *in fine*, a falta de pruebas directas, podrá declararse la filiación apoyándose en pruebas presuntivas, como es el caso de la negativa que goza de la consideración de fuerte indicio que «complementado con el resto de las pruebas indirectas, puede formar la convicción del juzgador en aras del reconocimiento de la paternidad discutida». Idéntica doctrina legal ha sido acogida por los Tribunales en los supuestos en que la negativa proviene de terceras personas como es el caso de los descendientes del progenitor fallecido. Así lo han decidido la STS de 2 de julio de 2000 y la SAP de Valencia de 30 de junio de 2000. En definitiva, la doctrina

legal sobre el valor probatorio de la negativa podía entenderse amparada en el artículo 135 del Código Civil antes de que fuese regulado expresamente por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. La regulación de la nueva Ley procesal es una cuestión que trataremos en breve.

La doctrina casacional sobre el carácter indiciario de la negativa ha sido compartida por el Tribunal Constitucional. Reflejo de esta acogida son los Autos 1296/1988, 1103/1990, 165/2002 y 371/2003. En el Auto 221/1990 de 31 de mayo rechaza que sea posible atribuir «un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose una carga «contra cives» que no está autorizada normativamente»; a continuación niega que la negativa puede ser equiparada a una *ficta confessio* cuando dice que «no puede tener encaje como prueba de confesión la conducta negativa de la parte a someterse a aquella prueba que no consiste ni implica declaración o falta de declaración sobre hechos, sino el análisis o comprobación de unos datos biológicos que escapan al conocimiento del propio interesado y solo pueden ser sacados a la luz e interpretados por personal científico». El espaldarazo definitivo se lo da la STC 95/1999 cuando afirma que «este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores, que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación autorizado por el artículo 135, *“in fine”*, del Código Civil. Asimismo recientemente el Auto 371/2003 reconoce expresamente que el Tribunal Constitucional ha seguido una línea coincidente con la jurisprudencia largamente consolidada del Tribunal Supremo sobre la virtualidad probatoria de la negativa.

#### 4. LA NEGATIVA A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS EN LA VIGENTE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. ÚLTIMAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

##### 4.1. *La regulación de Ley de Enjuiciamiento Civil I/2000: el mantenimiento del status quo anterior*

La gran novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil es que aborda frontalmente el tema de la negativa y acaba con el tradicional silencio legislativo en la materia precisando los efectos de la falta de cooperación del demandado a las pruebas biológicas. A tenor del artículo 767.4 la regla es la siguiente «la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas de paternidad o maternidad permitirán al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de éstas no se haya obtenido por otros medios». Del contenido de este precepto se deduce lo siguiente:

1. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil finalmente ha eludido toda complicación y ha optado por el continuismo. Es evidente que el contenido del precepto citado no es más que la consagración legislativa de los criterios consolidados tras la reforma de 1981 por nuestros Tribunales. No obstante si queremos incidir que en el proceso de elaboración de esta norma no estuvo exento de vacilaciones. De hecho, en el anteproyecto hubo un intento de dar autonomía probatoria a la negativa al suprimir la exigencia de que la negativa se viera complementada por otros indicios para dar lugar a la declaración de paternidad<sup>54</sup>. Esto podrá interpretarse como que el legislador tuvo sus dudas sobre el acierto y eficacia de la jurisprudencia dominante (dudas a nuestro juicio totalmente justificadas), aunque, finalmente acabó optando por su incorporación al texto legal.

2. La condición de carga procesal de la sumisión a las pruebas biológicas adquiere carta de naturaleza en nuestro sistema jurídico. Por ende, el destinatario del reconocimiento pericial no puede ser obligado físicamente a su práctica sin perjuicio de las significativas desventajas que ello pueda acarrearle: que la negativa acompañada de otros indicios pueda dar lugar a la declaración de la paternidad reclamada.

#### *4.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley rituaria*

El hecho de que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil mantenga la misma regla aplicada por nuestros tribunales sobre el valor probatorio de la negativa tiene como consecuencia la plena actualidad de la jurisprudencia dictada a propósito de este tema. De hecho hemos visto que las resoluciones posteriores a la nueva regulación procesal mantienen idéntica tendencia.

No obstante, hemos detectado un giro, que no es para nada irrelevante, en sentencias posteriores, aunque dictadas todavía en aplicación de la situación legal anterior (arts. 127 y 135 del Código Civil). En los últimos años se ha producido una evolución jurisprudencial más favorable al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.2 de la Constitución. Ya desde los inicios los Tribunales invocaban ese precepto como guía del criterio jurisprudencial en la determinación del valor de la negativa. La STS de 7 de julio de 1988 es la primera en acudir a este argumento, que después es reiterado en infinidad de sentencias. Si bien, en tiempos más recientes, nos encontramos con que el Tribunal Supremo ha dado un paso más al inclinarse por conceder un mayor valor a la negativa a las pruebas biológicas del que gozaba hasta la actualidad. Reflejo de esta nueva tendencia son las SSTS de 28 de marzo de 2000, de 17 de julio y 20 de septiembre de 2002, de 1 de julio y 19 de diciembre de 2003, de 25 de junio y 7 de julio de 2004, 26 de noviembre de 2004, 17 de noviembre de 2005, 7 de diciembre de 2005 y 28 mayo de 2005 y 18 de julio de 2017. La

mayoría de las sentencias citadas dicen expresa y literalmente que el valor de la negativa «ha aumentado cada vez más en la consideración jurisprudencial». ¿Qué manifestación práctica tiene este giro jurisprudencial? La consecuencia es evidente: si se ha incrementado el valor probatorio que los Tribunales conceden a la negativa, esto se traduce inequívocamente en una disminución del nivel de exigencia respecto a los restantes indicios probatorios que deben acompañar a la negativa para generar la declaración de paternidad. Así en la STS de 20 de septiembre de 2002 (a la que se remite la de 1 de julio de 2003) distingue tres contextos diferentes en que la negativa aparece acompañadas de otras pruebas: cuando las pruebas son suficientes (se da alguna de las pruebas indirectas que según la Ley son suficientes para declarar la paternidad), en cuyo caso la negativa no puede impedir que se declare la filiación. Cuando la prueba siendo insuficiente por sí sola, unida a la negativa permite declarar la paternidad; son los denominados supuestos dudosos por la STC 7/1994, de 17 de enero, hasta ahora los únicos que concedían a la negativa de un contexto fáctico adecuado para fundamentar la declaración de paternidad: caso prototípico, como vimos, es aquel en que la posibilidad de fecundación aparece unida a la negativa. Lo novedoso es que la resolución citada se refiere a un supuesto que hasta ahora no había sido tenido en cuenta a los efectos de declaración de la paternidad. Cuando la prueba es más «endeble» — respecto al caso anterior quiere decir la Sentencia — el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama la filiación. Es decir, cuando los indicios son más débiles, pero existen, y, es el demandado quien ha hurtado la posibilidad de dilucidar la verdad material; entonces sobre este deben recaer las consecuencias perjudiciales de tal conducta, estando legitimado el juez para declarar la paternidad. ¿Cuál es este supuesto en que existen unos indicios débiles o endebles? Cuando no han sido acreditadas relaciones sentimentales o de noviazgo, pero sí la existencia de una relación personal entre las partes ubicada en la fecha coincidente con la de procreación del hijo. Esta idea es paladina en la STS de 25 de junio de 2004 cuando dice literalmente que «si efectivamente no se demostró que entre los litigantes hubieran mediado relaciones de noviazgo, entendidas en el sentido tradicional, ha de tenerse en cuenta que no hace inevitable necesariamente que no hubieran mantenido relaciones sexuales, al predominar en estos tiempos las relaciones entre los jóvenes como de amigos sin proyección alguna hacia una futura unión matrimonial y así son frecuentes, por ser hecho notorio, que dichas relaciones en muchos casos no sean constantes y tengan lugar al margen de toda relación permanencial o cohabitación estabilizada»<sup>55</sup>. En la misma línea la STS de 18 de julio de 2017 sostiene que «no es necesario que se pruebe la existencia de relación sentimental entre las partes, pues basta con una simple relación de conocimiento de la que pudiera inferirse la posibilidad la posibilidad de la procreación (...), al estar acreditado que la demandante y el demandado

se conocían porque frecuentaban el mismo gimnasio». Estas sentencias se hacen eco de una nueva realidad sociológica, las relaciones sexuales heterosexuales esporádicas surgidas de simples relaciones amistosas, muchas veces ocasionales, que la sentencia califica de «hecho notorio» dado que ha pasado de convertirse un hecho excepcional y desvalorizado socialmente a un supuesto relativamente frecuente y mas o menos aceptado en nuestro entorno. Este cambio es fruto de importantes cambios sociales consolidados en el siglo pasado entre los que cabe citar como esenciales la liberación de la mujer y su igualación con el hombre, así como la libertad religiosa que propicia el surgimiento de nuevos valores en lo que a las relaciones sexuales se refiere (sin duda habrá más factores que nos corresponde aquí estudiar por tratarse de un trabajo estrictamente jurídico).

