

SECCIÓN MONOGRÁFICA

DERECHO DE FAMILIA

PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

María Fernanda BARRERA CRISTIANI

SUMARIO: I. Introducción. II. Exposición doctrinal. A. Derecho de familia. B. La filiación. C. Presunciones jurídicas. D. Consideraciones sobre las pruebas de paternidad. E. La tutela judicial efectiva y el juicio de paternidad. III. La investigación de la paternidad en las resoluciones del Tribunal Constitucional. A. Estudio de los precedentes del Tribunal Constitucional sobre la prueba biológica en la investigación de la paternidad. IV. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

¿Se puede obligar a una persona (entiéndase el presunto padre) a practicarse la prueba biológica, consistente en la extracción de unas gotas de sangre para decretar la paternidad con respecto a quien alega ser su hijo?

¿Sería esto violatorio de derechos fundamentales?

Éstas son las dos principales interrogantes que me motivaron para la elaboración del presente trabajo de investigación, el cual está estructurado de la siguiente manera:

Primero se hace referencia al Derecho de familia. Este Derecho comprende la filiación, que da lugar al estado civil de *status filii*. Se hace un análisis del régimen general de la filiación matrimonial y extramatrimonial, de las presunciones legales y de las presunciones de paternidad, así como de las acciones de filiación.

Posteriormente se profundiza en las pruebas de paternidad, que tienen especial importancia en las acciones de reclamación de la paternidad extramatrimonial, haciendo hincapié en la importante trascendencia de las pruebas biológicas cuya fiabilidad es del 99.73%; siendo además compatibles con la Constitución, como se verá en el desarrollo del presente trabajo.

Se determinan los efectos derivados de la negativa a someterse a dichas pruebas, es decir, la interpretación de dicha negativa por el Juez.

El derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, como un derecho fundamental de todas las personas, implica la obtención de una resolución sobre el fondo del asunto, la cual debe estar motivada y razonada, y cuyo contenido alcanza no sólo la obtención de una resolución en primera instancia y en la fase declarativa, sino que también comprende el derecho al recurso y el derecho a la ejecución de la sentencia.

Se hace un análisis de los AATC103/90 y 221/90 (caso "Manuel Benítez" y caso "Rubio", respectivamente), en los cuales el Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez sobre la prueba biológica en la investigación de la paternidad declarada por el Tribunal Supremo, apoyando lo establecido por dicho Tribunal, atribuyéndose la paternidad al demandado, quien se negó a realizarse la prueba biológica respectiva; e inadmitiendo el recurso de amparo interpuesto por el recurrente por carecer dicho recurso de contenido constitucional.

Por último, se hace un análisis profundo de la trascendente STC 7/94, de 17 de enero de 1994, la cual anula la sentencia dictada por el Tribunal Supremo y declara la firmeza de la sentencia de la Audiencia; de donde se derivan ciertos conflictos: primero, el Tribunal Supremo dictó Sentencia del 30 de abril de 1992 en la que contradice la doctrina antes sentada por él mismo reflejada en los AATC 103/90 y 221/90; en segundo lugar, el Tribunal Supremo considera que al fallar el Tribunal Constitucional en el sentido en el que lo hizo ha invadido funciones que corresponden exclusivamente a la Jurisdicción Ordinaria; y por último, se estudia el voto particular del Magistrado don Pedro Cruz Villalón, quien considera que la postura adoptada por el Tribunal Constitucional, al declarar firme la Sentencia de la Audiencia, no fue la correcta, pues a su juicio, debió haber anulado las tres resoluciones judiciales.

II. EXPOSICIÓN DOCTRINAL

A. Derecho de familia

a. Concepto

Prescindiendo de acepciones demasiado amplias (conjunto de personas ligadas por vínculo conyugal, de parentesco o afinidad que incluye a personas difuntas —antepasados— y concebidas —*nasciturus*—) o demasiado restringidas (grupo formulado por los padres y los hijos bajo su potestad) se puede definir la familia como "el conjunto de personas físicas relacionadas entre sí por vínculos conyugales o de parentesco".

Es, pues, un conjunto de personas físicas: seres humanos nacidos (artículo 29 C.C.) que cumplan las *condiciones iuris* para serles reconocida su personalidad (artículo 30 C.C.) incluyéndose al *nasciturus*, a los efectos favorables (artículo 29 C.C.), pero no a los difuntos —antepasados— pues dejaron de ser personas, sujetos de derecho (artículo 32 C.C.).

Las personas jurídicas quedan fuera del concepto de familia.

Las relaciones entre sí que se dan en las personas físicas que forman la familia se deben a vínculos conyugales o de parentesco.

Los conyugales son por razón de matrimonio; no se incluye dentro del concepto de la familia desde el punto de vista jurídico la relación hombre-mujer, hombre-hombre, mujer-mujer, aunque sea total y aunque —la primera— procrea; el Derecho acepta, reconoce y regula relación conyugal en el sentido de matrimonial, con estabilidad reconocida por el Derecho, pero no la extramatrimonial (aunque sí admite y regula, como en seguida se verá, la filiación que pueda surgir de tal relación).

Los vínculos de parentesco son "consanguíneos", por razón de filiación biológica, sea matrimonial o extramatrimonial, o "afines" producidos por causa del matrimonio, o "adoptivos", de adopción y "tutelares", por razón de la institución de la tutela que da lugar a lo que se ha llamado con frecuencia relaciones cuasi-familiares, pero pueden incluirse dentro del concepto jurídico de familia, productor —sin duda— de relaciones jurídicas de Derecho de familia.

Hay que advertir que la familia es una institución natural y social; el Derecho no la crea y la regula, sino que la contempla, acepta y reconoce, y dispone, en un conjunto de normas jurídicas, su protección jurídica y su regulación jurídica positiva.

Se puede definir como "el conjunto de normas jurídicas —integrante del Derecho Civil— que regula la familia en todos sus aspectos de Derecho Privado".

Por tanto, el Derecho de familia comprende esencialmente tres aspectos: el matrimonio, la filiación y la tutela.

A su vez, el matrimonio incluye la normativa sobre: 1º) La matrimonial; 2º) La extramatrimonial; y 3º) La adoptiva, así como 4º) La patria potestad.

Por último, la tutela se refiere a la guarda y protección de menores o incapacitados no sujetos a la patria potestad.

b. Naturaleza y caracteres

El Derecho de Familia se había tratado y considerado siempre como parte integrante del Derecho Civil, es decir, dentro del Derecho Privado.

Cicu¹ mantuvo la separación entre el Derecho de Familia y el Derecho Privado, y la afinidad entre aquél y el Derecho Público. Dicha doctrina la fundamentaba por su particular configuración del Derecho Público y del Derecho Privado: entendía que el Derecho Público es el que persigue la satisfacción de intereses supraindividuales; por el contrario, el Derecho Privado regula la satisfacción de intereses individuales. En el Derecho de Familia, las relaciones jurídicas y los derechos individuales tienen la característica de unidad y no de antítesis de intereses, persiguen un interés superior y unitario, supraindividual, que es el de la familia en su unidad orgánica; la naturaleza de la relación la distingue con el nombre de "relación orgánica", semejante a la relación de Derecho Público.

La doctrina de Cicu se mantiene tan sólo si se acepta su distinción entre el Derecho Público y Privado. Pero si se entiende —sin entrar en más detalles sobre su esencial diferenciación— que en el Derecho Público tiene intervención el Estado dotado de *ius imperii*, y no en

¹ Cicu, Antonio, *Il diritto di famiglia*, Macerata, 1914.

el Derecho Privado, entonces el Derecho de Familia se encuentra dentro del Derecho Privado, aunque como parte autónoma y muy característica.

En la doctrina española —ni apenas en la extranjera— no tuvo aceptación la postura inicial de Cicu. Siempre se ha tratado el Derecho de familia como Derecho Privado y dentro —como parte integrante— del Derecho Civil. Sin embargo, sus especiales caracteres lo configuran con una especial autonomía que lo distinguen de las demás partes del Derecho Civil.²

La Doctrina, tanto extranjera (Cicu, Ruggiero) como española (Castán, Bonet, Puig Brutau, Lacruz, Santos Briz) coinciden esencialmente en señalar los caracteres del Derecho de Familia que le dan su especial configuración.

Son los siguientes:

Primero. Contenido ético

Las normas básicas del Derecho de Familia proceden más que del campo del Derecho positivo, de la ética, ya que la familia es una institución natural y social que el Derecho acepta, reconoce y regula. Normas básicas, pues son de origen y tienen un contenido ético, que han pasado a ser jurídicas, porque el Derecho las ha aceptado y se las ha apropiado.

Consecuencia de ello es la abundancia de normas jurídicas que carecen de sanción o tienen sanción atenuada, o la tienen de tipo indirecto, porque el Derecho o no puede imponer coactivamente su cumplimiento o prefiere dejarlo a la conciencia de los interesados.

² Así, la jurisprudencia lo ha destacado en tres sentencias, las tres relativas a procesos de filiación. La de 30 de junio de 1988 (artículo civil, 933/88), dice (fundamento 2º, segundo párrafo): "...Derecho de familia, con las conocidas peculiaridades que le sitúan como un *tertium genus* entre el Derecho privado y el público, no cabe minimizar tales características que constituyen precisamente el soporte definitorio de esta singular parcela del Derecho".

Las sentencias de 15 de marzo de 1989 (artículo civil 648/89 y 5 de mayo de 1989 (artículo civil 785/89, ambas del mismo ponente, emplean idéntica frase: "el sentido iusprivatista del Derecho de Familia ha evolucionado en los últimos años... para pasar a integrarse en el *ius cogens* y en el ámbito del Derecho público".

Segundo. Prevalencia de las relaciones personales y del interés supra-individual

El Derecho de Familia regula, fundamentalmente, estados, situaciones, derechos y deberes personales; también regula relaciones económicas, como los alimentos, el régimen económico matrimonial, el aspecto patrimonial de la patria potestad y de la tutela, etcétera, pero éstas tienen un papel secundario, no son reguladas por sí mismas, sino como conveniencia de aquellas relaciones personales.

Pero, además tanto las relaciones personales como las económicas no están previstas para la satisfacción de intereses individuales, sino en aras a un interés supraindividual, el de la familia.

Tercero. Carácter de función

Cuando se concede un derecho, no para la satisfacción de un interés digno de protección (que sería el derecho subjetivo), sino para cumplir un deber, se denomina con el nombre de función. En Derecho de Familia es frecuente —más que en ninguna otra parte del Derecho Civil— el carácter de función de los derechos: los de los padres sobre los hijos, los de los cónyuges entre sí, los de administración y disposición de bienes, etcétera.

Cuarto. Limitada autonomía de la voluntad

Así como el principio de la autonomía de la voluntad es uno de los pilares en los que se asienta el Derecho Civil, sufre una especial limitación en el Derecho de Familia en que sus normas, por lo general, son impositivas e inderogables.

Así, los particulares podrán crear o no, libremente, el *status* básico del Derecho de Familia, que es el matrimonio, pero éste lo deberán aceptar como viene previsto en la ley, sin que su autonomía de la voluntad pueda modificarlo; del mismo modo, carecen de autonomía para variar los efectos personales del matrimonio, la filiación, la patria potestad, la tutela. Únicamente tienen cierta autonomía en las relaciones económicas que, precisamente, como antes se ha dicho, están subordinadas a las relaciones personales.

Por regla general, pues, los derechos de familia son indisponibles, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

B. La filiación

a. Concepto

La filiación, como una de las partes del Derecho de Familia, participa de la característica de que no es una institución creada y regulada por el ordenamiento jurídico, sino un hecho natural que el Derecho acepta, reconoce y regula, inspirado en un criterio de protección que se basa en la naturaleza, en el interés social y en el precepto constitucional contenido en el artículo 39.2 de la Constitución, que expresamente proclama la protección de los hijos.

El concepto de filiación es: "relación biológica entre los padres y los hijos que han generado, y también al ser reconocida y aceptada por el Derecho".

La filiación es, en principio, una relación biológica y jurídica: al vínculo de sangre se une la relación jurídica, a esta idea se refiere el artículo 112 del CC al decir que: "La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar", ya que los efectos a que se refiere son los jurídicos, evidentemente, el tener lugar no es otra cosa que la generación física, biológica.

Aunque también puede darse una filiación biológica, pero no jurídica, en el caso de que no aparezca o no conste legalmente, ante el Derecho, quiénes sean los padres o uno de ellos; sin embargo, las acciones encaminadas a investigar o a reclamar la paternidad o maternidad podrán conseguir que se declare una determinada filiación jurídica, uniendo así a la relación biológica la jurídica.

Se dará el caso contrario cuando conste una filiación jurídica que no sea biológica: será el supuesto del marido que no sea realmente el padre de quien cree ser su hijo matrimonial o el hombre o la mujer que reconocen un hijo extramatrimonial sabiendo (o no, a veces) que no lo han generado. También, es este caso, las acciones de reclamación o de impugnación podrán hacer aparecer la realidad de las cosas y unir la relación jurídica a quien la tenga biológica.

Caso aparte es la filiación adoptiva en que hay relación jurídica, sin base biológica.

La filiación da lugar a uno de los estados civiles: *status filii*, condición de hijo, en sus diferentes clases, aunque en la legislación actual tenga el mismo tratamiento jurídico; por ello ya no cabe hablar de

estado civil de hijo matrimonial o extramatrimonial o adoptivo, sino simplemente de un único estado civil: el *status filii*.

b. Política de discriminación entre filiación legítima e ilegítima

Históricamente se había siempre considerado "Filiación legítima" la procedente de personas que al tiempo de la concepción estaban casadas entre sí. De cuyo matrimonio se deriva una presunción: *pater is est quem nuptiae demonstrant*, que fue reconocida en el antiguo artículo 108 (derogado por Ley de 13 de mayo de 1981) que la arbitraba con unos pasos de presunción de concepción en el matrimonio (ciento ochenta días tras el matrimonio y trescientos tras su disolución o separación) no cabiendo prueba en contrario (más que la imposibilidad física de cohabitación).

La "filiación ilegítima" era la procedente de personas entre las que al tiempo de la concepción no existía matrimonio legítimo.

En el Derecho Romano se conocían con el nombre de *spurii* o *vulgo concepti* los nacidos fuera del matrimonio. En el Derecho justiniano se llamaban "naturales" los habidos en concubinatos y *spurii* los nacidos de uniones no estables. Las Partidas (Partida 4a., tit. 15) consideraban ilegítimos los hijos que *non nassen de casamiento segund ley*, y enumeraba distintas clases de hijos ilegítimos: naturales, los que *fazen en las barraganas*, notos, "fruto de adulterio", fornesinos, *nascen de adulterio o son fechos en parienta o en mugeres de Orden*, manzeres, de prostituta, espúresos, de otras mujeres.

Las Leyes de Toro (Ley II, que pasó a la Novísima Recopilación) consideró los hijos naturales como de padres que al tiempo de la concepción o nacimiento podían casarse sin dispensa.

El Código Civil únicamente distinguió en los hijos ilegítimos, los naturales, de padres que al tiempo de la concepción podían casarse sin dispensa o con ella, y los demás ilegítimos en quienes no concurría la condición legal de naturales.

Mientras el hijo legítimo tenía todos los derechos derivados de la filiación, el natural tenía menguados derechos respecto al padre o madre que le reconocieron y los demás ilegítimos tenían únicamente, y en ciertos casos, derechos de alimentos.

En este estado de cosas, con un esencial cambio de mentalidad legal y de ambiente social, se llega a la Constitución de 1978, cuyo artículo 14 establece la igualdad ante la ley, "sin discriminación alguna

por razón de nacimiento..."; y el artículo 39, tras referirse a la protección integral de los hijos, añade: "iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación".

Respondiendo a la nueva mentalidad social y jurídica y cumpliendo la norma constitucional, se promulga la Ley de 13 de mayo de 1981 que modifica el Código Civil en materia de filiación (además de la patria potestad y del régimen económico del matrimonio). En dicha reforma, el Código Civil cambia de terminología y la esencia de la normativa sobre filiación. Desaparecen los términos de hijos legítimos, ilegítimos y naturales; hay hijos matrimoniales y extramatrimoniales, aparte de los adoptivos, todos ellos con los mismos derechos y efectos jurídicos: principio de igualdad, de acuerdo con la Constitución y con ruptura del sistema anterior.

c. Régimen general de la filiación matrimonial

c.1 Concepto y requisitos

El artículo 108 C.C., primer párrafo, último inciso, define la filiación matrimonial: "es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí"; es decir, son hijos matrimoniales los hijos de personas unidas en matrimonio.

Son requisitos de la filiación matrimonial:³

Primero: La maternidad de la mujer casada, que no plantea más posible problema que el de la prueba —si se discute— del parto y de la identidad del hijo: *mater semper certa est*.

Segundo: Matrimonio de los padres entre sí, sin importar que el matrimonio sea anterior o posterior a la concepción o al mismo nacimiento. De aquí que se puedan distinguir:⁴ 1º) los hijos matrimoniales de origen, es decir, desde antes de nacer, que pueden ser concebidos durante el matrimonio, o bien concebidos antes, pero los padres contraen el matrimonio antes del nacimiento y el hijo nace ya matrimonial; junto a éstos; 2º) los hijos matrimoniales después de nacidos, que son los nacidos de padres no casados entre sí (no importa

³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *El nuevo régimen de la familia*, II, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, p. 23.

⁴ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, t. IV, Derecho de Familia, 4a. ed., Barcelona, 1989, p. 221.

que sean solteros o casados con tercera persona) que después de dicho nacimiento contraen matrimonio y el hijo deviene matrimonial.

Tercero. Que la generación sea por obra del padre, lo que únicamente se determina por juego de presunciones, como la de *pater is est quem nuptiae demonstrant* que se refleja en el Código Civil, que establece una presunción general en el artículo 116, una presunción atenuada en el artículo 117, una matrimonialización (antigua legitimación) en el artículo 119 y un caso de paternidad aun sin presunción en el artículo 118; aparte de ello, las acciones de filiación matrimonial pueden conducir a la determinación de la paternidad.

c.2 Determinación

El artículo 115 establece que la "filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:

1º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres". En la inscripción de nacimiento consta la maternidad por la certificación del facultativo que asistió al parto; la paternidad se desprende del juego de presunciones, que se analiza seguidamente.

