

1.2. Familia

INSUFICIENCIA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DE PATERNIDAD PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL EN SEDE GUBERNATIVA A LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN (Comentario de la DGRN de 23 de mayo de 2007)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN

La paternidad se discute en los casos de existencia de matrimonio de la madre si el padre del nacido no resulta ser el marido de la madre sino un tercero.

El problema concreto que vamos a tratar en las siguientes líneas se centra en que de la prueba de investigación biológica de paternidad se alcanza la certeza y seguridad de que no es el marido el padre del nacido. Pero, ¿es suficiente su aportación al expediente gubernativo para desvirtuar la presunción legal de filiación matrimonial?

El trámite previo tras el alumbramiento es la inscripción del nacido. Y en el caso de que la madre esté casada y el alumbramiento haya tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación como matrimonial, dada la fuerza probatoria de la presunción de paternidad del marido de la madre y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (arts. 113 y 116 del Código Civil).

II. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

El artículo 116 del Código Civil regula el supuesto de presunción de paternidad matrimonial, determinando que: «*se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*».

Pero, ¿cuál es el fundamento de la presunción de paternidad? Para LASARTE ÁLVAREZ (1): «constante el matrimonio, la presunción de paternidad del marido ha sido una regla clásica del Derecho de Familia, asentada en obvias consideraciones de orden estadístico y en la pauta práctica de que, generalmente y salvo prueba en contrario, la estadística es conforme con la realidad de las cosas; desde el viejo Derecho romano, en relación con lo que hoy denominamos filiación matrimonial, se formuló el brocardo de que se considera padre a quien resulta de las nupcias o del matrimonio» (2).

(1) LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, Derecho de Familia, Trivium, Madrid.

(2) Vid. también la STS de 14 de octubre de 1985, que señala que: «La presunción de paternidad en la filiación matrimonial con arreglo al principio *pater is est*, de muy

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (3) mantienen que «la defensa de la paz familiar, que comporta una potenciación del automatismo y una reducción en la medida de lo posible del número de los eventuales litigios, lo que aconseja introducir en el ordenamiento una distinción entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, o filiación matrimonial y no matrimonial, para hacer arrancar de ella un diferente régimen jurídico sobre establecimiento de la filiación».

RIVERO HERNÁNDEZ sustenta la presunción de paternidad del artículo 116 sobre dos puntos: a) la presunción de convivencia de los cónyuges (art. 69 del Código Civil) y la cohabitación o relación sexual de los mismos, que es a la vez derecho y deber en el matrimonio (art. 68 del Código Civil); y b) la llama-

rancio abolengo, pues arranca de un conocido texto del Derecho Romano (*«pater vero is est quem nuptiae demostrant»*: D. 2, 4, 5), sancionador del hecho de tal relación consanguínea cuando el nacimiento se ha producido *ex uxore*, principio que pasó al Derecho Canónico medieval (*«qui natus est de uxore alicujus, praesumitur diu iustus»*) y por fin a la Codificación, según es de ver en los artículos 101 del Proyecto de 1851 y 108 del Código Civil de 1889, ciertamente no obsta a la promoción de acciones negando la paternidad marital, tema en el que la reforma de 13 de mayo de 1981 ha significado un cambio profundo de la normativa precedente, que limitaba el supuesto a la evidencia de la imposibilidad física de acceso carnal en el período de la concepción (art. 108.2.º), pues si de un lado prescinde de reafirmar la presunción de paternidad *a marito* como lo hiciera el derogado artículo 109, cuyo primer inciso cuenta también con un ilustrativo antecedente en la legislación alfonsina (*«ensáñame las mujeres a las vegadas tan fuertemente que, por despecho que han de los maridos, dicen que los fijos que tienen en los vientres, o que son nacidos, que no son dellos, más de otros»*, ley 9.ª, título 14, Partida Tercera), de otro amplía los plazos de caducidad de la acción (art. 136 y sigs.) y no constriñe las pruebas utilizables, que podrán serlo «de toda clase, incluidas las biológicas» (art. 127), con lo que es manifiesto que la no paternidad del esposo podrá ser demostrada utilizando no sólo los elementos acreditativos de usual empleo bajo la normativa derogada (impotencia *coeundi* o *generandi*, falta de convivencia con la mujer a pesar del matrimonio, ausencia del marido, etc.), sino acudiendo a los mencionados como novedad, entre los que la técnica cita como principales de prueba de los grupos sanguíneos y la heredobiológica o antropomorfológica (...), alegando que la incomparecencia de la demandada recurrida para someterse en el correspondiente centro a la prueba biológica ha de ser valorada «como reconocimiento del hecho y conformidad con el resultado adverso de la prueba, suponiéndola practicada»; y también debe ser desestimado, pues el derecho a investigar la paternidad que aquel precepto constitucional defiere al legislador ordinario como lo hiciera en su párrafo cuarto del artículo 43 de la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931, no puede llevar a la consecuencia de que la mujer que se niega sin causa justificada a someterse a pruebas hematológicas y se abstiene de presentar a su hijo menor con el mismo fin, incurre en *ficta confessio*, sino que tal resistencia no pasa de constituir un indicio, todo lo valioso que se quiera, para sospechar lo infundado de la oposición mantenida cuando otros elementos de conocimiento avalan la acción del marido, siempre teniendo muy presente que la demostración de inexistencia de su paternidad ha de resultar concluyente para destruir la presunción legal en contrario sentido, de suerte que en la duda y en tanto la paternidad marital sea racionalmente posible, la acción deberá ser rechazada en favor del hijo, prueba sobre la falta de cohabitación o la infecundidad del trato entre los esposos que el contenido de las propias actuaciones desmiente, y como bien apunta la Sala de Instancia al referirse a este extremo, tal es la carencia en los autos de toda prueba positiva que incluso la confesión de la mujer ha sido renunciada y ni siquiera se ha intentado corroborar las manifestaciones atribuidas a las hijas de ambos cónyuges por el abuelo paterno en el acta notarial aportada con la demanda».