Cuál es el fundamento de esta doctrina, que supone un acercamiento a la posición aquí defendida de conceder autonomía probatoria a la negativa a la práctica de las pruebas biológicas. Todas las sentencias coinciden en esgrimir dos argumentos:

1. En primer lugar se alude a la naturaleza de los intereses en juego. En los procesos de filiación —dice la STS de 25 de junio de 2004 de manera similar a las demás— hay un interés social y de orden público que subyace a las declaraciones de paternidad pues en ellos están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos objeto de especial protección, de tal manera que transciende un derecho estrictamente individual. Además se ve afectado el derecho de toda persona a su identidad personal que es parte integrante de la dignidad de la persona que a tenor del artículo 10.1 de la Constitución es fundamento del orden político y de la paz social. La resolución que nos sirve de ejemplo se remite a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 que reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Igualmente la STS de 18 de julio de 2017 se refiere a «los intereses de tan alta valoración, como los ya expresados, que corresponden a la menor».

2. El hecho de que las pruebas biológicas constituyen un medio probatorio «esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación». El hecho es que al hallarse la prueba definitiva en poder de una de las partes en el litigio, es muy fácil para el demandado impedir la averiguación de la verdad material: le bastaría con negarse a someterse a la prueba biológica para colocar al otro litigante en una situación de indefensión y vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva. Además, como se precisa en la STS de 18 de julio de 2017, hoy en día para realizar las pruebas biológicas ni siquiera hace falta practicar un análisis de sangre, pues basta con obtener muestras de ADN de forma prácticamente indolora.

3. En consecuencia, el Tribunal Supremo deduce «la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso a fin de que el

órgano judicial pueda descubrir la verdad». En definitiva, que aquel que, sin causa que lo justifique, impida el ejercicio de toda persona a conocer su filiación, es quien debe sufrir las consecuencias perjudiciales de dicho comportamiento. A partir de ese momento, basta con unos indicios más débiles que los exigidos hasta ahora para dar lugar a que se declare la filiación. Estos argumentos ya habían sido empleados por los Tribunales para justificar (STS de 14 de julio de 1988 y STC 7/1994 y STC 95/1999 entre otras) la consideración del sometimiento a las pruebas biológicas como una carga cuyas consecuencias perjudiciales, determinadas por nuestros Tribunales, debe sufrir el demandado. Ahora sirve para justificar el mayor peso que se está concediendo a la negativa y, por tanto, la disminución de los obstáculos para dar lugar a la declaración de paternidad.

Se trata de una doctrina más progresiva en cuanto trata de incrementar nivel de protección del derecho de toda persona a una filiación. Al mismo tiempo queda patente el empeño de los Tribunales de encontrar una sanción eficaz para estimular la aceptación por parte de los demandados a que se les practique las pruebas biológicas dado lo harto frecuente que resulta la adopción de una conducta obstrucciónista por parte de aquellos. Esto hace que cualquier indicio por endeble que sea vaya a ser tenido en cuenta por el juzgador. Si bien la profundización en esta línea jurisprudencial tiene el límite infranqueable representado por el artículo 767.4 de la Ley rituaria que impide que la negativa por si sola pueda producir la declaración de paternidad.

##### 5. JUICIO CRÍTICO A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS EFECTOS DE LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y A LA REGULACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000

Hemos podido comprobar que la doctrina sobre la virtualidad probatoria de la negativa gira en torno a dos puntos: la negativa a las pruebas biológicas es un indicio cualificado y, como tal indicio, ha de ser complementado por otros medios de prueba que cimenten la declaración de paternidad. La justificación de esta opción jurisprudencial es también doble: la imposibilidad de imponer la negativa con carácter coactivo; así como la de conferirle el valor de *ficta confessio*. Aunque no podemos negar el gran esfuerzo realizado por el Tribunal Supremo, hemos de manifestar que la solución seguida nos suscita algunos reparos.

Para empezar, a pesar de que la jurisprudencia ha insistido hasta la saciedad en el valor relevante que otorga a la negativa, utilizando adjetivos de lo más variados (indicio, cualificado, muy cualificado, valioso, fuertemente presuntivo, etc...), creemos que tales afirmaciones no responden a la realidad. Hemos podido comprobar que para que la negativa engendre la declaración de pater-

nidad es necesario que al menos resulten acreditadas las relaciones amorosas en la época de la concepción que pongan de manifiesto la probabilidad de las relaciones sexuales entre los litigantes en aquel momento. Esto manifiesta que, a pesar de los expresivos términos vertidos por nuestros Tribunales, realmente no estamos hablando de mínimos, sino de máximos. Pues quien podría dudar que la suma de estos dos indicios, (cuando ni siquiera se ha probado que la madre tuvo relaciones sexuales con otros hombres en la época de la concepción, como ocurre en la mayor parte de los supuestos enjuiciados) debe dar lugar a la paternidad reclamada. El paso siguiente sería la prueba directa de la generación vetada sospechosamente por el demandado. En definitiva creemos que lo cierto es que la negativa no es valorada como un indicio muy cualificado. Realmente los que si gozan de la consideración legal de indicios especialmente valiosos o cualificados (como gusta de decir el TS) son los supuestos contemplados específicamente en el último inciso del artículo 135 (posesión de estado, reconocimiento expreso o tácito y la convivencia de la madre en la época de la concepción), en la medida en que, como dice el precepto «pueden» dar lugar por sí mismos a la declaración de paternidad. Esta libertad de la que goza el Juez (obsérvese que el precepto dice «podrá») le da margen para declarar la paternidad cuando, careciendo de una prueba directa de la generación, haya adquirido una certeza moral sobre la paternidad discutida.

No obstante, el gran problema, se plantea en aquellos casos en la parte actora (generalmente la madre en representación del menor, o el hijo de mayor edad, y en algunos pocos casos el presunto padre) carece de otro elemento probatorio que no sean las pruebas biológicas. En estos casos el demandado tiene «patente de corso» para bloquear la investigación de la paternidad. Todo está en sus manos. Le basta con negarse a la práctica de las pruebas biológicas para evitar que la filiación quede legalmente determinada.