2º "Por sentencia firme", recaída en el proceso seguido en el ejercicio de la acción de filiación, de reclamación de la filiación matrimonial.

c.3 Presunciones de paternidad

c.3.1 Presunción general de paternidad del marido

El artículo 116 establece la presunción general de paternidad del marido de todo hijo nacido vigente el matrimonio: "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".

Parte el Código del plazo mínimo y máximo de gestación de 180 y 300 días, respectivamente.

Si nace dentro de los 180 días primeros del matrimonio, esta presunción general queda atenuada por el artículo 117. Si nace después de los 300 días de separado o disuelto el matrimonio, no se aplica la presunción (artículo 118).

En todo caso, es una presunción *iuris tantum*, basada en los deberes de convivencia y de fidelidad (artículos 68 y 69) que son efecto personal del matrimonio, que admite prueba en contrario: puede probarse que el hijo no es del marido por medio de las acciones de investigación y de impugnación de la paternidad, y además, puede probarse también que el nacido después de los 300 días de disuelto o separado el matrimonio es del marido a pesar del transcurso de este plazo (sin perjuicio de que, en este caso, quepa aplicar el artículo 118).

c.3.2 Presunción atenuada de paternidad del hijo nacido en los primeros 180 días

La presunción de paternidad del marido alcanza a los hijos nacidos en los primeros 180 días de celebrado el matrimonio, en que la concepción se ha producido antes de contraerse. Pero no es una presunción tan general como la del artículo 116, sino atenuada, aunque tampoco se trata de una legitimación o matrimonialización, sino que el hijo es plenamente matrimonial, pero con posibilidad por parte del marido de desconocer e invalidar la presunción de su paternidad por simple declaración en contrario.

Dispone, en efecto, el artículo 117 que "nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio podrá el marido destruir la presunción (del artículo 116) mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto".

Por "declaración auténtica... formalizada..." debe entenderse la que reúne requisitos de fehaciencia suficientes para poder afectar al estado civil del hijo. Así, esencialmente, la declaración o comparecencia ante el encargado del Registro Civil o notarial o judicial que, en todo caso, se inscribirá en el Registro Civil marginalmente a la inscripción de nacimiento del hijo al que se refiera.

Dicha declaración en contrario no tiene naturaleza de impugnación de filiación matrimonial, sino simplemente de desconocimiento de su paternidad y, por tanto, al destruir la presunción, como dice el artículo 117, elimina la filiación matrimonial del hijo que desconoce ser suyo.

A este desconocimiento de la paternidad se formula una excepción: si el padre, antes del parto, ha reconocido expresa o tácitamente la paternidad del hijo, no puede luego desconocerla. Añade, en este sentido, el artículo 117 que "se exceptúan los casos en que hubiere

reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio".

Hay todavía una excepción a la excepción: si el marido no puede desconocer la paternidad del hijo nacido en los primeros 180 días del matrimonio, por razón de haber conocido el embarazo de la mujer, si (excepción a la excepción) puede desconocerla —último inciso del artículo 117— por medio de una "declaración auténtica de desconocimiento de la paternidad que se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo".

c.3.3 No presunción de paternidad del hijo nacido después de los 300 días

Una vez separados judicialmente o de hecho los cónyuges, no cabe aplicar la presunción de paternidad del hijo nacido después de 300 días. Se presume que ha sido concebido tras el matrimonio, y por lo tanto, no por el marido. Para acreditar que, a pesar de ello, el hijo es del marido y, en consecuencia, matrimonial, será preciso ejercitar las acciones pertinentes de reclamación de la filiación matrimonial.

Sin embargo, en caso de separación judicial o de hecho, el matrimonio sigue vigente, aunque falte el deber de convivencia y si ambos cónyuges lo declaran conjuntamente, el hijo nacido después de los 300 días de su separación será matrimonial. Así lo prevé el artículo 118: "Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos".

c.3.4 No presunción respecto al hijo nacido antes del matrimonio

El artículo 108 dice que el hijo es "matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí", sin especificar el momento de la concepción, que puede haberse hecho antes del matrimonio. Pero también puede producirse antes del matrimonio el propio nacimiento. En tal caso, el hijo nacerá extramatrimonial, pero si posteriormente los padres contraen matrimonio, aquel hijo devendrá automáticamente matrimonial. Necesariamente, sin embargo, deberá constar que tal hijo es

extramatrimonial de ambos cónyuges. Se trata —podría decirse— de una matrimonialización del hijo extramatrimonial.⁵

Prevé este supuesto el artículo 119: "La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo (la aludida matrimonialización) siempre que (constancia de la filiación matrimonial) el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme. . ." a los medios de determinación de la filiación extramatrimonial.

d. Régimen de la filiación extramatrimonial

d.1 Concepto y determinación

Es extramatrimonial el hijo de padres que no han contraído matrimonio entre sí.

La filiación extramatrimonial no se determina nunca por la ley, sino por la voluntad de los padres o de uno solo de ellos mediante acto jurídico o por resolución judicial. El artículo 120 enumera los medios de determinación:

1º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; 2º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; 3º Por sentencia firme; 4º Respecto de la madre, cuando haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

e. Régimen general de las acciones de filiación. La investigación de la paternidad

e.1 Concepto y principios

La filiación matrimonial o extramatrimonial puede determinarse por sentencia firme (artículos 115, 2º y 120, 3º) mediante el ejercicio de

⁵ MOREU BALLANGA, "Matrimonialidad de la filiación por subsiguiente matrimonio de los padres", en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. III, Madrid, 1988, p. 665.

la "acción de reclamación" (la más típica, la de reclamación de la filiación extramatrimonial, es conocida con el nombre de acción de investigación de la paternidad) o destruirse la ya determinada por el ejercicio de la "acción de impugnación".

La regulación de las acciones de filiación aparece sometida a dos fuerzas o tensiones contrapuestas. Por un lado, el derecho a la obtención y a la difusión de la verdad: que los hijos encuentren a sus verdaderos padres y los padres a sus hijos. Frente a esta línea, existe otra que es de preservación de la paz familiar y, por consiguiente, de limitación de los conflictos que puedan alterar el *statu quo* familiar.

Los principios, base de todas las acciones de filiación son:

Primero. Principio de libre investigación de la paternidad y la maternidad

Que proclama el primer párrafo del artículo 127 como declaración de principio que es desarrollado por los artículos siguientes al regular las distintas acciones. Con ello se cumple el mandato constitucional del artículo 39.2 de la Constitución ("la ley posibilitará la investigación de la paternidad").

Segundo. Acciones declarativas

No son constitutivas, en el sentido de que constituyen el *status filii*, con eficacia *ex nunc*, sino que declaran la filiación, que producirá efectos (artículo 112) desde el nacimiento.

La acción se ejercitará en proceso declarativo ordinario de menor cuantía (artículo 484, 2º, LEC) con intervención del Ministerio Fiscal (artículo 3º, 6, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (artículo 3º, 6, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981).

Son acciones irrenunciables y no cabe transacción.

Tercero. Legitimación activa

Las acciones son personalísimas e intransmisibles: sólo puede ejercitarlas el propio interesado, y si es menor o incapacitado, su repre-

⁶ PRIETO FERNÁNDEZ, Carmen, "El interés del hijo en los procesos de filiación: un interés de carácter preferente", en *Act. Civ.*, 1991, p.

sentante legal o el Ministerio Fiscal (artículo 129) y sólo cabe su transmisibilidad *mortis causa* si muere el demandante iniciado el ejercicio de la acción (artículo 30). Aunque hay algunas alteraciones parciales a este principio: puede ejercer la acción de reclamación de filiación cualquier persona con interés legítimo, si el hijo tiene constante posesión de estado (artículo 131) y si no hay posesión de estado, cualquier perjudicado puede impugnar la filiación extramatrimonial (artículo 140).

Cuarto. Presupuesto de admisibilidad de la demanda

La demanda no se admitirá (artículo 127, segundo párrafo) "si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde". No se trata de una prueba plena, sino de una *semiplena probatio*, una razonable y mínima justificación con la finalidad de evitar procesos temerarios, o limitar el posible abuso exigiendo *ab initio* un principio de prueba que acredite la seriedad de la pretensión, impidiendo a personas desaprensivas excesiva facilidad y medios hábiles para crear a veces artificial e infundadamente procesos que pueden llevar a intranquilidad a personas y familias.

Quinto. Medidas protectoras y alimentos

En los procesos de impugnación de la filiación, cuyo hijo al que se refiere está sometido a la potestad del demandado que aparece como progenitor, dispone el artículo 128 que mientras se tramite, "el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes de aquél": medidas de protección que quedan al arbitrio judicial, adaptadas a las circunstancias de cada caso. Con estas medidas se intenta evitar que sufra peligro la persona y bienes del menor o incapacitado que está bajo patria potestad de alguien cuya paternidad o maternidad se está impugnando.

Igualmente, en los procesos de reclamación de filiación, añade el segundo párrafo del mismo artículo 128, "el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado", e incluso las anteriores "medidas de protección"

Sexto. Admisibilidad de toda clase de pruebas

Se admite toda clase de pruebas, incluso las biológicas, lo que prevé el último inciso del primer párrafo del artículo 127; y que será motivo de análisis posterior en este trabajo.

e.2 Acciones de reclamación

e.2.1 Acciones de reclamación de la filiación matrimonial

La acción de reclamación de la filiación matrimonial tiene por objeto determinar la filiación matrimonial, por no existir ninguna o por ser inexacta la existente.

Si existe posesión de estado, puede ejercer esta acción (legitimación activa) —que pretenda hacer coincidir esta filiación con la posesión de estado— cualquier persona con interés legítimo, según dispone el párrafo del artículo 131, lo que debe incluir a los propios interesados —padres e hijos— o sus herederos o todo el que pueda acreditar un interés aceptable.

A falta de la correspondiente posesión de estado, pueden ejercitarla tan sólo el padre, madre o hijo, tal como añade el artículo 132, primer párrafo.

La acción se dirigirá contra (legitimación pasiva) aquellas personas que tengan en este momento una relación de filiación, sea con posesión de estado o sin ella. En todo caso, será parte el Ministerio Fiscal, por tratarse de una acción de estado.

La acción es imprescriptible (artículo 132, primer párrafo); caduca (artículo 132, segundo párrafo) sólo en el caso de fallecer el hijo antes de cuatro años de alcanzar la capacidad o en el siguiente de descubrir las pruebas, en cuyo caso los herederos tienen legitimación sólo por el tiempo que falta para cumplir el plazo.

e.2.2 Acción de reclamación de la filiación extramatrimonial

Como la matrimonial, la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial tiene por objeto "determinar (artículo 120, 3º) la relación de filiación padre o madre e hijo, fuera del matrimonio". Es la máxima

expresión de la acción de investigación de la paternidad, proclamada como principio en el artículo 127.

La prueba de la maternidad puede ser más fácil si se demuestra el parto y la identidad del hijo, sin perjuicio —tal como dispone el artículo 127— de que pueda practicarse toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

La prueba de la paternidad es más difícil por depender de un hecho —la generación— no demostrable exteriormente. También cabe toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (artículo 127), que tendrá, en este caso, importancia decisiva.

Pero puede ocurrir que no se pruebe ni en favor ni en contra, respecto a la madre, el hecho del parto, o respecto al padre, la generación. En tales casos, el artículo 135 presenta unos hechos, que si se prueban, "podrá declararse la filiación", son: 1º) "el reconocimiento expreso o tácito"; 2º) "la posesión de estado" (en cuyo caso tiene legitimación activa para ejercitar esta acción, cualquier persona con interés legítimo (artículo 131); 3º) referido sólo a la paternidad: "La convivencia con la madre en la época de la concepción", de la que se desprenda la generación de tal hijo; 4º) "otros hechos de los que se infiera, de modo análogo".

Cuando faltare la posesión de estado, dispone el artículo 133 que la acción "corresponde al hijo durante toda su vida"; el hijo está, pues, legitimado activamente. Mientras sea menor de edad (o si es incapacitado) podrá ejercitar la acción, en su nombre, su representante legal o el Ministerio Fiscal (artículo 129). Si es mayor de edad, sólo él mismo podrá ejercitar la acción. Sus herederos podrán ejercitarla sólo si la había ya iniciado el hijo antes de morir (artículo 130), o en el caso del segundo párrafo del artículo 133 (análogo al del artículo 132): si el hijo muere dentro del plazo de cuatro años desde que alcance la capacidad o desde que descubre las pruebas, sus herederos podrán ejercitar la acción en el tiempo que se reste para completar dicho plazo.

La acción es imprescriptible; sólo existe el plazo de caducidad en el caso visto del segundo párrafo del artículo 133, en que se ha transmitido la legitimación activa.

e.3 Acciones de impugnación

e.3.1 Acción de impugnación de la maternidad matrimonial

La madre, para impugnar su maternidad del hijo matrimonial, puede probar que no hubo tal maternidad de tal hijo, es decir, como dispone el artículo 139, "justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo, pudiendo emplear toda clase de pruebas, incluidas las biológicas" (artículo 127) para acreditar que aquél no es su hijo.

La legitimación activa la tienen: la madre, el padre y el propio hijo. La acción es imprescriptible.

e.3.2 Acción de impugnación de la paternidad marital

La paternidad del marido se determina a base de presunciones. Pero tales presunciones pueden no responder a la realidad biológica, en cuyo caso puede el padre impugnar aquella paternidad que le fue determinada por las presunciones.

Para probar la no paternidad del marido se podrá utilizar (como prevé el artículo 127) "toda clase de pruebas incluidas las biológicas".

La legitimación activa va íntimamente ligada a los plazos de caducidad establecidos en el Código. En primer lugar, tienen legitimación el marido (artículo 136), supuesto padre; con plazo de caducidad de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, o si el marido ignora el nacimiento, desde que lo supo. También tienen legitimación activa los herederos del marido (artículo 136 párrafo segundo), si éste muere antes de que transcurra el anterior plazo de caducidad; los herederos también tienen legitimación activa si el marido fallece sin conocer el nacimiento, corriendo entonces el plazo de caducidad desde que lo conozcan aquéllos (artículo 136, tercer párrafo).

La legitimación activa corresponde también, como dispone el artículo 137, al propio hijo, cuyo plazo de caducidad es también de un año, desde la inscripción de la filiación, pero si es menor o está incapacitado, o bien ejerce la acción la madre que ostente la patria potestad o el Ministerio Fiscal, o bien la ejerce el propio hijo cuando sea capaz, contándose el año desde que adquiere la mayoría de edad o la capa-

cidad. El hijo o sus herederos pueden ejercitar dicha acción, sin plazo de caducidad, si falta la posesión de estado de filiación matrimonial.

e.3.3 Acción de impugnación de la filiación extramatrimonial

Cabe impugnar una filiación extramatrimonial, a no ser que esté determinada por sentencia firme, con fuerza de cosa juzgada.

Su función es acreditar la no paternidad o no maternidad de una filiación extramatrimonial, —utilizando una vez más, artículo 127— "toda clase de pruebas, incluidas las biológicas".

Si existe posesión de estado —artículo 140, segundo párrafo— tiene legitimación activa el padre o madre, el hijo y quienes por la filiación pueden resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caduca a los cuatro años a partir de que concurra un doble requisito: inscripción de la filiación y posesión de estado. Si el actor es el hijo, no le caduca la acción hasta un año después de haber llegado a su plena capacidad (artículo 140, tercer párrafo).

Si falta la posesión de estado, tienen legitimación activa, según el primer párrafo del artículo 140, "aquellos a quienes perjudique". No se establece el plazo de caducidad, esa acción es imprescriptible.

C. Presunciones jurídicas

a. Presunciones. Concepto. Valor probatorio

La presunción es una actividad del Juez que va encaminada a acreditar un hecho distinto del hecho afirmado y probado por las partes procesales, en virtud del nexo que existe entre ambos, bien que lo imponga la ley, o porque lo impongan las reglas del criterio humano o las máximas de la experiencia.

Toda presunción tiene su punto de apoyo en un hecho base con fundamento bastante para sugerir la certeza de otro que es su consecuencia. Esta afirmación está tomada del supuesto más simplista consistente en una deducción basada en el antecedente del que se desprende una conclusión segura, conforme a las reglas del criterio humano. Sin embargo, la sencillez del caso necesita ser completada con todos los demás de índole más compleja, en los cuales una combinación de las

pruebas para hacer valoraciones en armónica relación todas ellas, y la posibilidad de resultados que gozan de diferente grado de credibilidad, complican sobremanera el problema del valor de las presunciones.

No son éstas fuentes primarias en el conocimiento de la verdad. Todo lo contrario, su posibilidad de operar supone una obtención anterior de los datos adquiridos por otros medios. La seguridad de certeza permite establecer unas conexiones que el pensamiento aporta como fruto de la deliberación posibilitando la ampliación del reducido ámbito inicial, que dan las primeras impresiones. La extensión posterior es debida al poder creador del discernimiento, capaz siempre de llegar a conocer lo que las apariencias no muestran, pero que es averiguado siguiendo la pista que los indicios sugieren al observador atento.

El valor complementario y subordinado que las presunciones cumplen es evidente. Resulta preciso tener conciencia de sus límites y naturaleza para no confundirlo con los demás medios de prueba.

Los medios que la ley procesal regula son fuentes directas llamadas a formar en el Juez la convicción de la verdad con base en su propio contenido. Su valor es primario porque la prueba incorpora los medios de conocimiento que inmediatamente van a permitir formar juicio sobre aquello que es o no es cierto. Por el contrario, en el caso de las presunciones, su operatividad más que secundaria es subordinada y su eficacia indirecta, ya que partiendo de los hechos probados por otros medios, trata de conocer aquello que racionalmente se infiere de los primarios.