(3) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid.

da «presunción de concepción», que permite suponer que la concepción del hijo ha ocurrido en un determinado plazo (llamado «período legal de la concepción»), dentro de los ciento veinte primeros días de los trescientos que preceden al nacimiento, plazo que es precisamente la diferencia entre los plazos de trescientos días y ciento ochenta días que el legislador considera como máximo y mínimo de gestación, respectivamente.

La siguiente cuestión sobre la que hay que detenerse se centra en: ¿cómo funciona la presunción de paternidad en cuanto a los plazos? Existe un plazo mínimo y un plazo máximo de gestación de ciento ochenta y trescientos días, respectivamente, período dentro del cual el Código Civil establece la presunción de paternidad del marido de la madre, la cual alcanza a todo hijo, nacido en matrimonio, siendo indiferente el momento de la concepción, que puede ser anterior o durante la permanencia del mismo.

Presunción que es *iuris tantum*, y admite prueba en contrario, lo que significa que cabe probar que el hijo no es del marido por medio de las *acciones de investigación y de impugnación de la paternidad* y, además, puede demostrarse también que el nacido después de los trescientos días de disuelto o separado el matrimonio es del marido, a pesar del transcurso de este plazo (4).

(4) STS de 16 de diciembre de 1994: «A este respecto, la Sala de Instancia se refiere a “la ausencia de tales pruebas, al menos de las verdaderamente relevantes, debida a la tenaz resistencia opuesta por el codemandado T.”, así como a “la actitud procesal mantenida por el codemandado L.”, aunque también hace referencia a la prueba testifical (declaración de doña I. que, según la Sala de Instancia, reiteró “aunque con menor contundencia”, lo manifestado en el acta notarial de 13 de octubre de 1989) y, en definitiva, “vista la parquedad de la prueba practicada”, valoró la negativa del señor T. a someterse a las pruebas periciales propuestas por la actora, para concluir que ponderando la escasa prueba obrante en autos y “la actitud irrazonadamente negativa del señor T., así como la flagrante contradicción del padre registral” no era “amparable jurídicamente dicha negativa”, pues “si existen posibilidades o presunciones de que alguna persona haya participado en la generación, lógico es que se someta a las pruebas encaminadas a acreditarla, y si no lo hubiera sido, no menos lógico será que contribuya a eliminar su participación en dicha cuestión, sin ampararse en una actitud negativa, de obstrucción, sin razonamiento o justificación alguna que no sea, presumiblemente, el propio interés egoísta”, todo lo cual se atiende, en líneas generales, a la doctrina jurisprudencial expresiva de que “la negativa a someterse a la prueba biológica, aun no constituyendo *ficta confessio*, ha de relacionarse con los restantes elementos probatorios y que es un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa” (STS de 28 de abril de 1993, con cita de otras anteriores), dado que, ciertamente, los hechos consignados en la sentencia recurrida sí permiten afirmar aquella posibilidad que, relacionada con la negativa a la práctica de la prueba biológica es suficiente para afirmar la paternidad del señor T., a lo que debe añadirse que, en lo relativo al derecho constitucional a la intimidad e integridad física, que invoca el recurrente, bastará recordar que «se está debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación (STS de 15 de marzo de 1989), lo que afecta a su dignidad y al desarrollo de la personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en la CE (STS de 26 de enero de 1993) y la doctrina antes expuesta sobre las consecuencias de la negativa a someterse las pruebas biológicas...».

III. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL EN EL CASO DE AUTOS

En el supuesto de que la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación como matrimonial, dada la fuerza probatoria (art. 113 del Código Civil) (5).

La consideración del hijo como matrimonial cuando la mujer es casada y nace dentro del plazo arriba señalado (6) es una *consecuencia automática de la Ley* (del art. 116 del Código Civil), y así lo han reiterado las Resoluciones de la DGRN, y así debe inscribirse mientras no quede acreditada otra filiación contradictoria (art. 113.2.º del Código Civil) (7).

(5) Artículo 113. La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.

(6) «Para que pueda inscribirse la filiación no matrimonial del hijo de madre casada es necesario que llegue a probarse en las actuaciones que no entra en juego la presunción legal de paternidad del marido, es decir, que el nacimiento del hijo ha acaecido pasados los trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges» (RDGRN de 28 de abril de 2000).

(7) «Ahora bien, en el recurso se ha alegado que la madre estaba casada cuando nació la hija y esta circunstancia ha quedado comprobada como resultado de las diligencias para mejor proveer, ordenadas por este Centro, cuyo valor probatorio debe apreciarse ahora por ser de interés público su admisión (art. 358 RRC). Consiguientemente debe hacerse constar la filiación matrimonial de la nacida, con la obligada repercusión en cuanto a la determinación de sus apellidos —arts. 109 del Código Civil; 53 y 55 LRC; y 194 y 213 RRC—. En efecto, acreditado el matrimonio de la madre, entra en juego la presunción de paternidad del marido, tal y como ha quedado establecida por el artículo 116 del Código Civil, ya que no hay prueba ninguna de que el nacimiento haya acaecido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges. Tal presunción, corroborada por la de convivencia entre los cónyuges del artículo 69 del Código, es un medio de prueba de la filiación presumida que ha de desplegar su eficacia mientras no se desvirtúe por prueba en contrario (arts. 113, 1.250 y 1.251 del Código Civil). Desde el momento en que se solicita la inscripción de la filiación materna se cumple con el requisito exigido, para la admisión de pruebas distintas a la inscripción, por los artículos 113.1 del Código Civil y 2 LRC, porque, acreditada la filiación materna respecto de madre casada, la filiación matrimonial en las condiciones del artículo 116 del Código es una consecuencia que se deriva automáticamente de la Ley, y que debe inscribirse, mientras no quede acreditada otra filiación contradictoria (art. 113.2.º del Código Civil). Debe tenerse presente que para la inscripción de la filiación matrimonial no es necesario, como vienen señalando las últimas Resoluciones del Centro Directivo a partir de la de 13 de mayo de 1987, que se compruebe, además, en el expediente, la posesión de estado de la filiación matrimonial *a matre y a patre*, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, cuya doctrina debe estimarse superada en este punto, como ha reconocido implícitamente la nueva redacción del artículo 314 RRC por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. La razón se apoya en la fuerza probatoria de la presunción de paternidad del marido, conforme a los indicados artículos 113 y 116 del Código Civil, y en la determinación legal de la filiación matrimonial conforme al artículo 115.1 del propio Código» (RDGRN de 8 de enero de 1990).

Se parte de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código Civil, mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (art. 386 LEC).

En el supuesto objeto de comentario (RDGRN de 23 de mayo de 2007), la madre había declarado que desde hacía sólo dos meses desconocía el paradero de su marido y no se ha demostrado la falta de convivencia durante los trescientos días anteriores a dicho momento, es forzoso presumir la convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 del Código Civil (8).