Por estos motivos, aun siendo conscientes del esfuerzo hecho por el Tribunal Supremo por colmar el vacío legal existente hasta el año 2000, creemos que quizás ha pecado de excesiva prudencia a la hora de determinar los efectos de la negativa. Por ello nos parecen más acertadas las propuestas de algunos autores que, sin llegar a defender la consideración de la negativa como una *ficta confessio*, entienden que nos encontramos ante una «actitud sospechosa» que implica un reconocimiento tácito por parte del demandado que no es capaz de esgrimir ninguna justificación estimable de su conducta. Como puntualizaba CUADRADO IGLESIAS (1990, 625) una vez admitida la demanda, es realmente muy difícil que el demandado pueda justificar su rechazo a las pruebas biológicas pues se supone que «(...) el juez, previamente, habrá ponderado lo razonable de la petición que se formula»<sup>56, 57</sup>. Es decir, la admisión de la demanda, lógicamente hace procedente la práctica de la prueba biológica, y por ende, implica que resulte injustificada la negativa. Así las cosas, solo la consideración de la negativa como un reconocimiento tácito supone atribuirle un valor probatorio

relevante o cualificado. Esta opción habría quedado arropada bajo la regulación anterior por el inciso último del artículo 135 del Código Civil cuando dice que la paternidad podrá inferirse de otros hechos que se estimen análogos. Creemos que los Tribunales no aprovecharon el recurso a la analogía permitido expresamente por el legislador. Y es que a nuestro juicio no es un disparate apreciar la existencia de identidad de razón entre el reconocimiento tácito y la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas que resulta de la contradicción que existe en la conducta del demandado de oponerse a la demanda rechazando la paternidad reclamada y al mismo tiempo negarse al sometimiento a las pruebas biológicas conducentes a la verdad biológica.

Esta postura que defendemos tiene la ventaja de ser la más favorable a la investigación de la paternidad y, en consecuencia, permite hacer efectivo el derecho de toda persona a que su filiación quede determinada, que adquiere especial relevancia cuando se trata de un menor. Se podrá objetar que se corre el riesgo de favorecer demandas temerarias o malintencionadas, tégase en cuenta que ya existen mecanismos en nuestro sistema jurídico para protegerse y obtener la reparación del daño que puedan suponer las mismas. Y en todo caso es mejor que la alternativa contraria, que posibilita que haya supuestos en que la filiación quede indeterminada como consecuencia de una conducta fraudulenta del presunto padre. Si la negativa constituye un fraude de ley y un abuso de derecho debería como tal inicio valioso ser suficiente para generar una presunción *seu iudicis* conducente a la apreciación de la paternidad. Es menester tener presente que el principio rector en la materia y que debe orientar la práctica judicial es el *favor filii*.

Esta idea se ve avalada por la dudosa eficacia que la tesis jurisprudencial ha demostrado a lo largo del tiempo. De hecho sigue siendo ingente el número de sentencias en las que la cuestión central es la falta de cooperación del demandado a la averiguación de la realidad genética. Esto pone de manifiesto que nos enfrentemos a un problema no resuelto satisfactoriamente en la medida en que la regla postulada por los Tribunales no ha sido capaz de evitar la reiteración de una conducta que obstaculiza la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque la realización de la prueba biológica constituye una carga parece que las consecuencias que acarrea no son lo suficientemente disuadoras como para que opte por cooperar con los Tribunales de justicia en la obtención de la verdad material. Es evidente que compensa al demandado a insistir en esta conducta obstrucciónista ante la eventualidad de que la demanda únicamente cuente con las pruebas biológicas para demostrar la paternidad que reclama.

De acuerdo con lo que acabamos de afirmar, se deduce fácilmente nuestra opinión desfavorable respecto a la regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que convierte en norma imperativa la doctrina jurisprudencial sobre la virtualidad probatoria de la negativa. Es más, la ventaja que tenía el sistema anterior es que los artículos 127 y 135 del Código Civil concedían un

amplio margen de libertad al juzgador y, aunque había sentada jurisprudencia, siempre era posible un cambio de orientación por parte de nuestros Tribunales a la luz de la experiencia adquirida. De hecho, hemos podido comprobar que en las últimas sentencias dictadas sobre la negativa todavía en aplicación de la regulación del Código Civil rebajan sustancialmente el nivel de exigencia respecto de los indicios que han de acompañar a la misma para producir la declaración de paternidad. Sin embargo desde la entrada en vigor de la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 existe un límite legal infranqueable que impide que la negativa pueda considerarse como un hecho análogo al reconocimiento tácito de la paternidad reclamada, en la medida que la Ley únicamente permite atribuirle virtualidad probatoria si aparece completada por otros indicios<sup>58</sup>. Los razonamientos expuestos nos llevan a plantearnos si la supuesta laguna de la legislación anterior respecto al problema de la negativa a las pruebas biológicas respondía, no a un olvido del legislador de 1981, más una meditada decisión que ha preferido favorecer la justicia *in casu* dando un amplio margen de libertad al juez.

### III. ÁMBITO DEL DERECHO A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. VERDAD BIOLÓGICA VERSUS SEGURIDAD JURÍDICA

Hemos visto que son numerosas las sentencias que reconocen el rango o dimensión constitucional del derecho a investigar la paternidad. A pesar de la trascendencia del derecho de todo hijo a conocer su filiación biológica la doctrina coincide en reconocer que el derecho a la libre investigación de la paternidad ni mucho menos tiene carácter absoluto. Al contrario, está sometido a diversas limitaciones que resultan de otros principios o criterios que conviven con el de verdad biológica en la regulación de la filiación. Este es el caso de la seguridad jurídica encarnada en este caso en estabilidad familiar, y en el principio de consentimiento o de «autorresponsabilidad» que se manifiesta de manera paladina en la regulación de la adopción y en la Ley de técnicas de reproducción asistida<sup>59</sup>. El régimen jurídico de la filiación es el resultado del delicado equilibrio entre todos los principios o valores enunciados. Lo que nos proponemos en este epígrafe es definir los contornos del derecho a investigar la paternidad tal y como está configurado en nuestro ordenamiento y someter a un análisis crítico sus limitaciones legales, así como su aplicación en la práctica judicial. Todo ello desde la perspectiva del *favor filii* como principio ante el que deben claudicar todos los demás.

Para la tarea propuesta debemos partir del siguiente hecho: el derecho a investigar la paternidad solo opera en el ámbito de los procesos de filiación<sup>60</sup>. En consecuencia las pruebas biológicas únicamente son posibles en el seno del proceso iniciado a consecuencia del ejercicio de las acciones de reclamación

o impugnación de la filiación. En definitiva, no es posible la práctica de las pruebas biológicas fuera del proceso. Por este motivo SILLERO CORVETTO y ASENSIO SÁNCHEZ (1998, 1093), sostienen que se trata de un derecho de naturaleza procesal<sup>61</sup>. Este es el punto de partida necesario para a continuación analizar los límites de este derecho:

1.º. La sentencia firme en que desembocan los procesos de filiación es solo uno de los modos de determinación de la filiación. En los otros supuestos que contempla nuestro ordenamiento ninguna relevancia tienen las pruebas biológicas (así por ejemplo la filiación determinada por reconocimiento que hace perfectamente posible los reconocimientos de complacencia). Ni siquiera es posible la práctica de esas pruebas en los supuestos en que la filiación es determinada como consecuencia de expediente ante el Registro Civil. Esto significa que la verdad biológica solo ha de primar cuando la filiación determinada por cualquiera de los otros medios legales sea cuestionada por alguno de los sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones de filiación. Esto pone de manifiesto que verdaderamente el principio de verdad biológica tiene carácter subsidiario o marginal en lo que se refiere a la determinación de la filiación. Este principio convive con otros que tienen igual, o incluso, podría decirse que mayor importancia que aquel. De la constatación de este hecho no debe deducirse una crítica por nuestra parte; al contrario, simplemente tratamos de poner de relieve que la filiación responde más a un concepto cultural y sociológico que biológico. Aquí predomina sin duda el principio voluntarista o de autorresponsabilidad que responde a valores sociológicos y culturales<sup>62</sup>.

2.º. Además el derecho a la investigación de la paternidad está sometido a restricciones también dentro del ámbito que le es propio. Así las acciones de filiación están sometidas a ciertos límites. Esto se manifiesta en el círculo de personas legitimadas para ejercitar las acciones; en que en ocasiones el ejercicio de la acción queda sometido a plazos de caducidad; y en la prevalencia que en algunos casos se da a las relaciones de hecho sobre la verdad biológica. Solo así se explica que el recurso a las pruebas biológicas no sea obligatorio pudiendo declararse la paternidad con apoyo exclusivo en las pruebas indirectas previstas en el artículo 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (posesión de estado, reconocimiento táctico, etc...). En estos casos la paternidad resultante de la conducta de las personas implicadas no tiene porque coincidir con la realidad genética, y si no es cuestionada por los sujetos implicados, puede funcionar como factor determinante de la filiación legal.