El Juez debe tener libertad para valerse de medios de prueba necesarios, hacer deducciones y obtener consecuencias, establecer relaciones y luego sentar una afirmación concluyente acerca de los hechos probados. Con lo cual esta libertad se manifiesta en el momento de elegir las pruebas, continúa luego en el proceso lógico que integra una estimación y culmina al sentar la conclusión. Reglas lógicas y empíricas gobiernan la búsqueda de medios eficaces y aptos para la prueba y también su interpretación y estimativa. Se precisa un enlace directo y preciso en la argumentación que trata de inducir las causas partiendo de unas circunstancias, al igual que en la deducción de consecuencias, sirviéndonos de la base o principio que las fundamenta. Pero hay que advertir que los hechos descubiertos a través de un proceso racional pueden ser también objeto de prueba directa, y en tal caso

lejos de existir una incompatibilidad o tener que establecer reglas de prioridad, nos encontramos que, si los resultados son afines, hay una concurrencia que fortalece la postura que reconoce el hecho como probado, en virtud de la coincidencia. Sin embargo, en el caso en que se observe una contradicción entre aquello que sugiere la presunción y lo que se desprende de la prueba directa habrá que estar con preferencia a esta última.

En el catálogo de pruebas establecido en el artículo 1215 del Código Civil se señalan las de presunciones como uno de los medios que pueden utilizarse en el proceso para acreditar los hechos litigiosos aducidos por las partes.

Coherentemente, en los artículos 1249 a 1253 del Código Civil se regula la utilización de las presunciones. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el mismo Código Civil distingue dos tipos de presunciones: las establecidas por la ley (artículo 1250) y las que ésta no establece (artículo 1253). Esta distinción nos introduce en un doble tratamiento y consideración de las presunciones puesto que la función, alcance y utilidad en el proceso es diferente según se trate de las presunciones legales o de las no legales.

Las presunciones legales cumplen la misión de fijar los hechos en la sentencia exonerando de la prueba de los mismos a la parte que está favorecida por ellas. La presunción legal, que es la que propiamente merece el nombre de presunción, actúa como un medio de relevar de la carga de la prueba al litigante; de esa forma cuando se da —y prueba— el hecho base, el legislador determina anticipadamente la existencia del hecho presumido ("pre-sumere"). Por tanto el litigante tiene que probar el hecho base al cual el legislador ha ligado el hecho presumido.

Sin embargo las presunciones no legales que reciben con propiedad la denominación de Prueba por Indicios, o Presunción de Hecho, no constituyen una dispensa de la prueba, sino que son un medio de prueba mediata o indiciaria; a través de la prueba de ciertos hechos, se consideran acreditados (presumidos) otros que, por la experiencia de la vida (reglas de criterio humano), se hallan estrechamente unidos a ellos.

De esta actividad probatoria trata el artículo 1253 del Código Civil, del cual resultan una serie de requisitos que es preciso tener en cuenta para que puedan operar dentro del proceso con finalidad probatoria.

Se exige en primer lugar que el hecho-indicio esté completamente demostrado y en segundo lugar que el alcance existente entre el hecho indicio (accesorio) y el hecho presunto (principal) sea preciso y directo según las reglas del criterio humano. Las máximas de experiencia no están detalladas en ningún precepto y por tanto son apreciadas por el juez libremente con arreglo a las reglas del criterio humano.

La prueba por indicios deja de ser útil cuando se presenta una prueba en contrario respecto del hecho-indicio y cuando el enlace no es preciso y directo. Es una prueba supletoria que debe ir acompañada de otros medios de prueba, o que debe emplearse subsidiariamente en el caso de que no sea posible obtener una prueba directa sobre los hechos que tratan de probarse por este medio.

b. Las presunciones legales, su función y efectos

Los hechos o situaciones jurídicas que se tienen como existentes por la ley o por virtud de una presunción legal no precisan prueba.

El legislador en ciertos casos ha establecido un hecho como existente siempre que se den ciertos hechos que es necesario probar. Así ocurre cuando el artículo 116 C.C. dispone que se presumen hijos de 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 hechos de los cónyuges.

El legislador para ello asume una regla lógica; es habitual que los hijos nacidos de dos personas casadas pertenezcan al marido, por tanto fija el estado jurídico del marido, por la sola concurrencia de los plazos prevenidos en la ley. Sin embargo también puede ocurrir que un hijo nacido de una mujer no sea del marido de ésta, sino de otro individuo. Por tanto, estas consecuencias generales y presuntas extraídas por el legislador admiten cuando la ley lo prohíbe expresamente (presunciones *iuris et de iure*).

Las presunciones legales tienen por objeto dar seguridad a los hechos o estados jurídicos que se suponen existentes por razones lógicas y de justicia.

La existencia de una presunción impuesta por la ley genera diversas conductas en los intervinientes en el proceso. La parte que está favorecida por ella debe probar el hecho antecedente o base (artículos 1249, 1250 C.C.). El juez, ante la existencia de la presunción

legal, debe asumir como probado el hecho presumido. Sin embargo, cuando, por medio de la prueba en contrario (artículo 1251 i CC), se acredita que el hecho antecedente no existe, la presunción deja de producir efectos. El Juzgador no podrá tener como existente el hecho presumido.

c. Presunciones *iuris et de iure*

Cuando es la misma ley la que *a priori* consagra una regla fijando un hecho deducido de otro, sin que se admita prueba en contrario, estamos ante las presunciones *iuris et de iure*. Éstas llegan a dispensar de la prueba al favorecido por las mismas y deniegan su admisión a la parte contraria, pero en realidad lo que hace la ley es reconocer un efecto jurídico que se sigue del enlace o combinación de dos hechos. El primero estima procedente admitir la existencia de otro derivado de aquél, y cuya realidad no puede ser discutida. Por eso la doctrina piensa que es como si el efecto jurídico se siguiese directamente del supuesto principal, que necesita ser probado.

En toda presunción legal la deducción la establece la norma, porque racionalmente se puede inferir una consecuencia y proclamarla con caracteres de generalidad, de manera que hay que estar y pasar por la declaración, que es como si constituyese un efecto jurídico más que se sigue del supuesto de hecho.

d. Presunciones *iuris tantum*

Con estas presunciones acontece lo mismo, con la particularidad de que el efecto reconocido por corresponder a una estimación de lo que normalmente suele ocurrir, y tratarse de circunstancias que naturalmente acompañan a un hecho anterior, hace que el titular se vea favorecido por un precepto legal, regulador en el sentido de que aquél que el efecto reconocido por corresponder a una estimación de lo que jurídica unas circunstancias que derivan de aquél y al que van unidas, por lo común, siendo excepcional lo contrario, exonerando de la necesidad de probar el hecho supuesto, quedando descargado de ello el interesado por recaer la carga de la prueba en el adversario.

e. Presunciones de paternidad

Pocos temas han preocupado de antiguo y siempre tanto al hombre como el de la paternidad, obra interna y secreto de la naturaleza, expuesta por desgracia al error y a la concurrencia, materia de difícilísima comprobación.

Este carácter de la paternidad ha exigido, para su determinación, el recurrir a presunciones. Viene a relacionarse la paternidad con el hombre que ha tenido cohabitación, presunta o probada, con la madre en determinada época, que se denomina periodo legal de concepción ("legal", en realidad, sólo cuando existe una presunción legal de paternidad, matrimonial o extramatrimonial). Habida cuenta de la dificultad para la determinación del momento de la concepción, y del amplio margen de variación de la duración de la gestación de unos casos a otros, aquel plazo legal de concepción, dentro del cual se considera concebido forzosamente el hijo, es relativamente amplio: queda definido por la diferencia de tiempo entre los plazos legales máximo y mínimo de gestación.

Si hubiera seguridad, o en el caso de que la haya, de que durante ese tiempo la mujer ha cohabitado exclusivamente con un solo hombre, no habrá duda alguna sobre la paternidad. Pero esa seguridad es difícilmente alcanzable, y de ahí los graves problemas de la paternidad, su impugnación, su investigación, etcétera.

Si hubiera de buscar la causa profunda de los conflictos de paternidad, habría que pensar en primer lugar en que son inherentes a la

⁷ Manifestación de esa preocupación, y de la duda profunda y casi visceral que angustia al hombre en cuanto a su progenitor, son en dicho popular: "Los hijos de mis hijos, mis nietos son; los hijos de mis hijos, son... o no son"; y la literatura universal, máximo exponente del alma humana y sus problemas.

Las referencias que se hacen en este sentido van desde *La Odisea* (Atenas pregunta a Telémaco: "¿Si soy yo ciertamente su hijo?... Mi madre así me lo dice, pero ya nada sé en verdad de ello; ¿en qué puede reconocer un hijo a su padre?"; libro I, versos 215-216), y la Biblia ("como la nave sobre la ola, así el hombre en la mujer no deja señal ni rastro de su paso", citado por VICENTI, "La ricerca della paternità e i gruppi sanguigni", Florencia, 1955, que apostilla: "La imagen es bíblica y ha quedado como la expresión más elegante y más exacta de una verdad inconcusa"); hasta SHAKESPEARE en "Vida y muerte del Rey Juan", acto I (Felipe el Bastardo al Rey: "Descendemos, ciertamente, de una misma madre, poderoso rey, según es notorio, y creo que del mismo padre; pero para conocimiento evidente de la verdad, os remito al cielo y a mi madre; sobre este punto tengo las mismas dudas que pueden asaltar a todos los hijos de los hombres". Versos 59-63).

naturaleza misma de la paternidad, y consecuencia del sistema legal de las presunciones para su determinación.

Efectivamente, casi toda la construcción jurídico-legal de los códigos modernos, en materia de filiación y paternidad, se basan en un sistema de presunciones de paternidad, expediente legal necesario ante lo inescrutable de la paternidad o inaccesible a los medios ordinarios de prueba, combinado a veces con un sistema arbitrario en materia de filiación extramatrimonial, donde la voluntad individual a través del reconocimiento voluntario, interfiere el régimen, legal objetivo de presunciones, complicando gravemente la cuestión y multiplicando los no pocos problemas.

Para hablar de un conflicto jurídico de paternidad es preciso que en alguna forma, por el procedimiento que sea, haya o pueda haber atribución formal de paternidad, o por declaración judicial, o por reconocimiento formal y solemne; o que, de la misma manera haya pretensiones formales de paternidad orientadas para producir efectos jurídicos concurrentes. La simple afirmación de paternidad respecto de un niño ya dotado de una filiación no causa, pues, un conflicto propiamente dicho en tanto que no es expresada bajo la forma de un reconocimiento o de una acción judicial.

Toda atribución que en principio se haga de una paternidad, sea legal o individual (reconocimiento en sus varias formas), no pasa de ser una presunción de paternidad, presunción que se justifica a través del esquema de una cohabitación presunta y probada a la que por ley o por el juicio valorativo de un Tribunal, le es atribuido carácter fecundo, de modo que se considerará padre al autor de aquella cohabitación (o cohabitaciones).

El doctor Francisco Rivero Hernández⁸ distingue cuatro tipos de presunciones de paternidad, a saber:

1. *Presunción de paternidad legítima y legal*, es la clásica regla *pater is est* y de toda norma que con una u otra expresión atribuya al marido la paternidad del hijo nacido de mujer casada.
2. *Presunción de paternidad natural y legal*, cuando se declara legalmente la paternidad del hombre que ha nacido con la madre en el periodo legal de concepción.
3. *Presunción legal de paternidad*, a la manifestación de propia paternidad que hace un hombre en determinadas condiciones (el reco-

⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *Los conflictos de paternidad en el Derecho comparado y en el Derecho español*, Barcelona, 1a. ed., 1980, p. 56.

nocimiento de la filiación natural): la atribución de la paternidad la hace la Ley y no el hombre, el cual lo único que sabe y puede decir es que él ha tenido relación carnal con la mujer (él proporciona el elemento cohabitación; la ley, y sólo la ley, otorga carácter causal a tal cohabitación).

4. *Presunción judicial de paternidad*, en cambio, hay cuando un Tribunal declara o impone la paternidad de cierto hombre del que se ha probado que tuvo acceso carnal con la madre en época idónea para la concepción, en el que todo concurre en el mismo sentido y cuya deducción la hace el Tribunal a través de un juicio de valoración.

De todo ello se desprende que la atribución de la paternidad en todos los casos no se hace gratuitamente ni por frío imperativo de la ley o por arbitraria voluntad individual, ni por una abstracta virtud del matrimonio *per se* (en la presunción de paternidad matrimonial), sino en virtud del mecanismo de la cohabitación causal.

En el Código Civil español no hay prevista presunción de concepción fuera de Filiación Matrimonial como quedó señalado y desarrollado en el apartado B.c.3.

La problemática de la prueba de la paternidad (en la que se halla inserta la presunción de paternidad) es común a la filiación matrimonial y extramatrimonial: se plantea de manera negativa para la primera (si el marido, presunto padre, no es tal: problema de la impugnación de la presunción) y de forma positiva en la segunda (demostrar, probar quién es el padre). Pero, positivo o negativo, el problema, en el fondo, es el mismo.

En la base de toda atribución de paternidad hay siempre una presunción de paternidad: presunción legal si aparece dictada, prevista o impuesta, implícita o explícitamente por la Ley; presunción de hecho (o judicial), cuando no ocurre así (especialmente en aquellos casos en que la declaración de paternidad se hace en sentencia judicial).

Y todas estas presunciones de paternidad se justifican como otras tantas cohabitaciones causales, como cohabitaciones presuntas o probadas a las que superpone una presunción de generación. En la filiación extramatrimonial, la paternidad también resulta del juego de una presunción de paternidad, que es el mecanismo de la cohabitación causal.

La relación paterno-filial es ante todo de naturaleza eminentemente objetiva, con una base biológica, que es sustrato fundamental. La voluntad individual tiene un papel muy limitado para crear esa relación,

ya que objetivamente es independiente en absoluto de ella; por otra parte, el interés público predominante en esta relación debe prevalecer sobre el interés individual del generante para crearla o no a su albedrío.

Los problemas que en este campo crea el juego de la voluntad individual derivan de las dificultades de prueba de las relaciones sexuales origen del hijo extramatrimonial, en defecto de una situación y de una presunción de hecho semejantes a lo que proporcionan el matrimonio y de que goza la filiación matrimonial. No pudiendo presumirse aquellas relaciones, deben probarse; pero su propia naturaleza ética y fáctica dificulta esa prueba.

La mejor y menos sospechosa prueba de tales relaciones será su declaración o confesión por el propio hombre; las demás habrá que mirarlas con mayor cuidado.

La paternidad es algo que por su propia índole le es desconocido al padre que no está casado con la madre (que sólo puede ser "presunto padre").

Nadie puede asegurar su propia paternidad. El padre que no está casado con la madre jamás podrá declarar (jurídicamente) su paternidad, ni siquiera confesarla: no lo sabe, no puede saberlo, y menos asegurarlo. Lo único que puede saber y asegurar son sus relaciones habidas con la madre.

En consecuencia, la deducción de la paternidad, su afirmación a efectos jurídicos viene pronunciada de la presunción de la cohabitación causal, la cual resulta a veces de la vida en común continuada, aún al margen del matrimonio (concubinato), otras, de la propia manifestación del presunto padre (escrito indubitado, confesión, reconocimiento expreso y formal...); y alguna vez, como consecuencia de una conducta penal.

El que reconoce un hijo fuera de matrimonio no puede decir nada más que tuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción, por lo que cree que es padre.

Pero, en cambio, cuando el conflicto llegue ante los Tribunales, cuando éstos deban resolverlo y pronunciarse sobre la paternidad (que es el punto cardinal en este estudio, como se verá más adelante), deben investigar y profundizar hasta encontrar la paternidad real, pues es precisamente eso lo que se les pide.

Y como se analizará más adelante, no veo inconveniente alguno en que la solución al conflicto de la paternidad atribuible a un hombre, sea eminentemente (no exclusivamente) biológico.

D. Consideraciones sobre las pruebas de paternidad

a. Sistemática e ideas generales

El tema de las pruebas se plantea y tiene importancia en todas las acciones de filiación, pero en la práctica casi toda la problemática, y por ende la jurisprudencia, ha recaído en casos de acciones de investigación de la paternidad (es decir, acciones de reclamación de la paternidad extramatrimonial).

El gran cambio legislativo que supuso, por consecuencia de la Constitución de 1978, la reforma del C.C. de 1981, se centra esencialmente en dos aspectos: que se permite la investigación de la paternidad y que se permiten toda clase de pruebas; ambas se recogen en el primer párrafo del artículo 127 C.C. y se reiteran en la jurisprudencia. Lo que se pretenda probar es la verdad biológica, la realidad de la generación o realidad genética. En la acción de filiación, como proceso civil, rige el principio dispositivo y, por tanto, son las partes las que tienen que probar los hechos, esencialmente el hecho de la generación.

Ante todo hay que considerar la limitación de la acción de filiación por medio de la exigencia de un principio de prueba que es preciso acompañar a la demanda y que el Tribunal Supremo ha llegado a desnaturalizar al conformarse como un mero ofrecimiento de prueba a practicar en el curso del proceso, en el periodo probatorio.

A continuación, frente a la anterior limitación, se ha de ver la amplitud de prueba —“toda clase de pruebas”—, dice el artículo 127 C.C. en el ejercicio de la acción de filiación.

En estas pruebas destaca, por su gran importancia respecto al hecho de la generación, como prueba directa, la prueba biológica, con todos sus problemas y con la incidencia que respecto a la misma ha producido la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, que se analizará más adelante.

Y, tras ella, tiene importancia y ha recaído también numerosa jurisprudencia, la prueba indirecta o medios subsidiarios de prueba, que enumera el artículo 135.

b. El principio de prueba en las acciones de filiación

Un principio de prueba como presupuesto procesal para la admisión de la demanda es escogido por el artículo 127, segundo párrafo del C.C.: “El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”.

No se trata de una prueba sino de una *simple probatio*, razonable y mínima justificación con la finalidad de evitar procesos temerarios, o limitar posibles abusos exigiendo *ab initio* un principio de prueba que acredite la seriedad de la pretensión, impidiendo a personas desatentas excesiva facilidad y medios hábiles para crear artificial e infundadamente procesos que puedan llevar la intranquilidad a personas y familias.

Este principio supone una mínima acreditación de los hechos, que parezcan por sí idóneos para convencer de que la demanda se interpone con una base de credibilidad, sin que sea preciso que se acredite su total certeza, basta la mera probabilidad, la veracidad o falsedad será resuelta en el proceso; se trata de hechos de los que razonablemente puede deducirse que la demanda no carece de fundamento, lo cual queda a la libre apreciación del Juez.