De ahí que se considere como matrimonial la filiación de la nacida, sin que la declaración de la madre, el reconocimiento efectuado por quien dice ser su padre biológico ni la prueba de investigación de paternidad aportada, sean suficientes para considerar destruida la referida presunción (9).

La presunción de paternidad matrimonial no queda destruida con la aportación de una prueba de investigación biológica de paternidad de la que resulta que no es el marido el padre del nacido.

IV. INEFICACIA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA EN SEDE GUBERNATIVA

¿Cuál es la eficacia de la prueba biológica? La prueba de paternidad biológica, que sirve de base al Ministerio Fiscal para dar por destruida la presunción de paternidad matrimonial, podría ser suficiente en el ámbito de un procedimiento judicial por las garantías procesales que dicha vía proporciona, entre ellas las relacionadas con el derecho de defensa del marido, pero no en ésta del expediente gubernativo.

(8) «Ésta, teniendo en cuenta que la madre declaró en comparecencia ante la Juez encargada que desde hacía dos meses no convivía con su marido y que desconocía su paradero, dictó providencia de fecha 20 de octubre de 2006, acordando la suspensión de la inscripción a fin de practicar las comprobaciones complementarias previas a la calificación a que se refiere el artículo 28 de la Ley del Registro Civil, y, una vez realizadas tales comprobaciones, por otra providencia posterior, de 26 del mismo mes, estimó acreditada la filiación materna y la situación de casada de la madre y, aunque los interesados habían presentado informe de investigación biológica de paternidad de la que resultaba que no era el marido, sino el co-promotor de este expediente el padre de la nacida, acordó que procedía inscribir a la menor con filiación matrimonial por no estar destruida la presunción del artículo 116 del Código Civil. A tal efecto requería previamente a la madre para que facilitase los datos del matrimonio o de identidad de su esposo, previniéndole que de no facilitarlos se inscribiría como hija matrimonial. Esta providencia, de 26 de octubre de 2006, es la que constituye el objeto del presente recurso».

(9) «Si bien el hecho de que el nacimiento del menor hubiere acaecido transcurrido un plazo superior al de los ciento ochenta días iniciales siguientes a la celebración del matrimonio, determina la imposibilidad de utilizar como solo instrumento para desvirtuar la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del Código Civil, la declaración auténtica en contrario realizada unilateralmente por el marido, conforme a la previsión del artículo 117 del mismo Código, no por ello se debe anudar a aquel hecho la conclusión de que dicha presunción pasa a ser inalterable, sino exclusivamente la imposibilidad de utilizar el citado medio simplificado para su destrucción, pero ello sin perjuicio de los demás medios probatorios en contrario que autoriza el artículo 1.271 del Código Civil» (RDGRN de 17 de junio de 2000).

No obstante, los interesados en vía judicial puedan ejercitar las acciones pertinentes para impugnar la filiación matrimonial acordada (10).

En el caso que nos ocupa, la madre había declarado que desde hacía sólo dos meses desconocía el paradero de su marido, pero no se ha demostrado la falta de convivencia durante los trescientos días anteriores a dicho momento, por eso es forzoso presumir la convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 del Código Civil y, por tanto, la filiación matrimonial de la nacida, sin que la declaración de la madre, el reconocimiento efectuado por quien dice ser su padre biológico ni la prueba de investigación de paternidad aportada, sean suficientes para considerar destruida la referida presunción.

Esta prueba de paternidad biológica podría ser suficiente en el ámbito de un procedimiento judicial por las garantías procesales que dicha vía proporciona, entre ellas las relacionadas con el derecho de defensa del marido, *pero no en la del expediente gubernativo* (11).

V. SITUACIÓN DEL ENCARGADO ANTE LA INSCRIPCIÓN DE HIJO NO MATRIMONIAL EN EL SUPUESTO DE MUJER CASADA

Cuando se pretende inscribir por declaración dentro de plazo el nacimiento de un hijo no matrimonial de madre casada, el encargado, por las razones apuntadas en la *Circular de 2 de junio de 1981 (apartado I, letra B)*, debe hacer uso de las facultades que en la calificación le confiere el artículo 28 de la Ley del Registro Civil y realizar, en el plazo de diez días, las comprobaciones oportunas, con audiencia, si es posible, de los cónyuges o de sus herederos, a