Sin embargo, algunos de los límites enunciados han sido suprimidos por el Tribunal Supremo aún a costa de defender una interpretación muy forzada de la regulación legal. Esta posición responde al designio imperante de conceder cada vez más protagonismo al principio de la verdad biológica sobre el de verdad formal. Esto se ha producido especialmente en dos supuestos. En primer lugar, el supuesto de la actuación de la acción de reclamación matrimonial

cuando falta la posesión de estado. En este caso el artículo 133 del Código Civil establece que corresponde exclusivamente al hijo durante toda su vida. Por tanto, el citado precepto omite toda referencia a los progenitores. El progenitor determinado legalmente, que habitualmente será la madre podrá en su condición de representante legal del hijo menor de edad ejercitar la acción de reclamación contra el varón. De hecho la inmensa mayoría de las sentencias relativas al ejercicio de esta acción contemplan este supuesto. Quien legamente está impedido de reclamar su propia paternidad extramatrimonial es el padre biológico<sup>63</sup>. No obstante por obra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo la legitimación activa ha sido extendida al padre biológico. La primera sentencia en romper con el criterio legal fue la de 5 de noviembre de 1987. En la actualidad constituye jurisprudencia consolidada<sup>64</sup>. El fundamento de esta doctrina radica en una interpretación sistemática de los artículos 133 y 134 del Código Civil: en atención a que este último precepto contempla el ejercicio de la acción de reclamación «por el hijo o progenitor», debe entenderse incluido también a este último en el artículo 133. Esta interpretación, sin duda de dudosa legalidad, como ha puesto de relieve algún autor ha sido hecha con la sana intención de favorecer la primacía de la verdad biológica<sup>65</sup>.

El segundo caso se refiere a la acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial. Esta acción es ejercitada por el marido con el fin de demostrar que no es el padre del hijo de su mujer. El artículo 136 del Código Civil legitima al marido para ejercitar la acción de impugnación de su paternidad el plazo de un año contado desde la inscripción de la paternidad en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Ahora bien, la pregunta es que ocurre, en aquellos casos, probablemente muy frecuentes, en que el marido conoce demasiado tarde que el hijo no es suyo: cuando ha transcurrido más de un año desde que se produjo la inscripción en el Registro Civil y tuvo conocimiento del nacimiento. Es evidente que no podrá ejercitar la acción de impugnación de conformidad con lo establecido en el artículo 136. Y la pregunta es ¿cómo pretende el legislador que ejercite la acción la filiación quien no conoce los hechos que fundamentan la misma? La facultad de impugnación del progenitor resulta más virtual que real pues mal puede hacer uso de ella si es completamente ajeno a su existencia. Es evidente que la regla del artículo 136 está pensada para proteger ante todo la seguridad jurídica, aún a costa de mantener la discrepancia entre la realidad jurídica y la biológica. Y puede llevar a situaciones muy injustas al permitir que devenga inatacable un estado de filiación que no es real. Esta regla no solo perjudica al progenitor sino sobre todo al hijo: vulnera, por tanto el *favor filii*. Sin duda estas consideraciones han llevado a nuestro Tribunal Supremo a establecer en las SSTS de 30 de enero de 1993, de 23 de marzo de 2001, y de 15 de septiembre de 2003 la regla de que el plazo será computado mientras el marido no conozca que no es el verdadero padre. Es cierto que se trata de una interpretación

contraria a la letra y espíritu del precepto. Pero las características comunes a los supuestos enjuiciados por estas resoluciones hacen casi irresistible la modificación del criterio legal que propiciaba un resultado dolorosamente injusto. Veamos cuáles son estas:

Obviamente en todos los casos el marido supo la verdad años después de que se hubiera producido el nacimiento del hijo y la inscripción en el Registro Civil. Y este es el motivo por el cual no le fue posible hacer uso de la facultad de impugnación tempestivamente. En el caso de la STS de 23 de marzo de 2001 la concepción de la hija tuvo lugar en 1970 cuando ya estaban separados los cónyuges y la madre inscribió la niña en el Registro Civil a nombre del marido sin que este lo supiera hasta que se lo comunicó un familiar por medio de certificación expedida el 2 de octubre de 1991. Más alucinante es si cabe el supuesto de la STS de 15 de septiembre de 2003: inscripción de la filiación matrimonial tuvo lugar con la aquiescencia del marido y trece años después este tuvo conocimiento como consecuencia de un informe médico que había solicitado a causa de la dificultad para tener descendencia en su segundo matrimonio, que era estéril de nacimiento y por ello incapaz para procrear.

En todos los casos el demandante se comportó con la máxima diligencia, sin que se le pueda achacar ninguna demora o dejación por su parte. Así tan pronto como aquel tuvo la mera sospecha de la incertezza de su paternidad se dispuso a ejercitar la acción correspondiente. Y en los tres casos antes de que hubiera transcurrido un año desde que el demandante tuvo conocimiento de la falsedad de su paternidad.

Tanto en la Sentencia de 1993 como en la de 2003 la prueba biológica practicada en el proceso dio un resultado negativo quedando excluida fuera de toda duda su paternidad biológica. Más sangrante fue la conducta de las demandas en el caso de la Sentencia de 2001 donde no se practicó la prueba biológica porque madre e hija reconocieron expresamente que el demandante no era el padre biológico pero aducían que la demanda debía ser desestimada en virtud del estado de filiación que el demandado había venido reconociendo tácitamente desde hacía más de veinte años. Alegación que no está exenta de cinismo, si tenemos en cuenta que la falta de actuación del demandado se debió justamente a la ocultación alevosa por parte de la madre de que habría inscrito a su hija a nombre de aquel.

El TS aduce como argumento fundamental en las resoluciones que estamos comentando que una interpretación «rigurosa y literal» del artículo 136 en los casos que la paternidad está absolutamente descartada genera una seria contradicción con el espíritu que invade a la reforma propiciada por la Ley de 13 de mayo de 1981 que tiene como uno de sus objetivos fundamentales que prevalezca la verdad biológica sobre la presunta. Asimismo, las sentencias comentadas aluden al artículo 39.2 de la Constitución que asegura la protección integral de los hijos que no congenia con anomalía de atribuir la potestad de los

hijos a quien no es su padre. Abundando en las justificaciones de esta doctrina legal la STS de 2001 alude al artículo 1969 del Código Civil que establece la regla de que «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Aunque en numerosas ocasiones el legislador se desvía de esta regla cuando somete el ejercicio de un derecho a un plazo de caducidad priorizando la seguridad jurídica, empero es evidente que para el Tribunal Supremo esta excepción resulta del todo improcedente cuando se ventila una cuestión de orden público como el estado civil de filiación, donde ha de primar ante todo la justicia material encarnada en este caso en la verdad biológica<sup>66, 67</sup>.