Todo esto en principio y en pura doctrina.⁹ Pero, como se verá en seguida, la jurisprudencia ha acabado dándole otro sentido.

El Tribunal Supremo desnaturaliza este presupuesto que impone el C.C., mantiene un criterio amplio, en el sentido que basta la alegación de la prueba a practicar y ya desde la sentencia de 12 de noviembre 1987 (A.C. 132/88) dice que “debe considerarse suficiente la alegación en el escrito inicial de pruebas que pueden ser corroboradas en la fase probatoria”. Es decir, no se acompaña principio de prueba alguna, sino que se alega en la demanda que en fase probatoria del proceso se practicarán tales pruebas que acreditarán los hechos de la demanda.

La sentencia de 20 de octubre 1993 (A.C. 187/94), fundamento 1º, último párrafo, vuelve a sus cauces más aceptables, del criterio amplio: “La jurisprudencia de esta Sala es abundante y pacífica, aclarando que, respecto a este principio de prueba, cabe sostener una in-

⁹ CUADRADO IGLESIAS, “La investigación de la paternidad y la maternidad”, en *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, t. I, p. 609.

interpretación espiritualizada, entendiendo que ni siquiera es necesario que la prueba deba plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de razonabilidad de la demanda. El requisito procesal del número 2º, del artículo 127 del Código Civil constituye un completo tendente a procurar la seriedad de la demanda".

c. La prueba en el proceso de filiación en general

El artículo 127 C.C. dispone, como principio, que en los procesos en los que se ventilan acciones de filiación será admisible toda clase de pruebas. Amplitud, pues, de los medios de prueba, que comprende todos los que enumera la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo tanto, la declaración de amplitud probatoria de aquel artículo es una mera redundancia y quizá no tenga más valor y explicación que el ser un contraste con la limitación probatoria anterior a la reforma de 1981.

La prueba versará sobre el hecho de la generación, hecho de imposible manifestación externa en la paternidad, y en la maternidad puede ser posible cuando el hecho del parto y la identidad del hijo son físicamente demostrables, pero si se han dado avatares de tiempo (han pasado años) o de lugar (nació lejos) puede ser tan imposible como la paternidad.

Ante ello, la jurisprudencia ha distinguido las pruebas directas y las indirectas. Así, la sentencia de 30 de octubre de 1933 (A.C. 228/94) dice que "el vigente artículo 127 C.C. ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico investigación de la paternidad siendo admisibles en los juicios sobre filiación toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, no siendo obstáculo para la declaración de la filiación la falta de una prueba directa de la generación o del parto, como establece el artículo 135 del propio Código...".

La prueba directa versa sobre datos reales y se desprende una evidencia y en la prueba indirecta, se acude a presunciones que habrá de ponderar el juez en la búsqueda de la verdad material.

La prueba directa está constituida por la prueba biológica, sobre la generación, o prueba de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el parto e identidad del hijo. Las pruebas indirectas se hallan recogidas en el artículo 135, como *numerus apertus*, ya que el último inciso prevé la

prueba "por otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo".

d. La prueba indirecta

El artículo 135 C.C. dispone que "aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito de la posesión de estado, de la convivencia de la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo".

A partir de ahí, se pueden distinguir las pruebas directas y las indirectas. Como prueba directa, se debe incluir la biológica que acredita directamente la generación y cualquiera de las pruebas que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil que pueda acreditar directamente la realidad del parto y la identidad del hijo.

A falta de prueba directa, puede acudir a la prueba indirecta a que se refiere este artículo, para declarar la filiación objeto de la acción.

El magistrado Xavier O'Callahan Muñoz¹⁰ señala que los hechos sobre los que recaerá prueba y que sirven de presunción para la estimación de la acción de filiación, es decir, la prueba indirecta que enumera el artículo 135, son los siguientes:

1. *El reconocimiento expreso o tácito.* No es el reconocimiento, como medio de determinar la filiación extramatrimonial del artículo 120. 1º del C.C., ya que si hubiera éste, no haría falta el ejercicio de la acción de filiación. Tiene el sentido de una admisión expresa o tácita, oral o escrita, de que aquella persona es hija de aquella otra.

Se puede distinguir, en el reconocimiento expreso, que contiene una declaración explícita de paternidad, el directo, cuando la declaración va dirigida a la finalidad de constatar la paternidad, o indirecta, cuando la declaración no tiene finalidad de reconocer, pero se infiere de la misma la afirmación de paternidad.

El reconocimiento expreso puede ser también aquel determinante de la filiación extramatrimonial, del artículo 120. 1º C.C., pero que por algún defecto o vicio no es válido o no es eficaz como tal medio

¹⁰ O'CALLAHAN MUÑOZ, Xavier, *Investigación de la Paternidad*, Col. Doctrina y Jurisprudencia, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pp. 83 a 88.

de determinación de la filiación y puede, entonces, darse contra este reconocimiento, prueba indirecta de una acción de filiación.

El reconocimiento, en el sentido expresado, también puede ser tácito, derivado de actos concluyentes, que no se confundan con aquellos que generan la posesión de estado, que es cuestión distinta.

2. *Posesión de estado.* La posesión de estado es uno de los casos de prueba indirecta del artículo 135 C.C., pero también es trascendental a los efectos de la legitimación activa y de caducidad.

3. *Convivencia con la madre en la época de la concepción.* De esta prueba indirecta se podrá inferir tan sólo, evidentemente, la paternidad. Exige, también evidentemente, que la madre extramatrimonial esté ya determinada por cualquiera de los medios admitidos (artículo 120 C.C.).

La época en que se produjo la convivencia es la correspondiente a la que, razonablemente y bajo criterios biológicos, se produjo la concepción del hijo por la madre y, por tanto, la generación por el padre, objeto de la acción de filiación.

4. *Hechos análogos.* El último inciso del artículo 135 C.C. incluye como prueba indirecta, es decir, que se puede declarar la filiación que resulte de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo. Esta norma ha querido evitar el *numerus clausus* y concluye con esta referencia a hechos análogos. De tal forma, este artículo, sin sancionar plenamente el principio de prueba libre, ni admitir exactamente el de las presunciones legales, introduce en materia probatoria e interpretativa un criterio de gran amplitud que autoriza al Juez, acudiendo a las presunciones *iudicis*, a declarar o no la filiación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1988 (A.C. 625/88), que, ante la negativa del demandado de practicar la prueba biológica, advierte que "las demás circunstancias fácticas antes expuestas es altamente revelador de un implícito reconocimiento" (fundamento 2º), tales circunstancias eran una serie de fotografías del demandado con la demandante con el hijo de ésta, de corta edad, que revelaban gran intimidad, acta del bautismo en que se hicieron constar al niño el primer apellido del demandado y el primero de la demandada, reportajes fotográficos aparecidos en revistas sin oposición, del demandado, todo lo cual lleva a "la acreditación de la generación pretendida al amparo del ya citado artículo 135 *in fine* del C.C." (fundamento 2º, *in fine*).

e. *La prueba biológica como prueba de paternidad*

El artículo 127 C.C. después de prever expresamente la investigación de la paternidad y de la maternidad y consagrar el principio de libre admisibilidad de la prueba, añade: "incluidas las biológicas".

El avance de las técnicas biológicas y de la bioquímica ha puesto a disposición del jurista un tipo de pruebas de una fiabilidad extraordinaria. Al permitir la explícitamente el código, supone la ruptura con la situación anterior a 1981, en que no se admitía, y la proclamación del principio de la verdad biológica.

Ante todo y, en primer lugar, se trata de una prueba pericial y como tal rige el principio *iudex est peritum peritorum* que recoge el artículo 632 de la LEC: "Los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse a dictamen de los peritos". Sin embargo, en la práctica, el examen tan especializado y seguro fruto de la prueba biológica, muy difícilmente será obviado por el Juez.

Las pruebas biológicas se venían clasificando desde un punto de la medicina legal en: hereditarias, de grupos sanguíneos y del grado de madurez del recién nacido, aunque hoy en día lo más practicado es la hematológica y en este avance científico existen recientes investigaciones sobre el DNA del núcleo de la célula, con tales medios y técnicas, sometidos los datos a cálculo de computadora y manejados por expertos solventes, es posible llegar a afirmaciones y negaciones de paternidad superiores en muchos casos al 99.73%. Si no se aceptan este tipo de pruebas que pueden permitir este margen de certeza, el pleito se decidirá por obra y gracia de pruebas tan falibles como la testifical, o la documental o las presunciones.

Rivero Hernández¹¹ señaló que "visto el rigor científico y técnico de estas pruebas y autoexigencia de los expertos que las practican —donde el mínimo aceptable en la probabilidad de exclusión *a priori* de paternidad es del 99.9%— y los criterios que manejan en la afirmación de paternidad —donde sólo tienen por prácticamente probada a partir del 99.73% que con frecuencia superior, y al 99% sólo lo llaman "altamente probable"— ¿quién se atrevería hoy a seguir poniendo reparos a estas pruebas biológicas?, ¿qué Juez podría tener en con-

¹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil", abril/agosto, 1987, Ed. Civitas, Madrid, pp. 4837, 4838.

ciencia la seguridad de acertar, en su pronunciamiento de paternidad, en más de un 90% (a veces, ni siquiera un 50 o 60%), si ha de fallar sin otros medios probatorios que testigos, documentos como los que se presentan en esos pleitos, presunciones o confesiones judiciales?; ¿qué sabe de su propia paternidad el hombre que la confiesa?; ¿qué otra cosa puede saber sino ciertas relaciones sexuales habidas, sin garantías de que sean fecundas, y menos de que sean únicas?"

f. Constitucionalidad de las pruebas biológicas en los procesos de filiación

Habida cuenta de la fuerte componente humana y personal tanto de la relación de filiación como de los procesos en que se discute, y al practicarse, por otro lado, la prueba biológica igualmente en personas y sobre datos a obtener directamente de las mismas, es evidente la posibilidad de entrar en conflicto con los derechos fundamentales de las personas, los más ceñidos a ella misma, tanto con ocasión de su efectiva práctica como respecto de ciertas conclusiones a sacar de aquellas pruebas.

En un doble plano se han planteado sobre tales conflictos:

1. De una parte, en relación con la práctica de la prueba biológica y los límites de su exigencia o impunidad *manu militari*: ello podía entrar en colisión con los derechos a la integridad física y a la libertad personal, o a la intimidad personal y familiar.

La extracción de sangre no puede practicarse por la fuerza. El Tribunal Constitucional en sentencia 7/1994, de 17 de enero, dice que "cuando las fuentes de pruebas se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad". Esto, traducido a derecho procesal, no significa que el aportar una prueba en el proceso civil sea un deber exigible coactivamente, sino una carga.

2. Por otra parte, supuesta la posibilidad de negarse el sujeto a la práctica de la prueba biológica (presentarse a ella), la propia interpretación jurídica de esta negativa, en un sentido u otro —particularmente en el de poder deducirse de la misma una declaración/imposición de paternidad—, puede afectar a importantes aspectos jurídico-formales (principio de igualdad en la aplicación de la Ley)

y a ciertas cargas fundamentales (derecho a la tutela judicial efectiva: artículo 24 CE).

Puede afirmarse enseguida que las pruebas biológicas en la determinación de la filiación no son contrarias a la Constitución, bien al contrario, son en principio, perfectamente compatibles con ella, y se adecúan a sus privilegios fundamentales y a sus normas concretas; y luego, a aquellas otras con rango de ley ordinaria que la han desarrollado (artículo 127 C.C.).

Dos vías argumentales, y sendos preceptos constitucionales, permiten hacer, *prima facie*, tales aseveraciones.

a) De un lado, el artículo 39.2 CE prevé que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", y parece evidente que sólo puede entenderse posibilitada, facilitada tal investigación y búsqueda de la verdadera paternidad biológica (que es el sentido de la norma transcrita: múltiple y constante jurisprudencia al respecto) si se permite el juego procesal propio de la prueba hoy más segura, contundente, fiable y eficaz que hay en este terreno, como es la prueba biológica, altamente tecnificada.

Mal puede aplicarse y llevarse a la realidad procesal aquel mandato constitucional si se obstaculiza el acceso a la prueba que permite conocer la realidad discutida y la verdad buscada con muchas mayores garantías de encontrarla y de acierto que ninguna otra de las manejadas hasta ahora, al tiempo de que es una de las que conoce la ley procesal (prueba pericial). Todo ello, evidentemente, siempre que no se lleva a la práctica en forma irregular o se obtenga lesionando otros derechos igualmente protegidos.

b) Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas en el ejercicio de sus derechos y protección de sus intereses legítimos, del artículo 24.1 CE; no es un mero pronunciamiento formal y vacío de contenido, sino que ha de ser hecho efectivo, actual. Para ello, el propio artículo 24 CE, en su apartado segundo, garantiza a las personas el poder "utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa", norma ésta cuyo alcance no se limita al ámbito penal, como pudiera indicar su ubicación en este precepto, en apresurada lectura, sino que se refiere también a la protección de todos aquellos derechos e intereses legítimos a los que se concreta la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

De ello se infiere que ha de caber perfectamente en ese marco de las pruebas pertinentes para la defensa de los derechos legítimos que la

Constitución protege, la más eficaz, solvente y segura de las pruebas técnicas y periciales que las ciencias biológicas y bioestadísticas ponen a disposición de los juristas (tribunales y abogados) en el marco procesal de la defensa de aquellos derechos e intereses.

g. *Efectos de la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad*

La admisión de las pruebas biológicas viene planteando, desde su inserción en el ordenamiento jurídico, el problema de su práctica, evidentemente si el sujeto al que quiere practicársele este tipo de pruebas se niega a someterse a ellas.

Se plantean aquí dos cuestiones: en primer lugar la negativa misma, y en segundo lugar la interpretación de dicha negativa por el Juez. Respecto de la propia negativa es importante señalar que en derecho español es imposible, hoy por hoy, imponer de forma coercitiva, al sujeto el sometimiento a este tipo de pruebas. Para ello sería necesaria su regulación legal.

Frente a alguna (y equivocada) afirmación en otro sentido de tribunales inferiores, el Tribunal Supremo ha dicho innúmeras veces y en diferentes formas (de expresión, no de contenido) que la negativa a someterse a las pruebas biológicas "no implica ni supone, decide luego, una *facta confessio* (Sentencia de 6 de febrero de 1991; 7 de febrero y 8 de julio de 1986, 27 de junio, 6 y 14 de noviembre de 1987, 11 y 18 de marzo, 21 de mayo, 14 de julio y 5 de diciembre de 1988; 20 de julio de 1990, 14 de mayo de 1991...). Idéntica unanimidad se observa en esa jurisprudencia cuando en aseveraciones como la transcrita se añade que si aquella negativa a la prueba biológica no constituye *facta confessio*, o, sin embargo, y constituye un grave indicio revelador de una actividad obstruccionista y antisocial, auténtico fraude de ley o abuso de derecho, que, unida a otros datos y pruebas, permite deducir un pronunciamiento de paternidad de acuerdo con el artículo 135 *in fine* C.C.

La negativa del demandado a que se le extraiga la sangre para la práctica de la prueba pericial correspondiente puede conducir a que se dicte sentencia declarando la relación paterno filial; siendo presupuesto previo, lógicamente, la existencia de una relación sexual de la que se derive la posibilidad de fecundación de la mujer. Por tanto, el demandante tendrá que probar la existencia de tales relaciones

sexuales con una cierta duración, sin que conste la intervención de ningún otro varón durante ese tiempo, para que aplicando la prueba de presunciones (artículo 1253 C.C.) se declare la existencia de la paternidad reclamada.

Para decirlo con palabras del TS, la sentencia de 14 de noviembre de 1987 dispone: "ello no supone deducir una *facta confessio* de la negativa a la extracción de unas gotas de sangre, sino meramente representa un indicio valioso, que conjugado con otros elementos probatorios figurados en autos permitieron a la sentencia recurrida llegar a declarar la paternidad pretendida".

Esta doctrina guarda relación con la línea jurisprudencial bien sentada ya en materia de pruebas biológicas en los procesos de filiación que alude a cómo la parte procesal que debe someterse a ellas al propio tiempo que es sujeto del proceso es objeto de investigación en ese mismo proceso, lo que le constituye no sólo titular de derechos, sino sujeto a obligaciones y cargas. Así como la STS de 15 de marzo de 1989 recuerda la de 14 de julio de 1988 (por poner un ejemplo), de la que reproduce que "no hay que olvidar que si la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad es sujeto del proceso, a su vez, es objeto del proceso, y en última instancia, el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial sobre la que ha de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropológicas, cuya negativa por parte del sujeto de someterse a ellas conculcaría la declaración programática del artículo 39.2 *in fine* de la Constitución...".

Prácticamente en todos los casos en que los tribunales deducen la paternidad del demandado de su negativa a someterse a la prueba aluden a aquello de que se trata de "negativa obstruccionista", de una negativa irrazonable, e indican que denota un fraude de ley y constituye un ejercicio antisocial del derecho; o que "pone de relieve la falta de lealtad procesal del demandado, constitutiva de un abuso de derecho y de una falta de realidad y colaboración con la administración de justicia" (*cf.* SSTS de 14 de julio de 1988, 6 de febrero de 1991 y 14 de noviembre de 1987) y vinculan esa negativa irrazonable y obstruccionista con la deducción de paternidad, a modo de presupuesto o requisito necesario de tal proceso deductivo.

Sin embargo, no aparece en el ordenamiento jurídico español ninguna referencia directa ni indirecta a lo que pueda ser negativa razonable a la prueba biológica o causa para justificarla.

Habrán de ser los tribunales los que en cada caso concreto deban valorar si la causa o razón invocada por el interesado para no someterse a la prueba biológica es suficiente y justificada.

Rivero Hernández¹² piensa que podría ser excusa razonable para negarse a la extracción el padecer una enfermedad grave —p. ej. la hemofilia— de manera que el pinchazo pueda comportar un serio riesgo para la salud. O cuando se demuestre que el sujeto tiene miedo a la extracción de sangre y que pueda ella, si se efectúa, entrañar un grave perjuicio psíquico. En ambos casos y ejemplos siempre que por los datos que proporcione el interesado y pruebas aportadas estime el tribunal que el hecho alegado es razón y justificación suficiente de la negativa, por haber entre aquél y ésta una razonable y proporcionada relación de causalidad según el modo normal de actuar de las personas.