(10) «El artículo 113 del Código Civil consagra, entre los medios de acreditación de la filiación y consiguientemente de la correspondiente paternidad, el de la presunción a través del matrimonio de los progenitores —requiere para ello de la maternidad de la esposa, que aquí no se ha cuestionado, y de la acreditación de vigencia del matrimonio, que se reconoce expresamente— que era el marido y padre, desarrollan los artículos 116 y 117 del mismo Código al establecer la presunción por el nacimiento después de los ciento ochenta días de contraído el matrimonio de los que se tienen por progenitores y antes de los trescientos siguientes a la disolución del vínculo o a la separación legal o de hecho de dichos cónyuges. Esta presunción legal nada tiene que ver con el reconocimiento que el demandante, desde su comparecencia en el Registro Civil para el acto de inscribir el nacimiento de la niña de la que ahora pretende desvincularse, invoca como viciado para demandar ya que aquella consecuencia de filiación se produciría sin más que aquel estado de hecho complejo de matrimonio permanente y nacimiento en su tiempo, por lo que no cabe llevar a dicha consecuencia el vicio de error que sólo para el acto de reconocimiento determinante de una filiación matrimonial permiten, para impugnarla, los artículos 138 y 141 del Código Civil» (STS de 21 de julio de 2000).

(11) RR de 19 de enero (*LA LEY JURIS.* 12116/1995), 28-2.ª de septiembre (*LA LEY JURIS.* 1270277/1995), 23 de octubre (*LA LEY JURIS.* 2791/1996) y 30 de noviembre de 1995 (*LA LEY JURIS.* 5838/1996), 10 de febrero (*LA LEY JURIS.* 6637/1996) y 26 de septiembre de 1996 (*LA LEY JURIS.* 4065/1997), 27-2.ª de mayo y 18 de noviembre de 1997, 27-1.ª de marzo de 1998 (*LA LEY JURIS.* 11459/1998); 22-3.ª de abril (*LA LEY JURIS.* 1244066/2002) y 20-4.ª de septiembre de 2002 (*LA LEY JURIS.* 1079/2003); 17 de abril (*LA LEY JURIS.* 12946/2003) y 25-3.ª de junio de 2003 (*LA LEY JURIS.* 10309/2004); 31-1.ª de enero de 2004 (*LA LEY JURIS.* 13893/2004); 25-1.ª de noviembre (*LA LEY JURIS.* 2355227/2005) y 9-1.ª de diciembre de 2005 (*LA LEY JURIS.* 2355433/2005).

fin de cerciorarse de que el nacimiento ha ocurrido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges.

Estas *comprobaciones* son necesarias a los efectos de demostrar que no entra en juego la presunción de paternidad del marido de la madre (art. 116 del Código Civil).

El criterio de esa Circular se ha visto confirmado por el artículo 185 del Reglamento del Registro Civil, el cual en su última redacción recoge literalmente la declaración final 3.^a de la repetida Circular. Así, para impedir la inscripción de la filiación matrimonial presumida legalmente (arts. 69, 113 y 116 del Código Civil) no basta con que la esposa se oponga y acredite con un informe médico la no paternidad de su marido, sino que ha de demostrar que el nacimiento ha acaecido pasados trescientos días desde la separación de los cónyuges.

RESUMEN

PRUEBA DE PATERNIDAD

La presunción de paternidad matrimonial cuando la mujer es casada y el hijo nace desde el momento de la celebración del matrimonio hasta transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho es una consecuencia automática de la Ley. Presunción que no queda destruida con la aportación de una prueba de investigación biológica de paternidad de la que resulta que no es el marido el padre del nacido. Sí podría ser suficiente en el ámbito de un procedimiento judicial por las garantías procesales que dicha vía proporciona, entre ellas las relacionadas con el derecho de defensa del marido, pero no en la vía del expediente gubernativo.

ABSTRACT

PATERNITY TESTING

Presumption of matrimonial paternity when the woman is married and the child is born between the time of the marriage and 300 days after legal or de facto separation is an automatic consequence of the law. This presumption is not destroyed when evidence is furnished of a biological investigation of paternity showing that the husband is not the father of the child. Such evidence could be sufficient in a judicial procedure for the procedural guarantees that said channel provides, inter alia, the guarantees related with the husband's right of defence, but it would not be sufficient in the channel of the government proceeding.