3.<sup>a</sup>. La investigación de la paternidad solo es posible cuando la filiación tiene su base en la generación natural. El principio de verdad biológica no actúa en los supuestos de filiación civil surgida del consentimiento o voluntad de los progenitores. En consecuencia no cabe la búsqueda de la verdad biológica ni en los supuestos de filiación adoptiva, ni cuando la filiación es consecuencia de las técnicas de reproducción asistida mediante la donación de material reproductor. La Ley garantiza el anonimato del donante cuya identidad solo podrá ser revelada en circunstancias extraordinarias. En principio parece lógico que sea así en los supuestos enunciados donde la filiación no se basa en la realidad genética, sino en la voluntad de los padres. Pero de lo que estamos hablando es de la posibilidad de investigar la paternidad sin que suponga la modificación de la filiación legalmente determinada. En la actualidad cada vez se oyen más voces que sostienen la existencia de un derecho a conocer el propio origen biológico que se traduzca en una acción de investigación de la paternidad cuyos resultados no repercutan en el estado civil de filiación<sup>68</sup>. Quienes abogan por la existencia de este derecho derivan su existencia de la propia Constitución. En concreto el derecho a conocer la filiación biológica encuentra su fundamento en el artículo 39.2 en relación con los artículos 10,14 y 15 de la Carta Magna. Como dice VIDAL PRADO (1996, 266) del artículo 39.2, *in fine*, resulta que «todo español tiene derecho a conocer quién es su padre y su madre»<sup>69</sup>. Por su parte RIVERO HERNÁNDEZ (1993, 479 y 480) defiende que el derecho a conocer el propio origen biológico «guarda íntima relación con el derecho de toda persona a conocer su verdadera filiación, su origen, la estructura profunda (casual) de su personalidad, y cuantos datos lo conforman (...); porque el derecho al libre desarrollo de la personalidad —el que sin duda incide en forma muy importante no solo el origen genético, sino su conocimiento o las dudas sobre él—, o la dignidad de la persona son derechos fundamentales que la Constitución reconoce (art. 10.1)»<sup>70</sup>. Idéntica postura defienden SILLERO CROVETTO y ASENSIO SÁNCHEZ (1998,1108), que consideran que el derecho a conocer el propio origen biológico está inserto en los artículos 10.1 y 24.1 de la Constitución, y, además, ponen en duda la constitucionalidad de la protección del anonimato del

donante del gameto<sup>71</sup>. CUADRADO IGLESIAS (1994, 602) por su parte considera que el artículo 39.2 CE también ampara la investigación de la paternidad de los nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida<sup>72</sup>. QUESADA GONZÁLEZ (1994, 237-302) sostiene la configuración de este derecho como un derecho de la personalidad en nuestro ordenamiento<sup>73</sup>.

La jurisprudencia no ha permanecido ajena a estas nuevas tendencias. Así hemos encontrado alguna resolución en la que se hace referencia, aunque sea de pasada, al derecho de todo ser humano a conocer su origen biológico. Este es el caso de la STS de 21 de septiembre de 1999 que se refiere al «derecho de las personas a conocer su herencia genética». También la STS de 2 de octubre de 2000 cuando habla del «interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre»; derecho que —dice la sentencia— persigue no solo la determinación de la filiación sino es necesario también para «la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud».

4.º Por último, hay que hacer referencia a un límite a la investigación de la paternidad suprimido por la jurisprudencia y que constituía una discriminación injustificada de la filiación no matrimonial respecto de la matrimonial. Hasta el año 1999 los artículos 47 de la Ley de Registro Civil y 182 del Reglamento del Registro Civil concedían a la madre no casada el derecho a desconocer a su hijo dentro de los quince días siguientes a la inscripción de filiación en el Registro Civil, aun cuando la identidad de la madre coincidiese con el parte o comprobación reglamentaria. Por su parte el artículo 167 del Reglamento del Registro Civil permitía a la madre la posibilidad de ocultar la maternidad, impidiendo que constase su identidad en el parte médico de asistencia al parto. El fundamento de estas fuertes limitaciones a la investigación de la maternidad radicaba en la protección de la intimidad y honorabilidad de la madre no casada con la finalidad de evitar abortos e infanticidios. Estos supuestos procedentes de la legislación anterior, y, pensadas para una realidad sociológica diferente a la actual, fueron declarados inconstitucionales por la STS de 21 de septiembre de 1999 a consecuencia de la vulneración de diversos preceptos constitucionales. Evidentemente esta regulación se opone frontalmente al derecho de toda persona a conocer a su padre y madre biológica, constituyendo una infracción de los principios constitucionales de libre investigación de la paternidad y de igualdad (arts. 39.2 y 14 CE). En consecuencia la sentencia citada declara que el artículo 47 de la Ley del Registro Civil y sus concordantes, artículos 167 y 182 del Reglamento del Registro Civil, quedan derogados por inconstitucionalidad sobrevenida.

#### IV. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA

En este trabajo hemos tratado de extraer y exponer las reglas esenciales que rigen la investigación de la paternidad en el Derecho español. De todo lo

dicho en estas páginas y a modo de recapitulación final, queremos insistir en tres ideas que consideramos especialmente significativas:

I. Tiene razón la doctrina cuando hace hincapié en que el principio de verdad biológica no goza de supremacía en materia de filiación. Su *vis atractiva* es consecuencia de su reconocimiento reciente, y con ello, de la novedad que ha supuesto en nuestro sistema jurídico, sin minimizar su importancia. El principio de verdad biológica convive con otros principios igualmente importantes, como el de estabilidad familiar y el de autorresponsabilidad, con los que no existe una relación jerárquica. El hecho de que, dependiendo en que supuestos, prevalezca unos u otros, viene determinado por cual sea la solución más adecuada para la satisfacción del que sin duda es principio supremo en la materia: el del *favor filii*. Manifestaciones de este fenómeno son que no se pueda hablar ni de supremacía ni de subsidiariedad de las pruebas biológicas respecto de otro tipo de pruebas en los procesos de filiación y los límites impuestos a las acciones de filiación.

Hemos visto que algunos de estos límites han sido eliminados sabiamente por el Tribunal Supremo; en ocasiones a través de interpretaciones ciertamente contrarias al tenor gramatical de los textos legales, pero que se ven amparadas por el espíritu que anima a la regulación del derecho a investigar la paternidad.

II. Creemos que aún no se han encontrado una solución satisfactoria para la problemática que plantea la negativa injustificada a la práctica de las pruebas biológicas. El tiempo ha evidenciado que su consideración como mero indicio, todo lo valioso que se quiera, no ha sido suficiente para erradicar esta conducta gravemente obstrucciónista. Además esta doctrina provoca absoluta indefensión en aquellos supuestos en que la parte actora no dispone de otro tipo de pruebas. Es cierto, que en las últimas sentencias se observa un intento de incrementar el valor probatorio de la negativa para superar estas deficiencias. No obstante de *lege data* consideramos que lo idóneo sería permitir que la negativa pueda por sí sola fundamentar la declaración de la paternidad como remedio más eficaz para evitar la constante vulneración del derecho de toda persona al conocimiento y reconocimiento de su filiación biológica.

III. Por último, solo nos queda manifestar la postura favorable a que se introduzca en nuestro Derecho positivo una pura acción de investigación de paternidad autónoma e independiente de las acciones de filiación que haga realidad el derecho de toda persona a conocer su origen biológico que, como hemos visto, encuentra justificación en la propia Constitución.

## JURISPRUDENCIA

- STS de 14 de octubre de 1985.
- STS de 8 de julio de 1986.
- STS de 10 de noviembre de 1986.

- STS de 27 de junio de 1987.
- STS de 5 de noviembre de 1987.
- STS de 12 de noviembre de 1987.
- STS de 14 de noviembre de 1987.
- STS de 10 de marzo de 1988.
- STS de 11 de marzo de 1988.
- STS de 18 de marzo de 1988.
- STS de 21 de mayo de 1988.
- STS de 3 de junio de 1988.
- STS de 30 de junio de 1988.
- STS de 7 de julio de 1988.
- STS de 14 de julio de 1988.
- STS de 23 de septiembre de 1988.
- STS de 15 de noviembre de 1988.
- STS de 3 de diciembre de 1988.
- STS de 15 de marzo de 1989.
- STS de 5 de mayo de 1989.
- STS de 24 de mayo de 1989.
- STS de 5 de febrero de 1990.
- STS de 23 de febrero de 1990.
- STS de 23 de octubre de 1990.
- STS de 6 de febrero de 1991.
- STS de 25 de abril de 1991.
- STS de 14 de mayo de 1991.
- STS de 20 de mayo de 1991.
- STS de 3 de junio de 1991.
- STS de 6 de junio de 1991.
- STS de 3 de diciembre de 1991.
- STS de 20 de diciembre de 1991.
- STS de 25 de enero de 1992.
- STS de 30 de enero de 1992.
- STS de 2 de febrero de 1992.
- STS de 6 de febrero de 1992.
- STS de 17 de marzo de 1992.
- STS de 27 de marzo de 1992.
- STS de 2 de abril de 1992.
- STS de 30 de abril de 1992.
- STS de 17 de mayo de 1992.
- STS de 4 de junio de 1992.
- STS de 6 de junio de 1992.
- STS de 17 de junio de 1992.
- STS de 5 de octubre de 1992.