Pudiera ser también justificación bastante de la negativa una motivación religiosa, si algún credo o religión prohíbe la práctica de estas pruebas o la mera extracción de sangre.

E. La tutela judicial efectiva y el juicio de paternidad

a. Derecho a la tutela judicial efectiva. Introducción

El derecho a la tutela de los Jueces y Tribunales, sin perjuicio de su reconocimiento constitucional, es un derecho de alguna manera sobreentendido desde el momento en que, como consecuencia del nacimiento de lo que hoy denominamos Estado de Derecho, se prohíbe la autotutela o autodefensa y por tanto se impone la necesidad de dirimir las controversias ante unos órganos públicos del Estado que tienen el monopolio de la jurisdicción y que desarrollan de forma exclusiva la función jurisdiccional rodeados de determinadas garantías, tal y como ha venido a concretarse también en la CE de 1978 (artículo 117). En dicho cuerpo legal se reconoce en su artículo 24.1 el derecho de todas las personas "a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

Desde un principio interesa destacar la idea de que, en el sistema de derechos fundamentales establecidos en la CE, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra recogido en el artículo 24 entre las que pueden denominarse "garantías procesales constitucio-

¹² "Poder Judicial", 2a. época, núm. 25, Madrid.

nalizadas", es decir, que se trata de un derecho clave para la salvaguardia y protección de los demás derechos y, en especial, de los derechos fundamentales —idea que se refuerza en el artículo 7.1 LOPJ de 1985— de tal manera que del respeto y aplicación de tales derechos va a depender que no se infrinjan las garantías que sirven para su protección, ya que tal infracción supondría a modo de un desamparo de aquellos derechos.

Desde una perspectiva constitucional, donde este derecho puede alcanzar su más alto grado de abstracción, ha de constatarse la existencia de un derecho fundamental de acudir, pedir o incluso exigir la tutela jurisdiccional de los órganos públicos del Estado que tienen encomendada esa función, a modo como se reconoce en otras constituciones (*v.gr.* artículo 24 de la Constitución italiana) y Cortes internacionales (*v.gr.* artículo 10 de la Declaración de los Derechos Humanos y artículo 6 de la Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 1950), sin olvidar, respecto del último punto, que el artículo 10 CE impone una interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales ratificados por España.

De entre los distintos tipos de derechos que consagra la CE, el derecho a la tutela jurisdiccional se encuentra situado en la sección primera del capítulo II que se encabeza con el título "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas". Es sintomático que sólo a los derechos allí reconocidos se les tache de fundamentales —parece que quiere decirse que otros no lo son o lo son menos— lo que viene abonado por la protección reforzada con que cuentan y que se materializa en el artículo 53.2 CE, esto es, que son derechos que no sólo admiten la protección de la jurisdicción ordinaria y, además, a través de un procedimiento preferente y sumario, sino también del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. A ello ha de unirse el ser derechos que vinculan a todos los poderes públicos (artículo 53.1 CE) y, muy especialmente a los tribunales, órganos públicos del Estado, tal como se desprende también de la LOPJ (artículo 7.1), según se ha destacado antes.

En el contexto del artículo 24 CE el derecho a la tutela judicial efectiva parece ocupar un lugar preponderante a la prohibición de la indefensión.

El Tribunal Constitucional ha dado un contenido genérico al derecho a la tutela judicial efectiva que pueda adoptarse a todo tipo de procesos y órdenes jurisdiccionales e incluso adoptarlo a las distintas situaciones procesales, esto es, inadmisiones a *limine* resoluciones de absolución en la instancia o resoluciones de fondo. En cualquier caso, la jurisprudencia del TC ha abierto una nueva vía de interpretación de gran número de normas procesales con motivo de la aplicación del artículo 24 ya que ha sido esta norma la que en mayor medida ha basado los recursos de amparo que se han interpuesto ante dicho Tribunal.

b. Alcance y contenido

En primer lugar, y por lo que concierne a la legitimación para ejercitar ese derecho, de la lectura del precepto constitucional se deduce que la tienen "todas las personas", es decir, físicas y jurídicas y, por tanto, también los extranjeros que gocen de los mismos derechos civiles (artículos 13.1 CE y 27 CC). El hecho de que en alguna norma constitucional (artículo 53.2) se aluda tan sólo a los "ciudadanos" (personas físicas y de nacionalidad española) a propósito de la legitimación para recabar la tutela de los derechos y libertades fundamentales ante la jurisdicción ordinaria y ante la jurisdicción constitucional, no desvirtúa lo dicho, al tratarse de un "desajuste" constitucional que en parte se repara a propósito del recurso de amparo ante el TC en la propia CE (artículo 162.1 b)).

En segundo lugar, el contenido de este derecho consiste en "obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales", de lo que se deriva que ese derecho no se reduce al simple "acceso" a los Tribunales, puesto que se trata de obtener una tutela, que, además, no consiste en una tutela cualquiera sino en una "tutela efectiva".

El justiciable tiene un derecho a la tutela judicial que supone mucho más que el mencionado acceso a la jurisdicción, aunque éste deba suponerse comprendido en el derecho a obtener una tutela de los Tribunales y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones (ej. S. 11/1985, de 30 de enero, FJ 2).

Sin embargo, no es fácil hoy, después de un decenio de jurisprudencia constitucional, concretar cuál es el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que está por ver que se trata de un solo

derecho y, precisamente, la doctrina del TC, a veces contradictoria, no cabe deducir un concepto claro e inequívoco del mismo.

Por tutela efectiva no cabe entender el derecho del justiciable a obtener una resolución favorable, esto es, que ese derecho no puede identificarse con la tesis concreta de la acción procesal. Esto no sólo se deduce de la propia jurisprudencia del TC desde el principio (S. 14 julio 1981, 30 de enero 1985, etcétera), sino además por la propia competencia del TC, ya que el artículo 44.1 b) LOTC establece que cuando una violación de derechos fundamentales sea imputable a un órgano jurisdiccional, el TC se abstendrá de conocer de los hechos que motivaron el proceso judicial, es decir, que tiene vedado el enjuiciamiento del fondo del asunto, y no podría ser de otro modo so pena de convertir al TC en un tribunal de segunda o tercera instancia en gran número de procesos, desvirtuándose la razón de ser del recurso de amparo.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de los justiciables extensivo a todos los órdenes jurisdiccionales. Un derecho que se relaciona frecuentemente con la prohibición de indefensión, así como con el resto de derechos contenidos en el párrafo 2º del artículo 24, donde se encuentran las garantías del debido proceso.

Del conjunto de sentencias del TC quizá pueda extraerse como conclusión más generalizada que el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en el derecho a obtener una resolución de fondo (sea favorable o adversa) siempre que concurren los presupuestos procesales necesarios para ello. Esta forma de concebir el derecho a la tutela judicial se observa en la doctrina del TC desde el principio (*v.gr.* SS 9/1981, de 3 de marzo y 13/1981, de 22 de abril) y se ha mantenido con reiteración hasta el presente. Sin embargo, ese derecho al proceso, esto es, a la actividad procesal y a la sentencia de fondo siempre que se observen los requisitos procesales, sólo se vería satisfecho desde el punto y hora que recayera una resolución de fondo sobre las pretensiones deducidas, lo que implicaría que, si un óbice procesal impidiera un pronunciamiento sobre el fondo, no podría satisfacer tal derecho pues se carecería de él, sin que ello supusiera una violación del precepto constitucional.

Sin embargo, frente a esa conclusión, una línea jurisprudencial del TC paralela a la expuesta y, al menos, en aparente contradicción, viene a proclamar que la tutela jurisdiccional resulta otorgada y por tanto el derecho a la misma satisfecho cuando la decisión judicial con-

siste en negar, de forma no arbitraria o irrazonable la concurrencia de un presupuesto procesal para conocer el fondo del proceso (S. 37/1982, de 16 de junio). Tampoco han faltado sentencias en las que parecen conciliarse ambas posturas, aunque dando prioridad a la primera (s: 43/1985, de 22 de marzo).

Del examen de la jurisprudencia constitucional parece deducirse una inclinación hacia la primera tesis, si se tienen en cuenta además la reiteración e insistencia del TC en que los requisitos y presupuestos procesales se interpreten en el sentido más favorable a la efectividad del derecho contenido en el artículo 24.1 CE (SS. 6/1986, de 21 de enero; 148/1988, de 14 de julio; 15/1990, de 1 de febrero), es decir, que en conexión con lo que impone el artículo 11.3 LOPJ, los órganos judiciales tienen el mandato de facilitar la subsanación de los defectos procesales subsanables, so pena de incurrir en la violación del fundamental derecho en cuestión (STC 127/1991, de 6 de junio).

Claro que si el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una resolución de fondo, siempre que concurren los requisitos y presupuestos procesales, esa resolución ha de ser motivada, ya que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no sólo es una exigencia del artículo 120.3 CE, sino que forma parte del derecho reconocido en el artículo 24.1 y ese derecho a la motivación se satisface cuando la resolución judicial de manera implícita o explícita hace posible el conocimiento de los criterios jurídicos que lo fundamentan, sin que sea exigible una determinada extensión de la motivación o una pormenorización de todos los aspectos y perspectivas a que se refieren las partes (SS. 8/1983, de 18 de febrero, y 122/1991, de 3 de junio). Igualmente el derecho a la tutela judicial no sólo implica una resolución motivada, sino también una resolución congruente, de tal manera que la incongruencia de la resolución pueda entrañar una violación de ese derecho con trascendencia constitucional (ST 561/1983, de 11 de julio, y 123/1991, de 3 de junio).

Por otra parte, el contenido de ese derecho no sólo alcanza a la obtención de una resolución en primera instancia y en la fase declarativa, sino que también comprende el derecho al recurso y el derecho a la ejecución de la sentencia. Respecto de lo primero, ese derecho al recurso no cabe entenderlo como el derecho a que la ley prevea, salvo en el ámbito penal (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con el artículo 10 CE), sino el

derecho a usar los recursos que las leyes determinen, sin que el contenido garantizado en el artículo 24.1 se agote en el mero acceso al recurso, sino que comprende el derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada; por eso las normas que establecen causas de inadmisión de un recurso han de responder a las necesidades que justifican su existencia y han de interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio del derecho (S. 17/1985, de 9 de febrero entre otras muchas). El derecho a una tutela judicial efectiva es extensible a la fase de ejecución y comporta que el fallo se cumpla en sus propios términos y la parte sea repuesta en su derecho, lo contrario, como lo declara el TC (SS. 32/1982, de 7 de junio, y 26/1983 de 13 de abril), convertiría las decisiones judiciales en meras declaraciones de intenciones y haría ilusoria la efectividad del propio derecho.

Con lo expuesto hasta ahora no puede decirse que se agote el alcance y contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, quizá porque como ha declarado el propio TC (S. 17/1985, de 9 de febrero) ese derecho "no exige, siempre que se respete el contenido esencial del mismo, que dicha tutela se configure de una forma determinada sino que admite múltiples posibilidades en la ordenación de jurisdicciones y procesos, y también, por tanto, de instancias y recursos". De ahí que, la tutela judicial efectiva no comprenda un solo derecho sino varios y, en todo caso, una cláusula general de tutela judicial, correspondiente a la prohibición de autodefensa propia de un Estado de Derecho, y que comporta que ninguna controversia o pretensión que tenga su base en el ordenamiento jurídico quede sin dicha tutela jurisdiccional y, además se excluyan aquellas iniciativas legislativas que puedan conducir a la sustracción de esa tutela de las pretensiones de cualquier persona, para lo cual es necesario que se den todas las circunstancias favorables para el ejercicio de ese derecho, esto es, que desaparezcan las limitaciones que todavía hoy pueden condicionarlo.

c. Limitaciones del derecho a la tutela judicial efectiva

La necesidad de que la tutela jurisdiccional sea realmente efectiva, comporta la concurrencia de una serie de factores heterogéneos que lo hagan posible, es decir, la remoción de ciertos obstáculos que puedan oponerse a la efectividad de ese derecho y la concurrencia de una serie de garantías que hagan posible su satisfacción.

Ya se ha hecho referencia a la relación entre derecho a la tutela jurisdiccional y prohibición de indefensión (24.1 CE), y también respecto de las demás garantías procesales constitucionales que se encuentran en el artículo 24.2 CE. Pero interesa destacar ahora que es fundamental para la efectividad del derecho a la tutela la concurrencia de dos principios básicos exigibles en cualquier tipo de procesos como lo son los de audiencia e igualdad de las partes puesto que, en definitiva, tales principios son una manifestación del genérico derecho de defensa, que debe ejercitarse en el marco de un proceso contradictorio, y que encuentra diversas manifestaciones y concreciones en el párrafo 2º del artículo 24 CE (derecho a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada en su contra, a un proceso con todas las garantías, utilizar los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia).

En cuanto a los obstáculos y limitaciones que pueden oponerse a la efectividad del Derecho a la tutela judicial, han de destacarse los relativos a la lentitud de los procesos y a su costo, esto es, las cargas económicas que supone.

El factor tiempo, la duración del proceso, puede incidir muy desfavorablemente la consecución del derecho a la tutela efectiva. La CE hace eco especial de este tema en cuanto incluye el derecho fundamental a un proceso público "sin dilaciones indebidas" (artículo 24.2) y en cuanto establece un sistema reparador de los daños que sean consecuencias del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia —y el tiempo juega aquí un papel importante— dando derecho a una indemnización a cargo del Estado (artículo 121).

Sin embargo, al ser la dilación indebida un concepto jurídico indeterminado, que no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales, o cuyo contenido ha de ponerse en relación con las circunstancias específicas de cada caso, puede ocurrir que, sea difícil constatar una dilación indebida o anormal, ante la anormalidad media que, en cuanto al tiempo, puede comprobarse en la mayoría de los procesos y que comporta un retraso difícil de atajar.

Finalmente, el costo excesivo del proceso puede ser un elemento disuasorio del litigante en el ejercicio del derecho a la tutela judicial, dependiendo también cuál sea la situación económica del litigante. Ciertamente que en la CE (artículo 119) se hace referencia a un sistema de justicia gratuita para aquellos que no tienen medios de litigar,

sistema que se desarrolla en la LOPJ y en las leyes procesales, especialmente en la LEC.

d. *El juicio de paternidad. Características generales*

Hablar de relaciones paterno-filiales supone hacerlo de las que surgen entre padres e hijos como consecuencia del vínculo generacional, e independientemente de haber o no mediado matrimonio entre los generantes, dando lugar a un hecho natural pues siempre todo individuo es hijo de un padre y una madre, y pudiendo tener las repercusiones jurídicas a que se refiere el CC, cuando exista constancia efectiva de aquella paternidad. Siendo así, cabe que se produzcan controversias cuyo objeto lo constituya la filiación o la paternidad, tanto positiva como negativamente, al poder ejercitarse pretensiones con las que intente constituirse una situación que anteriormente no se tenía (al menos jurídicamente), o negársela a aquel en quien se estima concurrir indebidamente. Tales sólo pueden solucionarse jurisdiccionalmente, al no tenerse sobre ellas libertad de disposición (artículo 1,814 CC) pero la única norma procesal que encontramos es el artículo 484.2 LEC remitiendo a los trámites del proceso de menor cuantía para sustanciarlas, con algunas especialidades contenidas en la L. de 13-5-81 modificativa del título IV del libro I del CC (artículos 108 a 141).

Sobre la base de una estructura común puede distinguirse entre un proceso de reclamación de la filiación y otro para su impugnación con peculiaridades de mero matiz que los distinguen y especialidades derivadas de su objeto, siendo destacables:

1. La exigencia, como requisito de admisibilidad de la demanda, de una justificación apriorística de los hechos en que se fundamenta.

2. La posibilidad de proponer y practicar todo tipo de pruebas de carácter biológico, dirigidas a la determinación de la paternidad o maternidad; así como otro tipo de pruebas.

3. La posibilidad de adopción por el Juez de medidas protectoras para con los hijos durante la tramitación del proceso, en determinadas circunstancias (artículo 128 CC).

4. El amplio margen concedido a la discrecionalidad judicial a los efectos de estimar la acción reclamatoria de la filiación (artículo 135 CC), consecuencia de la dificultad para determinar la relación generacional lo que abre generosamente la vía presuntiva.

5. La intervención, en cualquier caso del MF (artículo 3.6 EOMF) en defensa de la legalidad y el interés público, como simple dictaminador o informante, lo que excluye su condición de parte y una presunta situación de litisconsorcio pasivo necesario.

La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Primer Instancia (artículo 85.1 LOPJ), del lugar del domicilio del demandado (artículo 63.1 LEC).

La legitimación activa se determina según que la pretensión filiatoria derive o no de relaciones matrimoniales y, en cualquier caso, de que concurra o no constante posesión de estado.

Concurriendo, la acción podrá promoverla cualquiera que alegue interés legítimo, a no ser que la filiación reclamada contradiga otra legalmente determinada (artículo 131 CC). No dándose aquella, y derivando la pretensión de relaciones matrimoniales, la legitimación se establece por el artículo 132 CC (padre, madre e hijo); de no existir tales relaciones, la determina el artículo 133 CC (sólo el hijo).

Pasivamente legitimados hay que entender a los presuntos padres, si la acción la ejercita el presunto hijo para su reconocimiento; y a éste cuando sean aquéllos quienes intentan conseguir su reconocimiento como tal. En cualquier caso, los menores de edad o incapacitados podrán actuar indistintamente por su representante legal o por el MF (artículo 129 CC). Fallecido el actor, sus herederos podrán continuar las acciones entabladas (artículo 120 CC).

La demanda habrá de presentarse conforme al artículo 524 LEC. Por lo demás, su estructura se acomoda a la de un "juicio de menor cuantía", siendo la sentencia recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial y casación, que puede ser directa.

f. Procedimiento para impugnar la filiación

En cuanto a la competencia hay que estar a lo anteriormente expuesto.