- STS de 24 de noviembre de 1992.
- STS de 26 de enero de 1993.
- STS de 27 de enero de 1993.
- STS de 30 de enero de 1993.
- STS de 4 de febrero de 1993.
- STS de 24 de febrero de 1993.
- STS de 26 de febrero de 1993.
- STS de 28 de abril de 1993.
- STS de 14 de mayo de 1993.
- STS de 18 de mayo de 1993.
- STS de 8 de octubre de 1993.
- STS de 20 de octubre de 1993.
- STS de 30 de octubre de 1993.
- STC 7/1994, de 17 de enero.
- STS de 21 de octubre de 1994.
- STS de 16 de diciembre de 1994.
- STS de 20 de diciembre de 1994.
- STS de 8 de mayo de 1995.
- STS de 4 de julio de 1996.
- STS de 20 de octubre de 1996.
- STS de 28 de octubre de 1996.
- STS de 4 de febrero de 1997.
- STS de 28 de febrero de 1997.
- STS de 19 de marzo de 1997.
- STS de 13 de marzo de 1998.
- STS de 22 de junio de 1998.
- STS de 26 de septiembre de 1998.
- STS de 4 de diciembre de 1998.
- STS de 28 de diciembre de 1998.
- STS de 11 de mayo de 1999.
- STS de 28 de mayo de 1999.
- STC 95/1999, de 31 de mayo.
- STS de 26 de junio de 1999.
- STS de 26 de julio de 1999.
- STS de 2 de septiembre de 1999.
- STS de 21 de septiembre de 1999.
- STS de 1 de octubre de 1999.
- STS de 5 de octubre de 1999.
- STS de 12 de septiembre de 1999.
- STS de 21 de septiembre de 1999.
- STS de 18 de marzo de 2000.
- STS de 26 de marzo de 2000.

- STS de 28 de marzo de 2000.
- STS de 29 de marzo de 2000.
- STS de 22 de mayo de 2000.
- STS de 30 de mayo de 2000.
- SAP de Valencia de 30 de junio de 2000.
- STS de 2 de julio de 2000.
- STS de 17 de julio de 2000.
- STS de 20 de septiembre de 2000.
- STS de 26 de septiembre de 2000.
- STS de 2 de octubre de 2000.
- STS de 22 de noviembre de 2000.
- STS de 24 de enero de 2001.
- STS de 23 de marzo de 2001.
- STS de 26 de marzo de 2001.
- STS de 28 de junio de 2001.
- STS de 26 de julio de 2001.
- STS de 12 de febrero de 2002.
- STS de 17 de julio de 2002.
- STS de 20 de septiembre de 2002.
- STS de 30 de septiembre de 2002.
- STS de 27 de diciembre de 2002.
- STS de 11 de marzo de 2003.
- STS de 17 de junio de 2003.
- STS de 27 de junio de 2003.
- STS de 1 de julio de 2003.
- STS de 7 de julio de 2003.
- STS de 11 de septiembre de 2003.
- STS de 15 de septiembre de 2003.
- STS de 10 de noviembre de 2003.
- STS de 19 de diciembre de 2003.
- STS de 31 de diciembre de 2003.
- STS de 16 de junio de 2004.
- STS de 25 de junio de 2004.
- STS de 7 de julio de 2004.
- STS de 16 de julio de 2004.
- STS de 26 de noviembre de 2004.
- STS de 1 de septiembre de 2004.
- STC 29/2005, de 14 de febrero.
- STS de 27 de octubre de 2005.
- STS de 17 de noviembre de 2005.
- STS de 22 de noviembre de 2005.
- STS de 7 de diciembre de 2005.

- STS de 2 de febrero de 2006.
- STS de 8 de marzo de 2008.
- STS de 28 de mayo de 2015.
- STS de 8 de marzo de 2017.
- STS de 18 de julio de 2017.

## BIBLIOGRAFÍA

- BLASCO FASCO, F. (1995). *Derecho de Familia*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- BUJOSA VADELL, L. (1996). El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero), *RGD*, núm. 616-617, 179-200.
- BUSTOS LAGO, J. M. (2005). Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional «ortodoxa»), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, enero-diciembre, 7-54.
- CUADRADO IGLESIAS, M. (1990). La investigación de la paternidad y la maternidad, *Centenario del Código Civil* (1998-1989), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 576-633.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001). *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Derecho de familia y Derecho de Sucesiones, 7.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid.
- ETXEBARRÍA GURIDI, J. F. (2000). La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación, AC, tom. I, 467-500.
- FÁBREGA RUIZ, F. (1998). Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas, *ADC*, vol. 51, núm. 2, 633-680.
- (1999). *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada.
- LLEDÓ YAGÜE (1986). Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad, *La Ley*, tom. 1, 1074-1083.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1993). *Investigación de la paternidad (Acciones de filiación. Investigación de la paternidad. Pruebas biológicas)*, Actualidad Editorial, Madrid.
- QUICIOS MOLINA, S. (2001). Acción de impugnación de la paternidad patrimonial por el marido: aun transcurrido el plazo de caducidad previsto legalmente la verdad biológica reconocida por las demandas debe triunfar, *CCJC*, núm. 57, octubre-diciembre, 761-773.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> C. (1994). El derecho constitucional a conocer el propio origen biológico, *ADC*, vol. 47, núm. 2, 237-304.
- RUIZ MORENO, J. M. (2012). Sobre el alcance de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en relación a la investigación de la paternidad y maternidad, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, (coord. Domingo Jiménez Liébana), Universidad de Jaen y Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 1385-1395.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1992). Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales, *Poder Judicial*, núm. 25, 49-82.

- (1994). Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación, *Poder Judicial*, núm. 33, 349-386.
- (1993). Comentarios a los artículo 108 a 141 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tom. I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 479-507.
- SILLERO CORVETTO, B. y ASENSIO SÁNCHEZ, C. (1998). La investigación de la paternidad: principio y derecho en nuestro ordenamiento jurídico, *AC*, núm. 45, 1083-1120.
- SEOANE SPIEGELBERG, J. L. (2002). Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad en la LEC 1/2000, *SEPIN-FAMILIA*, julio-agosto, num. 13, 23-43.
- SALAS CARCELER, A. (2003). El cómputo del plazo de caducidad de la acción sobre impugnación de la paternidad matrimonial. A propósito de la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 24, 377-380.
- VIDAL PRADO, C. (1996). El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna), *RJN*, núm. 22, julio-septiembre, 265-282.

## NOTAS

<sup>1</sup> Para un estudio científico más profundo véase a FÁBREGA RUIZ, Francisco, Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas, *ADC*, vol. 51, núm. 2, 1998, 633-680; y CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad, *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, 617, donde cita abundante bibliografía científica en relación con las pruebas biológicas.

<sup>2</sup> FÁBREGA RUIZ, Francisco, Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas, *ADC*, vol. 51, núm. 2, 1998, 634.

<sup>3</sup> Otras pruebas biológicas de menor fiabilidad son la prueba heredobiológica o antropomórfica, basada en la similitud o parecido físico entre el niño y el padre; y la de madurez del recién nacido que se refiere a la relación que existe entre la duración del embarazo y determinadas medidas físicas del recién nacido que permiten precisar con exactitud la época de la concepción.

<sup>4</sup> Por regla general la determinación de la maternidad es menos problemática porque basta con probar la realidad del parto y la identidad del hijo. Las dificultades tradicionalmente han surgido respecto a la demostración de la paternidad. Antes de los avances técnicos, la única prueba segura era la de descartar la paternidad del marido demostrando la falta de convivencia con la mujer a pesar del matrimonio, la impotencia *coeundi* o *generandi* o la ausencia del marido en el momento de la concepción.

<sup>5</sup> Algunos autores mantienen una postura diversa a la de la jurisprudencia: aunque coinciden en negar la posibilidad de imponer las pruebas biológicas por la fuerza, fundamentan la imposibilidad de coacción en la inexistencia de una norma habilitante. La imposibilidad no deriva, por ende, del marco constitucional, sino de la imprevisión de esta posibilidad por parte de nuestro Derecho positivo. Se trata de una cuestión de política legislativa y sería perfectamente posible en el marco de nuestro texto constitucional acudir a la coerción física, si existiera una norma que expresamente lo permitiera. Esta es la opinión de RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales, *Poder Judicial*, núm. 25, 1992, 58; y FÁBREGA RUIZ, Francisco, Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas, *ADC*, vol. 51, núm. 2, 1998, 674.

<sup>6</sup> Idénticas declaraciones contiene la STC 95/1999, de 31 de mayo.

<sup>7</sup> En la STS de 14 de mayo de 1991 no se dio valor a la negativa procedente de un anciano de 83 años que padecía arteroesclerosis avanzada con hipertensión y una esclerosis ordinaria con broncoenfisema pulmonar. En la STS de 14 de noviembre es desestimada la objeción del demandado a someterse al análisis de sangre por pertenecer a la secta religiosa de los Testigos de Jehová al no constar que quienes profesan esta religión no puedan someterse a la prueba indicada.

<sup>8</sup> Este es el caso de ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco, La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?, *AC*, tom. I, 2000, 482; y BUJOSA VADELL, Lorenzo, El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación. (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero), *RGD*, 1996, 179-199; y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación, *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, 380.

<sup>9</sup> O'CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, *Investigación de la paternidad. Acciones de filiación. Investigación de la paternidad. Prueba biológica*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, 74.

<sup>10</sup> Muestra de que la cuestión no es tratada con claridad en la sentencia es el voto particular que sufrió la misma, basado en que lo procedente sería la anulación de las tres sentencias de la jurisdicción ordinaria y que se ejecutase la prueba biológica acordada en su día por el Juzgado de Primera Instancia. Por su parte ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco, «La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación...»; *ob. cit.*, 480-482 y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento...»; *ob. cit.*, 380, que como hemos visto defienden la concepción de la obligación *strictu sensu*, denuncian la incoherencia formal entre la fundamentación jurídica y el fallo de la STC 7/1994, en cuanto después de afirmar el carácter obligatorio de las pruebas biológicas, deduce una consecuencia que no casa con la posición dogmática seguida respecto a su naturaleza. La renombrada sentencia no decide que proceda imponer coactivamente la prueba biológica adoptada, sino que atribuyendo a la negativa carácter indicativo, acude a ella para fundamentar la declaración de paternidad. Concretamente el Tribunal Constitucional decide anular la sentencia del Tribunal Supremo y confirma la de la Audiencia Provincial que había declarado la paternidad en base a la negativa.

<sup>11</sup> CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad..., *ob. cit.*, 611.

<sup>12</sup> CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad..., *ob. cit.*, 609.

<sup>13</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Derecho de familia y Derecho de Sucesiones, 7.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2001, 245.

<sup>14</sup> SILLERO CORVETTO, Blanca y ASENSIO SÁNCHEZ, Carmen, «La investigación de la paternidad: principio y derecho en nuestro ordenamiento jurídico», *AC*, núm. 45, 1998, 1096.

<sup>15</sup> Así lo entiende CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad..., *ob. cit.*, 622, al decir que «si nuestro ordenamiento exige, según vivimos, un principio de prueba para la admisión de la demanda, es indudable que esta exigencia hace muy difícil la justificación de la negativa al sometimiento puesto que el Juez, previamente habrá ponderado lo razonable de la petición que se formula (...).».

<sup>16</sup> O'CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, *Investigación de la paternidad...*, *ob. cit.*, 76.

<sup>17</sup> Así lo precisan respecto de las pruebas biológicas las SSTS de 5 de mayo de 1989 y de 17 de junio de 1992, entre otras.

<sup>18</sup> Si el porcentaje oscila entre el 99,8% y el 99,9% se puede hablar de paternidad prácticamente probada; si oscila entre el 99% y el 99,7% el diagnóstico es de paternidad extremadamente probable; entre el 95% y el 98,9% muy probable; entre el 90% y el 94,9% probable, del 80% al 89,9% se considera que únicamente existen indicios; y, por último, si el porcentaje es inferior al 80% debe ser valorado como no significativo.

<sup>19</sup> Esta distinción es apreciada tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia. Como botón de muestra entre los autores cabe citar a CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La

investigación de la paternidad y la maternidad..., *ob. cit.*, 614 y sigs. Existen infinidad de sentencias que acogen esta distinción que creemos superfluo citarlas.

<sup>20</sup> Esta posibilidad de que el Juez pueda suplir la inactividad de las partes en los procesos de filiación, en los que se ventilan intereses de orden público que exceden al interés particular de las partes en litigio, fue defendida desde el principio por LLEDÓ YAGÜE, Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad, La Ley 1986-1, 1080.

<sup>21</sup> SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, *Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad en la LEC 1/2000*, SEPIN-FAMILIA, julio-agosto, num. 13, 23-43, y 23.

<sup>22</sup> CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad..., *ob. cit.*, 625.

<sup>23</sup> CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad..., *ob. cit.*, 625.

<sup>24</sup> La STS de 6 de febrero de 1992, se refiere al silencio legislativo como causante de la problemática jurídica surgida en torno a la negativa. Asimismo la STS de 6 de junio de 1992 no solo constata sino también critica la imprevisión legislativa.

<sup>25</sup> En este sentido cabe citar infinidad de sentencias, entre otras las SSTS de 14 de octubre de 1985, 14 de noviembre de 1987, 11 y 18 de marzo de 1988, 21 de mayo de 1988, 23 de septiembre de 1988, 3 de junio de 1991, 25 de enero de 1992, 27 de enero de 1993, 24 de febrero de 1993, 28 de abril de 1993, 20 de octubre de 1993, 21 de octubre de 1994, 20 de diciembre de 1994 y 8 de mayo de 1995.

<sup>26</sup> Esta línea jurisprudencial ha sido consolidada en años posteriores en un buen número de sentencias. Así cabe citar las SSTS de 3 de diciembre de 1991, 30 de enero de 1992, 27 de enero de 1993, 24 de febrero de 1993, 20 de octubre de 1993, 30 de octubre de 1993, 21 de octubre de 1994, 16 y 20 de diciembre de 1994, 4 de julio de 1996, 28 de octubre de 1996, 28 de febrero de 1997, 13 de marzo de 1998, 22 de junio de 1998, 26 de septiembre de 1998, 11 y 28 de mayo de 1999, 26 de julio de 1999, 2 de septiembre de 1999, entre otras.

<sup>27</sup> STS de 3 de diciembre de 1991.

<sup>28</sup> STS de 23 de octubre de 1990.

<sup>29</sup> STS de 6 de junio de 1991.

<sup>30</sup> STS de 17 de marzo de 1992.

<sup>31</sup> STS de 27 de enero de 1993.

<sup>32</sup> STS de 20 de octubre de 1993.

<sup>33</sup> SSTS de 14 de noviembre de 1987 y 20 de octubre de 1993.

<sup>34</sup> SSTS de 6 de febrero de 1991 y de 6 de junio de 1991.

<sup>35</sup> STS de 27 de junio de 1987.

<sup>36</sup> SSTS de 5 de octubre de 1992 y de 14 de mayo de 1993.

<sup>37</sup> SSTS de 14 de octubre de 1985 y de 14 de noviembre de 1987.