La legitimación activa la determinan los artículos 136 a 141 CC sobre la base de estas circunstancias: vínculo familiar, filiación matrimonial o no matrimonial, concurrencia o no de la posesión de estado y vicios en el reconocimiento que se pretende impugnar. Están así legitimados: A) El marido y sus herederos, en los términos y condiciones del artículo 135 CC; B) La mujer con los condicionamientos del artículo 139 CC; C) El hijo, dentro del plazo del artículo 137 CC,

pudiendo actuar en su nombre, siendo menor o incapacitado, la madre que ostente la patria potestad o el MF. A falta de posesión de estado de filiación matrimonial, corresponderá al hijo o sus herederos, sin plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria; D) Cualquiera a quien pueda perjudicar la filiación paterna o materna no matrimonial, faltando la posesión de estado, dentro de los plazos del artículo 140 II y III CC; E) A quien hubiera otorgado el reconocimiento —si de él derivase la filiación— y a sus herederos, cuando hubiera sido prestado mediante los vicios del artículo 141 CC y en los plazos que establece (artículos 120 y ss. y 138 CC).

La legitimación pasiva se otorga a los progenitores, cuando el hijo pretenda impugnar su filiación; y a éste en todos en que sea la suya la que se discute. Si fuera un tercero el impugnante, en los supuestos del artículo 140 CC, hay que entender un litisconsorcio pasivo necesario entre el hijo y aquellos.

La estructura procedimental es la misma que en el supuesto anterior, en cuanto a la demanda, tramitación, sentencia y recursos.

Sin embargo, hay que considerar los plazos para la presentación de aquella, de los artículos 137, 140 y 141 CC; también que la justificación *prima facie* exigida por el artículo 127 deberá consistir, si la impugnación la realiza la madre, en la suposición de parto o en no ser cierta la identidad del hijo (artículo 139 CC).

III. LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A. Estudio de los precedentes del Tribunal Constitucional sobre la prueba biológica en la investigación de la paternidad

Con anterioridad a la STS 7/94, de 17 de enero de 1994, sólo en dos ocasiones se había pronunciado el TC sobre la prueba biológica en la investigación de la paternidad. Estos son los conocidos como caso "Manuel Benítez" (ATC 103/90 y caso "Rubio" (ATC 221/90). En ambos, los recurrentes en amparo atacaban ante el TC la paternidad declarada por el TS en base a la lesión de los derechos fundamentales de los artículos 14, 24.1 y 18.1 de la CE: igualdad, tutela judicial efectiva e intimidad.

Ninguna de tales lesiones fue apreciada por el TC, que inadmitió las demandas de amparo por carencia de contenido constitucional de los respectivos recursos.

a. ATC 103/90, Caso "Manuel Benítez"

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba dictó sentencia desestimatoria de la demanda por la representante de don Manuel Benítez Velasco solicitando la declaración de la paternidad con todas las consecuencias inherentes a la misma, de don Manuel Benítez Pérez sobre don Manuel Benítez Velasco. Dicha sentencia fue confirmada en apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, mediante sentencia de 3 de septiembre de 1986.

Interpuesto recurso de casación, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1988 estimó el recurso interpuesto declarando la paternidad de don Manuel Benítez Pérez sobre el citado menor, su hijo Manuel Benítez Velasco, con todas las consecuencias inherentes a la misma.

Don Manuel Benítez Pérez formuló recurso de amparo contra Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1988, por estimar que dicha resolución vulnera los derechos consagrados en los artículos 24 (derecho a la tutela judicial efectiva), 18.1 (derecho a la intimidad) y 14 (derecho de igualdad) de la Constitución Española.

En cuanto al *derecho a la igualdad* (artículo 14 CE) afirma la representación del recurrente que la sentencia recurrida falló arbitrariamente y sin motivación alguna, apartándose del formalismo constitucional del recurso de casación, fallando como si hubiese sido una tercera instancia; que además se aparta de los hechos declarados probados en las resoluciones de instancia y se entra a juzgar las pruebas sin haberse citado el artículo 1.692 LEC, siendo todo ello contrario a la jurisprudencia consolidada sobre el recurso de casación. Afirma, en breve, que el Tribunal Supremo ha violado en perjuicio del recurrente en amparo, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley; esa violación se debe a la valoración de las pruebas que realiza el Tribunal Supremo, pese a que la recurrente, si bien pretendió en su recurso esa nueva valoración, lo hizo absolutamente al margen del constitucional rigorismo formal exigido por la Ley.

Es importante señalar que el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE, en su vertiente de igualdad en la aplicación de la

Ley, implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que, cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello un fundamento suficiente y razonable (STS 63/1984). Es asimismo doctrina común que el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley no consagra la vinculación de los órganos judiciales a sus propios precedentes, pues ello sería incompatible con la independencia de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que constitucionalmente les corresponde, así como con la naturaleza dinámica y progresiva de la función judicial en la aplicación de las leyes. Lo que veda, por tanto, dicho principio constitucional son los cambios interpretativos arbitrarios o discriminatorios fundados en circunstancias sociales o personales ajenas a la norma o que sean producidos de un voluntarismo selectivo.

El Tribunal Constitucional consideró que no existe la vulneración al artículo 14 CE invocada por el recurrente en amparo por las siguientes razones: el recurrente no cita las resoluciones del Tribunal Supremo en las que, ante casos sustancialmente iguales a éste se haya resuelto de manera distinta, omisión que es bastante para desestimar la pretensión amparada en la vulneración del principio de igualdad.

La cuestión en torno a la admisión del recurso de casación no cabe plantearla a nivel constitucional, porque el Auto en virtud del cual la Sala Primera del Tribunal Supremo tuvo por admitido el recurso interpuesto por la representación de doña Alina Elizabeth Velasco después de dar traslado al Ministerio Fiscal conforme previene el artículo 1.709 de la LEC fue consentido por el recurrido en el sentido de no formular contra él recurso de amparo si entendía que vulneraba el principio de igualdad, por lo que ahora no procede alegar que la admisión indebida del recurso de casación puede tener trascendencia constitucional, por clara extemporaneidad. Estas censuras a la sentencia impugnada obedecen a la discrepancia del recurrente con la interpretación que el juzgador hace de las normas procesales y sustantivas aplicables a la cuestión controvertida. Tal discrepancia carece de relevancia constitucional y es problema de legalidad ordinaria cuya resolución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, en este caso la Sala Primera del Tribunal Supremo, sin que el Tribunal Constitucional pueda entrar en revisar la interpretación de las normas legales aplicables efectuada por aquéllos.

La admisión o inadmisión de los recursos legalmente establecidos contra las resoluciones judiciales forma parte de la potestad jurisdiccional que la Constitución atribuye en exclusiva a los órganos judiciales y sólo puede ser revisada por el Tribunal Constitucional, si la causa de inadmisión es inexistente o ha sido aplicada de forma arbitraria o excesivamente rigorista, circunstancias éstas que no se dan en el presente caso.

La vulneración del *derecho a la intimidad personal y familiar* (artículo 18.1 CE) se funda, según el recurrente en amparo, en que se ha llegado al fallo cuestionado fundamentalmente debido al valor que como indicio se dio la negativa del hoy recurrente a la práctica de determinadas pruebas biológicas conducentes a la investigación de su paternidad. El derecho fundamental a la intimidad ha sido desconocido por una simple presunción cuyos hechos base no eran pruebas acreditadas, sino meros indicios, sospechas y conjeturas, que están en flagrante contradicción con la realidad de los hechos probado en instancia.

El Tribunal Constitucional consideró que no existe tal vulneración del derecho a la intimidad y familiar por las siguientes razones: la Sentencia impugnada no ha tenido en cuenta sólo la presunción que se deriva del hecho en que consiste la negativa a someterse a las pruebas biológicas, cuyo hecho base está incontrovertiblemente probado y reconocido. El juzgador tuvo en cuenta otros hechos y otras pruebas para llegar al fallo. La Sentencia reitera la doctrina mantenida en otras resoluciones en relación al alcance que deba darse a la negativa de las pruebas biológicas (Sentencias del TS de 14 y 12 de noviembre de 1987, 27 de junio de 1987, 18 de marzo y 14 de junio de 1988).

En cualquier caso, la determinación judicial de la paternidad no vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar, porque es la propia Constitución la que impone al legislador el mandato de posibilitar la investigación de paternidad, que fue cumplido mediante la promulgación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y es también la Constitución la que asegura la protección integral de los hijos (artículo 39.2). La práctica de las pruebas biológicas, como permitidas por la Ley, no puede decirse que ataque a la intimidad de las personas.

Lo que pretende el recurrente es que la titularidad de un derecho fundamental (en este caso, el de la intimidad personal y familiar) se convierta en un límite infranqueable a la actividad probatoria y a la investigación judicial de la realidad subyacente en el litigio plantea-

do. Ciertamente, el derecho constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la vida privada personal y familiar de los ciudadanos, pero ello no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con quiebra del cumplimiento estricto de las obligaciones frente a terceros, y muy particularmente de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares. La STS 170/1987 expresa en este sentido que no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones a los mismos "como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula".

En cuanto a la vulneración del *derecho a la tutela judicial efectiva* (artículo 24 CE) el recurrente en amparo afirma que dicha vulneración se basa, en primer lugar, en que el fallo de la sentencia recurrida alteró los términos del debate, resolviendo en contradicción con lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 1.715 LEC, ya que se ha entrado en la revaloración fáctica no pedida, lo que ha impedido la necesaria contradicción interpartes, y conlleva una completa modificación de los términos en que se produjo el debate.

Se ha incurrido, además en exceso de competencia generadora de indefensión objetiva, con olvido del principio dispositivo de los litigios civiles y del rigorismo formal del recurso de casación. Así, el Tribunal Supremo ha modificado unilateralmente el motivo *petendi* del recurso ya que ha tenido formulado un motivo de casación al amparo del artículo 1.692 LEC, que no fue formulado y ha tenido por citado el artículo 1.253 del Código Civil, propiciando así el juicio presuntivo base de la sentencia recurrida.

El Tribunal Constitucional dice que no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva debida a las siguientes razones. No existe indefensión por darse un fallo basado en presunciones y en una nueva valoración de las pruebas, con alteración de los términos del debate, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 1.715.3 LEC. La sentencia impugnada tiene en cuenta los mismos hechos que los declarados por la Audiencia. Es sólo un problema de subsunción de la norma. El debate se ha mantenido, a lo largo del proceso. Ha girado en torno a la acción de reclamación de paternidad ejercitada por la actora como representante legal de su hijo menor de edad, y se ha centrado de manera especial en las consecuencias jurídicas que deben atribuirse a la negativa del demandado a someterse a las pruebas bio-

lógicas. Como hace notar la propia sentencia, esa negativa no puede posibilitar apoyo por vía de error de hecho en la apreciación de la prueba, cuando precisamente es la prueba lo que se ha negado; se trata de determinar el alcance que tiene en el orden sustantivo el no sometimiento a la práctica de las pruebas biológicas, lo que indudablemente requiere un juicio o valoración jurídica, que es lo efectuado por la Sala Primera, sin crear para el demandado ninguna situación de indefensión con trascendencia constitucional.

La alegación de exceso de competencia generadora de indefensión objetiva por haberse tenido por formulado un motivo de casación al amparo del artículo 1.692 LEC sin haberse efectivamente planteado, modificando con ello el motivo *petendi* del recurso, no resulta fundada, ya que la Sala Primera, al dictar la sentencia que ahora se impugna, ha actuado dentro de su competencia, ajustándose al cauce del motivo articulado por infracción de las normas del ordenamiento jurídico. No ha cambiado el motivo o causa *petendi*. Se ha limitado a subsumir los hechos en la norma jurídica aplicable y a dictar un fallo congruente con la petición deducida en la demanda inicial, conforme establece el artículo 1.715.5 de la LEC. Ha realizado, en suma, un proceso de juicio y de razonamiento lógico-formal sobre presupuestos fácticos previamente determinados en la instancia; o lo que es lo mismo, el enjuiciamiento jurídico del hecho.

La valoración de la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas acordadas judicialmente para mejor proveer, valoración que cobra toda su virtualidad en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, constituye base suficiente para que el Tribunal establezca nexo causal preciso para llegar a una conclusión sobre la filiación reclamada. Tal actividad judicial no supone un comportamiento arbitrario, sino el necesario y legítimo juicio de valor que no puede renunciar el Juez, y quien sólo pretende, al amparo de la invocación formal de un derecho fundamental, la defensa de intereses que nunca pueden prevalecer sobre la recta Administración de Justicia ni sobre otros derechos fundamentales de contenido prevalente.

b. ATC 221/90, caso "Rubio"

En febrero de 1986 se presentó demanda sobre reconocimiento de paternidad contra el señor Pedro Rubio San Román, hoy recurrente

en amparo; el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando que la menor es hija matrimonial del demandado; quien interpuso recurso de apelación siendo que la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revocó la resolución anterior, absolviendo al demandado. La actora interpuso recurso de casación y la Sala Primera del Tribunal Supremo, por sentencia de 15 de marzo de 1989, estimó el recurso interpuesto confirmando así el fallo del Juzgado de Primera Instancia. Don Pedro Rubio interpuso recurso de amparo contra dicha sentencia por estimar que el fallo dictado viola los derechos recogidos en los artículos 14 (derecho de igualdad), 15 (derecho a la integridad física y moral), 18.1 (derecho a la intimidad) y 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) de la Constitución Española.

En cuanto al *derecho a la igualdad (artículo 14 CE)* señala el recurrente que ha sido vulnerado ya que la sentencia recurrida modifica de forma arbitraria y sin razonamiento alguno la doctrina reiterada y constante sobre la consecuencia de la negativa a efectuar la prueba biológica de paternidad, equiparando la negativa del demandado a una prueba de la realidad de tal paternidad, constituyendo una confesión de paternidad, una presunción *iuris et de iure* de tal paternidad. Que la sentencia impugnada responde a un caso concreto en contradicción con los criterios generales mantenidos sobre la cuestión debatida, ya que con posterioridad al pronunciamiento recurrido se ha dictado por el Tribunal Supremo la sentencia de 24 de mayo de 1988 en la que se vuelve al criterio anterior, incluso con restricciones, lo que supone a juicio del recurrente "verdadero arrepentimiento de la Sala". Y que dada la constante jurisprudencia del propio Tribunal Supremo dando el carácter de *facta confessio* a la negativa a la prueba biológica, resulta incuestionable que la sentencia recurrida al cambiar el criterio de valoración de dicha prueba, sin ofrecer justificación del cambio, vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

El Tribunal Constitucional consideró que no existe la vulneración al artículo 14 CE invocada por el recurrente en amparo debido a las siguientes razones: La sentencia impugnada es coherente y guarda plena sintonía con la doctrina jurisprudencial elaborada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, a partir de la reforma del Código Civil contenida en la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Baste señalar las sentencias de 11 de mayo de 1988 y del 14 de julio de 1988. La pri-

mera de ellas pone especial énfasis en la significación que ha de darse a la negativa y obstrucción a una prueba como la biológica, que califica de esencial, al proporcionar muy alto y fiable coeficiente en la determinación de la paternidad, y la cual señala que tal comportamiento ha de entenderse como una conducta en fraude de ley, encaminada a impedir la debida aplicación de las normas de la filiación y constituye un ejercicio antisocial del Derecho, con daño a tercero. Tal negativa, unida al resto de lo probado, revela "un indicio valioso conducente al reconocimiento de una presunción *seu iudicis*, que puesto en conexión con los demás aspectos probatorios, lleva a la apreciación de certeza de paternidad pretendida".

La Sentencia que se cuestiona no se aparta de los dos pilares que la doctrina jurisprudencial ha considerado básicos para fundamentar un fallo favorable a la declaración de filiación extramatrimonial, a saber, la posibilidad de fecundación de la madre y la negativa obstruccionista al sometimiento a las pruebas biológicas. Las consecuencias de ambos factores permiten al Juez, a través de una valoración conjunta de la prueba (incluida la ponderación que se efectúe de la negativa a la práctica de las biológicas), declarar la filiación con arreglo a lo que establece el artículo 135, puesto en relación con el 127, del Código Civil.

La sentencia aportada por el recurrente como término de comparación es de fecha posterior a la que se impugna, circunstancia que excluye, en principio, su utilización como elemento comparativo ya que, según reiterada doctrina de este Tribunal, "no cabe apreciar la infracción del artículo 14 CE en la aplicación desigual de la Ley cuando la resolución a la que se le atribuye tal lesión se compara con posteriores, ya que en tal caso no existía término comparativo sobre el cual fundar el juicio de igualdad (STC 24/1990)". Por último, no puede afirmarse con razón que de la conducta obstruccionista del demandado haya deducido la sentencia un resultado de *ficta confessio*. Baste apuntar que, admitido el carácter de prueba pericial, aunque con alguna matización, de la biológica, 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 a falta de declaración sobre hechos o circunstancias, sino el análisis y comprobación de unos datos biológicos que escapan al conocimiento del propio interesado y sólo puede ser sacado a la luz e interpretados por personal científico.

En cuanto el *derecho a la tutela judicial efectiva* (artículo 24 CE) señala el recurrente, que ha sido vulnerado debido a la atribución de un carácter absoluto de prueba de paternidad a la negativa a la práctica de la prueba biológica, ya que ni el Tribunal Supremo ni ningún otro Tribunal pueden, por vía de interpretación, crear una carga *contra cives*. Atribuir a una conducta procesal de una de las partes una consecuencia (en este caso, el reconocimiento de la paternidad), no se deriva de las normas sustantivas y de procedimientos aplicables.

Por otra parte, la sentencia recurrida admite una cuestión nueva, con olvido de que la ocasión no es una tercera instancia sino un recurso extraordinario y, además, la sentencia hace una nueva valoración de la prueba; ha extendido su competencia más allá de lo que le permite la norma, puesto que no es función del recurso de casación buscar la verdad material por cualquier medio (ello corresponde a las instancias jurisdiccionales) y el Tribunal Supremo no puede convertir dicho recurso en una tercera instancia.

El Tribunal Constitucional consideró que no existe la vulneración al artículo 24 invocada por el recurrente en amparo debido a las siguientes razones: la Sentencia impugnada no introduce ninguna cuestión nueva en el proceso de casación, ni hace una nueva valoración de la prueba, ni aplica una prueba indiciaria. No es cierto que se haya atribuido a la negativa a la práctica de la prueba biológica un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose así una carga *contra cives*. La valoración de la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos asentados a lo largo del procedimiento, constituye base suficiente para que el Tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a una conclusión sobre la filiación requerida que, por medio analógico autoriza el artículo 135 del Código Civil.

Tampoco puede admitirse, como pretende el demandante, que se ha introducido en la fase de casación nueva, ni menos aún una nueva valoración de la prueba. La introducción como un motivo del recurso de casación al amparo del artículo 1.692.5 LEC, el de la infracción del artículo 135 (el cual fue interpretado errónea y restrictivamente por la Audiencia Territorial), en relación con el artículo 127 del Código Civil y el 39.2 de la CE no puede considerarse una extensión abusiva de los límites de este recurso extraordinario, el cual autoriza al Alto Tribunal a efectuar un enjuiciamiento corrector llevado a cabo por los órganos judiciales inferiores de los preceptos aplicados al caso,

sin apartarse de los hechos probados, para deducir, de los hechos-base (entre los que ha de incluirse la negativa injustificada a someterse a una prueba biológica) la consecuencia prevista en el ordenamiento, esto es, la declaración de paternidad.

En cuanto al *derecho a la intimidad y a la integridad física y moral* (artículos 18.1 y 15) el recurrente señala que han sido vulnerados ya que la prueba biológica representa una limitación a tales derechos, que habría que aplicar las reglas de la proporcionalidad y que en este caso no ha existido razón alguna para acordar la práctica de dicha prueba. Al considerar la sentencia recurrida que la prueba biológica es una prueba pericial, hasta el punto de equiparar la negativa a practicarla a un reconocimiento de la paternidad, hace aparecer la violación a dichos derechos.

El Tribunal Constitucional consideró que no existe la vulneración a los artículos 15 y 18.1 invocados por el recurrente en amparo ya que la argumentación deducida por el actor respecto a su quiebra no tiene fundamento.

La prueba biológica se admite por el Juzgado por estimarla pertinente y necesaria, pero no es prueba única, sino que existían otras que fueron tomadas en cuenta al dictar la sentencia en instancia. La prueba, por otra parte, no se ha practicado y, por lo tanto, falta la realidad de la intromisión, presupuesto necesario para estimar violados los derechos fundamentales alegados. El Tribunal únicamente entiende, como lo hace la sentencia de Primera Instancia, que la negativa del actor a su realización puede constituir un elemento probatorio objeto de valoración por el Juez en unión de las demás pruebas. Al no convertir la negativa a practicar la prueba biológica en confesión *facta* y no reconocerla como prueba especial, no existe posibilidad de afirmar que la sentencia viola los derechos fundamentales alegados.

No puede desconocerse, sin embargo, que en razón precisamente a la posible colisión entre distintos derechos ha de valorarse el interés prevalente y, como ha reiterado la doctrina, en los supuestos de filiación no hay duda sobre 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 Constitución, lo que trasciende a un derecho de naturaleza estrictamente individual, como es el de la intimidad personal, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial.

El derecho constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la vida privada personal y familiar de los ciudadanos, pero ello no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares. No hay vulneración del derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones "como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula" (STC 170/1987). Del mismo modo no puede entenderse intromisión a la intimidad personal aquellas actuaciones que no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona (STC 37/1989), como tampoco se infringe el derecho a la integridad física cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada por la Autoridad judicial.

c. Análisis de los derechos fundamentales contenidos en los siguientes artículos constitucionales:

c.1 Artículo 14, derecho de igualdad

El principio de igualdad tiene un ámbito de aplicación general en un doble sentido. En primer lugar, y en contra de su tenor literal —que se refiere a la "igualdad ante la ley"— el artículo 14 CE prohíbe el tratamiento discriminatorio de los ciudadanos por parte de cualquier poder público y no sólo del legislador. Así se deduce de la conexión del artículo 14 CE con el artículo 53.1 CE, que establece que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos. Esto implica que la igualdad "ante la ley" es, también, igualdad ante cualquier norma jurídica (administrativa —incluyendo las corporaciones de Derecho Público—, judicial —desarrollo jurisprudencial del derecho— o con origen en la autonomía colectiva).

Cualquier regla de comportamiento aplicable (incluyendo las normas de derecho positivo) a los particulares que tengan su origen en la actuación de un poder público (directamente o por delegación) podrá ser tachada de inconstitucionalidad por discriminatoria.

En segundo lugar, el artículo 14 CE tiene un ámbito de aplicación general también en el sentido de que su contenido vincula al poder público cualquiera que sea la rama del derecho en la que actúe.

Consecuentemente, también el legislador de Derecho Privado está vinculado por el principio de igualdad y las normas jurídicas pertain-

necientes a este ámbito del ordenamiento podrían ser tachadas de inconstitucionales por discriminatorias.

El artículo 14 CE afirma que "todos los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". De este artículo es de donde nace un derecho concreto de los españoles, accionable ante los tribunales y protegido en último término por el recurso de amparo.

El enunciado general no prohíbe, en efecto, todo género de diferenciaciones, sino sólo aquellas que resulten arbitrarias; la prohibición de discriminación, por el contrario, impone un trato prioritario o, lo que es lo mismo, califica, *a priori* de arbitraria cualquier diferenciación basada en alguno de los criterios que específicamente menciona.

Por igualdad ante la ley se entiende, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la mayor parte de la doctrina, igualdad en la aplicación de la ley. La diferente situación en la que, en relación con ésta, se encuentran los órganos que deben aplicarla, según cual sea la naturaleza de éstos, obliga a establecer una distinción entre la aplicación administrativa y la aplicación judicial de la ley (STC 144/1988).

El respeto del derecho a la igualdad en la aplicación administrativa de la ley, que no resulta desconocido o violado por el hecho de que los órganos administrativos escalonen en el tiempo la aplicación de una misma norma dentro del territorio al que se extiende su competencia cuando tal escalonamiento responde a consideraciones objetivas y razonables (STC 8/1986), se proyecta en la doctrina de la vinculación al precedente y es garantizado en último por la jurisdicción contencioso-administrativa. Tras la decisión de ésta, la infracción de derecho a la igualdad en la aplicación administrativa de la ley puede ser combatida, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional.

La igualdad en la aplicación judicial de la ley ha dado lugar a una abundante y no siempre consistente doctrina del Tribunal Constitucional, que desde sus primeras decisiones (STC 49/1982, que se refiere a otras anteriores) subrayó la necesidad de hacerla compatible con el principio de independencia judicial. De ahí dedujo la imposibilidad de entenderlo violado cuando las decisiones judiciales divergentes emanaban de órganos distintos (SSTC 168/1989 o 183/1991) o por el simple hecho de que evidenciasen que el mismo órgano había

cambiado de criterio en la interpretación y aplicación de una misma norma. Desde el comienzo limitó su control a la exigencia de que el cambio de criterio en la interpretación de las normas sea razonado y explícito (STC 63/1984).

c.2 Artículo 15, derecho a la integridad física y moral

El artículo 15 CE en su primer párrafo señala que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

Si la prueba biológica sobre filiación es llevada a cabo con plena aquiescencia y colaboración de las personas que deben someterse a ella, no se plantea ningún problema, menos en el plano constitucional. Las dificultades más graves se presentan cuando alguna de las personas que tienen que colaborar a su realización; permitiendo la toma de datos, se niega a ello.

En el derecho español no se autoriza el imponer *manu militari* el sometimiento a la prueba biológica. Al respecto hay práctica unánimidad doctrinal, y lo que es lo más importante, numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo en ese sentido: así, la Sentencia de 27 de junio de 1987 dispone: "no se desconoce con ella que la investigación de la paternidad con medios biológicos, aún propiciada por el artículo 39.2 de la Constitución y expresamente por el artículo 127 CC, no puede ser impuesta obligatoriamente y contra su voluntad a ningún ciudadano, quien, especialmente cuando se trata de la prueba de análisis de sangre, puede amparar su negativa a someterse a ella en los derechos que a la protección de la intimidad y a la integridad física le conceden los artículos 15 y 18 de la Carta Magna" y la Sentencia de 14 de noviembre de 1987: "ciertamente, la inviolabilidad del cuerpo humano no permite que *manu militari* se extraiga sangre de una persona, como resulta del artículo 15 de la Constitución, pero parece exagerado hablar de esa inviolabilidad para cosa tan pequeña como un análisis de sangre, cuando de su actitud dependen derechos y situaciones tan importantes como conceder o denegar la cualidad de hijo extramatrimonial al hijo de la demandante".

La Comisión Europea de Derechos Humanos, en su decisión de 13 de octubre de 1989 dice que "una intervención tan banal como un análisis de sangre no constituye injerencia prohibida por el artículo 2.1

del Convenio Europeo", en términos casi idénticos a las STS de 14 de noviembre de 1987. Considera que dicho derecho a la integridad física no sería lesionado por la levedad de la agresión corporal (tan desproporcionada, además, en relación con los fines y función de la prueba) y la banalidad de la intervención sobre la persona (aquí objeto de la prueba).

c.3 Artículo 18.1, derecho a la intimidad

La regulación específica del derecho a la intimidad se encuentra en el artículo 18 de la Constitución. El artículo 18.1 proclama: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

La intimidad se ha descrito como el espacio reservado a los asuntos del sujeto frente a interferencias ajenas; y en cuanto que es una reserva supone que hay un espacio de actividad que es exclusivo y que no puede ser conocido por otros sujetos. De ahí que se defina negativamente como el no conocimiento por tercero. Gráficamente fue descrito en el siglo XIX como el derecho a "ser dejado en paz". Ese espacio reservado no se define legalmente sino que queda al arbitrio judicial su determinación.¹³

La intimidad no sólo se predica de la persona física como sujeto de imputación, sino que el artículo 18.1 CE también lo hace predicable de la familia.

El régimen concreto de regulación de este bien de la personalidad se encuentra en la LO de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho de honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se trata de un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible.

La protección de este derecho queda delimitada por las leyes y los usos sociales atendido al ámbito que por sus propios actos, mantenga reserva para sí o para su familia. Así STS 28 de octubre de 1986 declara que "la esfera de la intimidad personal está determinada por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona, por sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento".

¹³ DE LA VALGOMA, "Comentario a la Ley Orgánica de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, p. 657.

El artículo 7 de la LO 5 de mayo de 1982 enumera cuatro posibles intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad en sus números 1, 2, 3 y 4.

1. "Emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas".

2. "La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medidas, así como su grabación, registro o reproducción".

3. "La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo".

4. "La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela".

No es fácil definir el secreto de la vida privada. Este valor tiene componentes sociales, culturales, psicológicos que lo hacen variar en el tiempo y en el espacio. Es un valor muy relativo. Mas, por encima de las variaciones de tiempo y lugar, permanece en cada ser humano, en todas las sociedades, una zona que él querría privilegiada, donde nadie tenga el derecho de entrar.¹⁴

El derecho a la intimidad se sitúa en el marco de los derechos "individuales", en contraposición a los "sociales", y ha ido perfilándose como un derecho autónomo en una fase tardía del proceso de reconocimiento de tales derechos. En torno al concepto de este derecho hay un gran paralelismo entre todos los autores mientras se mantienen en un terreno de declaraciones bastante vagas, pero en cuanto se abordan cuestiones concretas desaparece la uniformidad dando paso a criterios muy diversos según el espacio y el tiempo.

La intimidad tiene un sentido de interioridad y también de contenido; es justamente lo opuesto a lo externo. Uno de los derechos de-

¹⁴ JO DOVIN, André, "Le secret et le droit", *Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Libanaises*, Dalloz, Paris, 1974, pp. 439-440.

terminantes del nacimiento de la intimidad es el pensamiento reflexivo, la vuelta del yo sobre sí mismo.

Es interesante la distinción que propone De Miguel¹⁵ entre los conceptos de intimidad y confidencialidad. No es cierto que cuanto menos se sepa sobre nosotros gozamos de una mayor intimidad, ya que ésta no es simplemente la ausencia de información sobre cada uno en la mente de los demás, sino más bien el control que podemos ejercer sobre nuestra propia información personal. El carácter confidencial de los datos no es, a diferencia de la vida privada, un bien en sí mismo, sino un instrumento cuya bondad o maldad dependerá de con qué fines y cómo se utilice.

Cabanellas¹⁶ considera vida privada el conjunto de actividades y relaciones de familia, el comportamiento del individuo en su hogar o con respecto a personas de su trato íntimo, entendiéndolo que los secretos y pequeñeces de la vida privada constituyen un patrimonio de la personalidad humana que debe estar a cubierto de revelaciones malintencionadas.

Luis María Fariñas Matoni define la intimidad como "aquella parte de la vida del hombre que pretende vivir en soledad o compartida con unos pocos escogidos, frente a todos los demás, consistente en hacer algo privado, o controlar el uso de difusión de los datos personales".¹⁷

Ha sido este derecho fundamental, amparado por el artículo 18.1 CE, quizá el más frecuentemente invocado, como del resultado de las pruebas biológicas sobre paternidad, y, sobre todo, de la negativa de una parte procesal a su práctica.

Más, es sobradamente conocido que ningún derecho es ilimitado e intangible, y la propia ley que regula y protege el derecho a la intimidad establece en su artículo 8.1 que "no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley".

Ordenada, pues, la práctica de la prueba biológica por la autoridad judicial de acuerdo con la ley (artículo 39.2 CE y 127.1 CC), es evi-

¹⁵ DE MIGUEL, A., "Derecho a la intimidad frente al derecho a la información en el ámbito de la Estadística oficial", en *Revista Estadística Española del INE*, núm. 86, enero-marzo de 1980, pp. 346 y ss.

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, t. IV, 5a. ed., Edic. Santillana, Madrid, 1963, voz "Vida Privada".

¹⁷ FARIÑAS MATONI, Luis Ma., *El Derecho a la Intimidad*, Ed. Trivium, Madrid, 1990, p. 350.

dente que dejará de ser atentatorio o lesivo del derecho a la intimidad personal la revelación y conocimiento (en el proceso y únicamente a efectos procesales) de los datos biogenéticos resultantes de la prueba biológica sobre filiación.

Al practicarse la prueba biológica en los procesos de filiación y la autoridad judicial quien la ordena, apoyadas en un marco legal que la contempla explícitamente, no sólo en cuanto prueba pericial (artículos 610 y ss. LEC), sino en su propia acepción técnica y alcance efectivo (artículo 127.1 CC, coherente con el artículo 39.2 CE). El legislador sabía perfectamente en qué consistía esa prueba, qué descubre y pone de manifiesto; y conociendo esas consecuencias, la autoriza y menciona expresamente en el citado artículo 127.1 CC. Luego su realización e incidencia desveladora de datos personales queda perfectamente justificada en Derecho por tratarse de una actuación autorizada por órgano competente y de acuerdo con la ley.

No hay ilicitud, sino legitimidad de la actuación y de sus consecuencias; y cumple tal práctica judicial también la exigencia del Tribunal Constitucional de que sólo se puede autorizar intromisiones "por imperativo de interés público" (Sentencia de 26 de noviembre de 1984), pues qué duda cabe de que hay un interés público en dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 39.2, y en la utilización de los medios de prueba apropiados para la defensa de los derechos e intereses legítimos del artículo 24.1 CE.

d. La trascendente STS 7/94, de 17 de enero de 1994

d.1 Antecedentes del hecho

Una mujer soltera interpone contra un hombre casado demanda de reclamación de la paternidad extramatrimonial de su hija menor; pide asimismo alimentos, el cambio de los apellidos que constan en el Registro Civil y que se le niegue la patria potestad y el derecho de visitas.

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid dictó sentencia en 15 de septiembre de 1988 desestimando la demanda por no estimar probada la paternidad: en el trámite en primera instancia, se acordó la práctica de la prueba biológica y la representación procesal del demandado presentó escrito en su nombre negándose a su práctica. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial (sección 10ª) de Madrid acuerda de nuevo la práctica de aquella prueba, cita al

demandado, que comparece y se le requiere personalmente: igualmente se niega; dicta sentencia en 26 de febrero de 1990 revocando la anterior y declarando la paternidad del demandado, el cambio de apellidos y el pago de pensión alimenticia.

Éste recurre en casación y el Tribunal Supremo en sentencia 30 de abril de 1992 (AC 940/92) casa la de la Audiencia Provincial y confirma la del Juzgado de Primera Instancia. Es decir, queda desestimada la demanda.

Mediante escrito registrado en el Tribunal Constitucional el 3 de junio de 1992 se interpuso el recurso de amparo de referencia contra la Sentencia emitida por el Tribunal Supremo, de 30 de abril de 1992. Se pide la anulación de la Sentencia de casación, por vulnerar los artículos 14, 15, 18 y 24.1 CE, y se reconozca el derecho a la filiación declarado por la Sentencia de apelación. El recurso de amparo es otorgado. Hay un voto particular del Magistrado Pedro Cruz Villalón.

El Juzgado de Primera Instancia declaró no probada la paternidad del demandado, porque no se había logrado la prueba plena e indubitable que precisaba la parte demandante: el nombre del padre que consta en la certificación en extracto de nacimiento es manifestación de parte, las fotografías en donde se ve al demandado con ella y con otros amigos en actitudes de familiaridad no son suficientemente esclarecedoras, las actas notariales de manifestaciones no tienen valor, los testigos que han depuesto en los autos "casi absolutamente todo lo que saben es por manifestaciones de la demandante" y las certificaciones de los hoteles "no revelan nada de nada". "Falta la prueba de la relación sexual y no se ha probado ninguno de los hechos cuya concatenación lógica habría de llevar a la atribución de la paternidad al demandado", de donde dedujo que la falta de prueba biológica, a causa de la negativa del demandado a someterse a ella, no significaba nada en su perjuicio, con apoyo en la STS de 10 de noviembre de 1986.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. La Sentencia razonó la importancia de las pruebas biológicas de paternidad, tanto para proteger derechos fundamentales (artículos 14 y 39 CE) como para alcanzar una convicción fiable, dado que sus resultados son absolutos, si excluyen la paternidad, y abrumadores, si la proyectan. Aceptando que, en sí misma considerada, la negativa del demandado no puede ser valorada como *ficta confessio*, subrayó la necesidad de

valorar muy singularmente tal negativa, debidamente integrada en el conjunto de la prueba.