<sup>38</sup> SSTS de 14 de julio de 1988, 15 de marzo de 1989, 6 de junio de 1991 y 30 de octubre de 1993.

<sup>39</sup> SSTS de 25 de abril de 1991, de 6 de junio de 1991 y de 4 de febrero de 1993.

<sup>40</sup> STS de 14 de noviembre de 1987.

<sup>41</sup> STS de 14 de noviembre de 1987.

<sup>42</sup> STS de 3 de diciembre de 1991.

<sup>43</sup> STS de 25 de enero de 1992.

<sup>44</sup> Véase los epígrafes 2.2 y 4.2 del apartado anterior.

<sup>45</sup> Así la STS de 17 de marzo de 1992 señala que «ha de recordarse ahora la doctrina jurisprudencial expresiva de que la negativa a los análisis es dato de inestimable valor cuando va unido a otra pruebas o indicios de autos, sobre todo los que revelan la razonable probabilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa». La STC 95/1999, de 31 de mayo, deja constancia de la dificultad de probar el acceso carnal, razón por la cual no se puede hacer depender de su acreditación la declaración de paternidad.

<sup>46</sup> Estos dos presupuestos representan el nivel indiciario mínimo para dar lugar a la declaración de paternidad. En otras ocasiones, a la negativa y a la posibilidad de fecundación,

se han sumado otros indicios que han venido a apuntalar la convicción del juzgador. Este es el caso de la conocida sentencia de «El Cordobés» de 21 de mayo de 1988, cuya lectura recomendamos por su prolífica argumentación.

<sup>47</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica..., *ob. cit.*, 353.

<sup>48</sup> Dos testigos aseguraron en sus respectivas declaraciones que presenciaron como las partes se introducían juntos, en varias ocasiones, para pernoctar en la misma habitación, llegando uno de ellos asegurar que oyó a la actora, tras llamar telefónicamente al demandado, como se oponía en su conversación con el mismo a abortar, lo que al parecer le sugería el demandado. Además las fotografías acompañadas a la demanda no acreditan la existencia de relaciones sexuales de carácter coital, pero si prueban una, al menos, desenvolta y franca relación amistosa, estando algunas de ellas realizadas en dormitorios.

<sup>49</sup> La anulación de la sentencia del TS y la declaración de firmeza de la sentencia de la AP en cuanto implicaba entrar en la valoración de los hechos por el TC, provocó un conflicto institucional entre ambos tribunales. El TC basó la declaración de firmeza de la sentencia de Segunda Instancia en la necesidad de hacer efectivo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Coincidimos con O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, Investigación de la paternidad..., *ob. cit.*, 60 y 61, en que la solución del TC es correcta en cuanto hace prevalecer el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de filiación del hijo de mayor transcendencia social frente a un acto de supuesto ejercicio de la libertad individual.

<sup>50</sup> Podemos añadir otras afirmaciones que van en la misma línea. Explica la sentencia estudiada en el fundamento jurídico 6 que «no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución, 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 una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación». Continúa diciendo que «se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado (...).

<sup>51</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica..., *ob. cit.*

<sup>52</sup> *Vid.*, sobre la STC 29/2005, de 14 de febrero, BUSTOS LAGO, José Manuel, Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional «ortodoxa»), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, enero-diciembre de 2005, 7-54.

<sup>53</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, Investigación de la paternidad..., *ob. cit.*, 72.

<sup>54</sup> El artículo 769, párrafo 4.<sup>º</sup>, del Proyecto de LEC decía así «La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que la evidencia sobre la paternidad o maternidad no pueda obtenerse a través de otros medios probatorios». Tal y como estaba redactado el precepto resultaba que era suficiente la negativa para dar lugar a la declaración de paternidad.

<sup>55</sup> La STS de 17 de julio de 2002, habla de encuentros ocasionales en el domicilio de la madre y en el centro de trabajo y de fotografías unidas a los autos. Igualmente el caso de la sentencia de 1 de julio de 2003 donde únicamente pudo acreditarse cierta confianza o familiaridad entre las partes. Y en la STS de 19 de diciembre de 2003 la declaración de paternidad se basa en la negativa unida a la relación de amistad probada entre los litigantes durante un lapso de tiempo en el que queda comprendida la época de la concepción.

<sup>56</sup> CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad..., *ob. cit.*, 625.

<sup>57</sup> Respecto a la relación que existe entre el requisito del principio de prueba que debe ser aportado con la demanda y los requisitos para que pueda ser admitida la práctica de las pruebas biológicas nos remitimos al epígrafe 4 del apartado II.

<sup>58</sup> RUIZ MORENO, José María, Sobre el alcance de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en relación a la investigación de la paternidad y maternidad, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Coord. Domingo Jiménez Liébana, 1388.

<sup>59</sup> BLASCO FASCO, Francisco, Derecho de Familia, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1995, 359.

<sup>60</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, 7.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2001, 248.

<sup>61</sup> SILLERO CORVETTO, Blanca y ASENSIO SÁNCHEZ, Carmen, La investigación de la paternidad: principio y derecho en nuestro ordenamiento jurídico, *AC*, núm. 45, 1998, 1093.

<sup>62</sup> BLASCO FASCO, Francisco, Derecho de Familia, *ob. cit.*

<sup>63</sup> Incluso podría plantearse si la regulación del artículo 133 constituye un caso de discriminación respecto de la filiación matrimonial, toda vez que la acción de reclamación de la filiación matrimonial cuando no existe posesión de estado puede ser ejercitada por el padre, la madre y el hijo. Y en definitiva quien resulta más perjudicado es el hijo pues puede que no tenga conocimiento alguno de la identidad de su padre como consecuencia de una ocultación de la madre. Simplemente queremos dejar apuntada esta idea pues la extensión de este trabajo no nos permite desarrollarla.

<sup>64</sup> Entre otras cabe citar las SSTS de 10 de marzo de 1988, de 30 de junio de 1988, de 3 de diciembre de 1988, de 5 y 23 de febrero de 1990 y de 5 de octubre de 1999.

<sup>65</sup> Hay autores que discrepan de la conformidad legal de esta interpretación. Este es el caso de DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, *ob. cit.*, 252, para quien la referencia el progenitor del artículo 134 debe entenderse referida exclusivamente al supuesto de ejercicio de la acción de filiación matrimonial del artículo 132.

<sup>66</sup> Así lo entiende SALAS CARCELER, Antonio, El cómputo del plazo de caducidad de la acción sobre impugnación de la paternidad matrimonial. A propósito de la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003, *Reportorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 24, 2003, 5.

<sup>67</sup> Para un comentario más profundo sobre el problema que plantea el cómputo del plazo de caducidad del artículo 136 del Código Civil véase a QUICIOS MOLINA, Susana, «Acción de impugnación de la paternidad patrimonial por el marido: aun transcurrido el plazo de caducidad previsto legalmente de la verdad biológica reconocida por las demandas debe triunfar», *CCJC*, núm. 57, octubre-diciembre de 2001, 761-773.

<sup>68</sup> Si se desea un tratamiento del tema con mayor profundidad que la que permite la extensión de este trabajo consúltense a QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Corona, El derecho constitucional a conocer el propio origen biológico, *ADC*, vol. 47, núm. 2, 1994, 237-302.

<sup>69</sup> VIDAL PRADO, Carlos, El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna), *RJN*, núm. 22, julio-septiembre de 1996, 266.

<sup>70</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Comentarios a los artículo 108 a 141 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tom. I, Madrid, 1993, 479 y 480.

<sup>71</sup> SILLERO CORVETTO, Blanca y ASENSIO SÁNCHEZ, Carmen, La investigación de la paternidad: principio..., *ob. cit.*, 1108.

<sup>72</sup> CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad..., *ob. cit.*, 602.

<sup>73</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Corona, El derecho constitucional a conocer..., *ob. cit.*, 253.

*(Trabajo recibido el 19-6-2017 y aceptado para su publicación el 11-7-2017)*