La Sentencia narra que, tras haberse resuelto por la Audiencia que se practicara dicha prueba en apelación, para lo que fue requerido el demandado "poniendo de manifiesto tanto la seria trascendencia de tal prueba como las posibles consecuencias legales en el caso de que reiterase su negativa", el demandado manifestó personalmente ante la Sala "que no hay ninguna razón por la que tenga que someterse a este tipo de prueba y que en uso de sus derechos constitucionales se niega a ella". La Sala afirmó que "todo el material aprobatorio expuesto sería valorado como insuficiente para acreditar las pretensiones actoras si no fuese acompañado de la reiterada y contumaz negativa del demandado a la realización de la llamada prueba biológica"; pues, "la reiterada y bizarra negativa del demandado a la prueba biológica venía... a dificultar muy sustancialmente la normal sobrellevanza de esa carga (de probar, en virtud del artículo 1.214 CC), convirtiendo la necesidad de probar en empresa cuasi diabólica". Por lo que alcanzó la conclusión que "integrando esa negativa, dada su naturaleza y circunstancia, en el conjunto de las pruebas practicadas, y valorando todo ello conjuntamente y conforme a las exigencias de una sana crítica, ha sido acreditado que la menor es hija extramatrimonial del demandado (artículo 135 CC)".

Este último recurrió en casación y el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juez de Primera Instancia, es decir, queda desestimada la demanda. El largo fundamento 3º expone su posición. Comienza, tras cierto preámbulo, por la fuerza "porque ello quizá vulneraría el artículo 10.1 CE, por lo que actualmente pudiera reflejar una cierta vejación", y lamentar que una ley prevea claramente la necesidad de someterse a esta prueba. Ante la negativa del demandado de someterse a la misma, afirma que "tal negativa a la colaboración del presunto padre no puede considerarse como *ficta confessio* y por ello ha de estar relacionada con las demás pruebas para obtener la convicción indispensable de orden a la estimación de la demanda". En la misma línea, añade: "ese indicio probatorio que comporta la negativa del demandado a presentarse a las pruebas biológicas ha de estar acompañado de forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan derechamente al juzgador al convencimiento de la paternidad, como pueden ser cierta po-

sesión de estado, relación epistolar que acredite ciertos sentimientos de relación afectiva, información testifical y de documentos gráficos, directos, personales y no ambiguos en su constatación de las relaciones extramatrimoniales existentes".

La conclusión es que el Tribunal Supremo entendió que no había prueba alguna de paternidad (sólo hubo, dice, "esos pequeños indicios...") y que la negativa a la prueba biológica, al no ser *facta confessio* no era suficiente para fundar la declaración de paternidad. Tal como dice generales —testigos, fotografías, etcétera—, es por lo que no puede prestar soporte probatorio bastante para la fundada y definitiva determinación de la paternidad del demandado, por haberse negado a tal colaboración.

La demandante formula recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Éste se funda, tal como se recoge en los antecedentes de la sentencia que dictó, en lo siguiente: al casar la resolución favorable a la paternidad, la Sentencia del T.S. vulnera el artículo 14 CE, porque crea una situación de desigualdad material mucho más grave que la que intenta paliar, ya que la oposición reiterada del padre a someterse a pruebas biológicas, cuando esa actitud responde a afanes obstruccionistas denota un fraude de ley y un ejercicio antisocial de derecho, que en ningún caso puede triunfar sobre el derecho del hijo a la igualdad ante la ley, respecto a los hijos matrimoniales.

La demanda de amparo afirma que se ha llevado a cabo una aplicación desigual del Derecho en casos sustancialmente iguales, citando sentencias del Tribunal Supremo, que atribuyen a la negativa a practicar las pruebas biológicas el valor de un indicio, tanto más valioso cuanto más contumaz es la negativa (SSTS de 6 de mayo de 1988, 14 de noviembre de 1987, 11 de marzo y 14 de julio de 1988 y 24 de enero de 1989), cuando no *facta confessio* (SSTS de 19 de noviembre de 1985 y de 5 de mayo de 1981). Además esta sentencia contradice la doctrina de este Tribunal, plasmada en las AATC 103/1990 y 221/1990.

Igualmente, la ponderación de derechos que hace la Sentencia recurrida vulnera los artículos 15 y 18 CE, que amparan derechos a la personalidad fundamentales, tales como el derecho a la individualidad (que comprende el nombre y apellidos), el relativo a la integridad moral, el derecho al honor, los derechos de familia en sus relaciones personales y patrimoniales, los derechos sucesarios y la totalidad de

las libertades públicas, en especial el derecho a la filiación, que es la otra cara del derecho a la integridad personal y familiar.

Al entender que la declaración de paternidad ha vulnerado los artículos 14 y 39 CE, y 127 CC, la Sentencia recurrida ha dado anti-constitucionalmente primacía a un dudoso acto de libre arbitrio personal sobre los derechos a la filiación y los derechos de la personalidad del hijo, que es fundamental en esos mismos artículos, pero tiene una mayor trascendencia social, moral y patrimonial. Se trata, pues, de una ponderación inconstitucional de los derechos en presencia, a partir de los hechos enjuiciados y declarados probados, privilegiando inconstitucionalmente la posición del hombre ante el hecho de la generación, consagrando la impunidad.

Por último, se aduce vulneración del artículo 24.1 CE porque la sentencia de casación no está fundada en Derecho. Se excede en el planteamiento del recurso, al entender el Tribunal Supremo que la sentencia de apelación se apoyaba en que la negativa contumaz del demandado a realizar la prueba biológica conlleva la aplicación del principio de *facta confessio*, lo que supone un enorme sofisma; además incurre en incongruencia, ya que había rechazado el recurso del varón demandado sobre error de hecho en la apreciación de la prueba, entrando no obstante a valorarla por vía del artículo 127 CC, a pesar del párrafo segundo de dicho precepto.

El Tribunal Constitucional, Sala Primera, dicta la Sentencia 7/1994, de 17 de enero, siendo ponente el Presidente don Miguel Rodríguez-Piñero. Anula la Sentencia del Tribunal Supremo y declara firme la sentencia de la Audiencia. Lo cual provoca la alarma, preocupación y protesta de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que estima que han sido invadidas funciones que corresponden exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, en cuya cúspide se halla el Tribunal Supremo y no el Tribunal Constitucional. Tras anunciar que plantearía el problema al Rey como Jefe de Estado, moderador de las instituciones (artículo 56 de la CE), formula una exposición al Presidente del Tribunal Supremo.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional en el fundamento 1, tras resumir desde el punto de vista jurídico, los antecedentes de la cuestión, destaca (en su penúltimo párrafo) las dos posturas opuestas, de la Audiencia y "la valoración que efectuaron de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad". Lo cual plantea dos cuestiones de alcance constitucional. La primera, los

derechos fundamentales alegados por el demandado para negarse a la práctica de la prueba biológica; la segunda, valoración de tal negativa respecto a los derechos fundamentales de la demandante y de su hija menor.

La primera cuestión es resuelta en esta sentencia (en el fundamento 2) en el sentido de que no vulnera ni el derecho a la integridad física, ni el derecho a la intimidad. En relación con ello, añade el fundamento 3 que lo decisivo es el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de la prueba biológica: no vulnera los derechos a la integridad y a la intimidad y, además, es indispensable para alcanzar fines constitucionales protegidos. Por ello (fundamento 4), el demandado en un proceso de filiación, sólo podría negarse a someterse a la prueba biológica si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud.

La segunda cuestión se relaciona directamente con la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica. Dice literalmente el fundamento 5, en su inicio: "por tanto, los límites que los artículos 18.1 y 16 CE pueden imponer a la investigación de la filiación no justifica, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil procedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero, y por la Audiencia Provisional, luego". Y más adelante, con referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo objeto del recurso de amparo, añade: "lo cierto es que, sin embargo, la negativa del demandado produjo como resultado que se llevara a cabo la práctica de la prueba. El Tribunal Supremo, aún reconociendo que la negativa a la investigación de la paternidad, que establecía nuestro Código Civil al influjo del Código Napoleónico, contradice la terminante prescripción del artículo 39 CE y del artículo 127 CC, sostiene que la investigación de la paternidad no puede imponerse obligatoriamente, en cuanto al sometimiento de las pruebas biológicas, porque ello quizá vulneraría el artículo 10.1 CE, pero añade que ante la voluntaria y obstinada negativa a prestar su colaboración el hipotético padre biológico interesado por justificadas causas, tal negativa a la colaboración del presunto padre no puede considerarse como *facta confessio*, siendo necesario por ello la presentación en forma incontrovertible de otras pruebas biológicas absolutamente definidas, habiendo quedado así la demanda sin un soporte serio de prueba, al haber quebrado la posibilidad de una contrastación biológica".

Con lo cual, la demandante, recurrente en amparo, ve vulnerado, en lo que a ella respecta, el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE y el de no discriminación por razón de la filiación, de los artículos 14 y 39 CE. Ante ello, la presente sentencia (fundamento 6) dice que si en un proceso de filiación hay pruebas suficientes de la paternidad, la negativa a la prueba biológica no vulnera ningún derecho fundamental del demandante; pero si estas pruebas son insuficientes para acreditarla por sí solo, la práctica de la prueba biológica es esencial y en tal caso —afirma— "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". Recuerda asimismo que cuando un medio de prueba se halla en el poder de una parte en el proceso, "la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad".

Así, en este caso el Tribunal Supremo aceptó la negativa del demandado a someterse a la práctica de la prueba biológica y (fundamento 6, último párrafo) "ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado", lo cual —es la conclusión final de la trascendencia constitucional de tal negativa— "vino a imponerle una exigencia excesiva al derecho fundamental del artículo 24.1 CE, colocándola en una situación de indefensión".

Por lo cual, se otorga el amparo y, advierte, que "no se trata, pues, de que se corrijan en la sentencia las valoraciones de hecho efectuadas por los tribunales", "sino de enjuiciar la conducta de aquéllos, a la luz, de las exigencias impuestas por el artículo 24.1 CE" (fundamento 7).

Otorgado el amparo, se anula la sentencia del Tribunal Supremo y, para hacer efectivo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que declara firme la sentencia de la Audiencia que había declarado la paternidad del demandado.

d.2 *La fundamentación de la sentencia*

La resolución en sus fundamentos jurídicos 1 y 2 después de hacer un breve resumen de las posiciones procesales de las partes, centra su examen en lo que, a partir del resto de la sentencia, va a constituir el foco de atención del Tribunal Constitucional, que no es otro que la práctica de la prueba hematológica a la que el demandado se negó, para rechazar desde el principio que aquella suponga una lesión del derecho a la integridad física o a la intimidad del demandante, por cuanto ello es consecuencia de las limitaciones a las que tales derechos fundamentales han de someterse en aras de cumplimiento de deberes y relaciones jurídicas que el derecho regula cuales son las investigaciones de la paternidad y maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación y enlazando, en este extremo, con la doctrina de la AATC103 y 221/90.

d.3 *Justificación constitucional de las pruebas biológicas y supuestos excluibles*

En el Fundamento Jurídico 3, se contienen de un lado, las razones para no estimar inconstitucional la prueba y de otro las condiciones en que es prescindible.

Así, para el Tribunal Constitucional el sometimiento del varón a la prueba o la decisión judicial que la acuerde, no supone un atentado a su integridad física o intimidad por cuanto la extracción de unas gotas de sangre del cuerpo humano por un profesional de la medicina, no puede considerarse degradante o contrario a la intimidad, no atacando tampoco el recato o pudor.

En relación con lo anterior, existiendo una causa prevista en la Ley y en la CE que justifique tal medida (el artículo 39.2 CE) y que atiende a fines constitucionales cuales son la protección de los intereses de los hijos y sus derechos a conocer su filiación, no existiría óbice alguno para entender que las resoluciones judiciales que disponen su práctica sirven directamente fines constitucionales cuales son la protección integral de los hijos y su igualdad con independencia de su filiación.

Por último, la sentencia, en este apartado contiene supuestos en que se pueden excluir las citadas pruebas o deben ser llevadas a cabo en determinadas condiciones:

a) Cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse por medios probatorios menos lesivos para la integridad física.

b) Cuando la práctica pueda suponer para el sujeto pasivo grave riesgo o quebranto para su salud. Se añade que debe hacerse por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos.

c) Adecuada proporción entre intromisión en la intimidad e integridad física o moral del agraviado y la finalidad a la que sirva. Debe ponderarse y motivarse en la resolución judicial.

Además de las anteriores, los límites a la realización de la prueba pueden provenir según el Tribunal Constitucional de la falta de seriedad de la demanda no acompañada de un principio de prueba, lo que revertirá en su no admisión (artículo 127-2 CC) o en el hecho de que la autoridad judicial la estime de todo punto impertinente o inútil por servir de soporte a una paternidad supuestamente inventada.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional entiende que, una vez decidida la práctica por el Juzgado, la parte está obligada a colocarse en su realización por un deber de buena fe y lealtad procesal y por el deber constitucional de velar por los hijos.

d.4 *Ausencia de nueva valoración*

El Tribunal Constitucional justifica que en ningún caso supone la sentencia que dicta, la corrección de las valoraciones de hecho efectuadas por la jurisdicción ordinaria, sino imponer una interpretación conforme a la CE y prestar a los justiciables una tutela realmente efectiva e imponer la práctica de la prueba hematológica cuando la misma devenga insustituible para garantizar la base fáctica de la pretensión.

A este respecto el Tribunal Constitucional entiende que la jurisdicción ordinaria ha incurrido en una contradicción esencial al afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de la demanda y, de otro lado, legitimando la negativa del demandado fallando sobre la base de que no se ha probado suficientemente el hecho.

d.5 *Voto particular del magistrado don Pedro Cruz Villalón*

El magistrado don Pedro Cruz Villalón formuló voto particular a la Sentencia dictada en el recurso de amparo número 1407/92; en el cual señala lo siguiente:

del presente recurso de amparo, tal como se expresa en el punto 1 de su fallo (reconoce el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión), así como en los fundamentos jurídicos de los que trae causa (fundamentos jurídicos 1º a 7º). Discrepo, sin embargo, del alcance de dicho otorgamiento, en los términos contenidos en el punto 2 del fallo (anular la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992, con la consiguiente firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial de 26 de febrero de 1990), explicitados a su vez en el fundamento jurídico 8º y último.

Posteriormente señala que entiende que en el presente caso, los órganos judiciales hayan acatado la negativa del afectado a la realización de la prueba hematológica, la cual había sido declarada pertinente, y por ello hayan aceptado su falta de colaboración con la justicia, con lo cual se condona una conducta procesal carente de toda justificación. Que en este caso no se trata de que se corrijan en las sentencias las valoraciones de hecho efectuadas por los tribunales de procedencia (actuación que está vedada a este Tribunal, a tenor de lo establecido en el artículo 44.1.b de su Ley Orgánica reguladora), sino de enjuiciar la conducta de aquéllos a la luz de las exigencias impuestas por el artículo 24.1 CE, que perviven a todo lo largo del devenir del proceso, también en su fase probatoria.

La tutela judicial constitucionalmente garantizada exige Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biología en este caso, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la pretensión.

Sin embargo, la Sentencia, en su fundamento jurídico último, considera que limita el alcance de su fallo a la anulación únicamente de "aquellas resoluciones judiciales que, de forma directa o inequívoca han infringido el derecho fundamental", lo que ocurriría de forma patente en la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada, pero no así en la de la Audiencia Provincial de Madrid por cuanto esta última "considerando la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más consistente cuando más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por el demandante (que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto) contribuyó a zanjar con un medio de prueba apto en derecho (la prueba de presunciones, artículo 1.253 CC) la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado".

Frente a esta determinación del alcance del otorgamiento, el magistrado señala lo siguiente:

entiendo que las premisas de la que el mismo partían debían haber llevado a la declaración de nulidad de las tres resoluciones judiciales obtenidas por la demandante en su pretensión ante los Tribunales ordinarios. Tal como se declara en la sentencia dictada en el presente recurso de amparo, las tres resoluciones han acatado la negativa a la realización de la prueba, condonando una conducta carente de toda justificación; todas ellas han hecho recaer, de este modo, toda la prueba en la demandante y han venido a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1.CE.

En lo único en que difieren las citadas resoluciones es en su distinta valoración del material probatorio de que disponían, una vez frustrada (por impracticada) la prueba biológica, incluida, desde luego, la propia actividad del afectado. Pero en esta distinta valoración este Tribunal Constitucional no puede hacer distinciones entre resoluciones que infringían de forma directa e inequívoca el derecho fundamental a la tutela judicial, llegando a una conclusión, y aquellas otras que, no obstante haber causado, con su pasividad, la misma infracción, habrían, sin embargo, reaccionado correctamente llegando a conclusiones distintas. Ahora bien, una vez producida la vulneración de la tutela como consecuencia de la conducta pasiva de los órganos judiciales, no me parece posible distinguir entre unas resoluciones y otras en función de su distinta valoración de un mismo material probatorio.

Por ello entiendo que la doctrina que fundamenta la estimación del presente recurso de amparo, con la que coincido plenamente, y a fin de restablecer a la demandante en su derecho tal como éste se declara vulnerado, no podría haber llevado sino a la anulación de las tres resoluciones judiciales, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1988, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de febrero de 1990, y la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 1992, a fin de que se proceda a la práctica de la prueba biológica en su día acordada por el Juzgado de Primera Instancia.

d.6 Reflexión final

Así pues, como resumen, el Tribunal Constitucional estima que la prueba biológica no atenta a ningún derecho constitucional y que su negativa, si las pruebas practicadas son insuficientes para la declaración de paternidad (si son ya suficientes, no hay problema) vulnera el derecho a la tutela efectiva sin indefensión, de la parte demandante. En conclusión, la práctica de la prueba biológica no es un deber del demandado, pero sí una carga y si no acepta su práctica, sobrevendrá la declaración de la paternidad del demandado que se ha negado a someterse a la misma.

La solución del Tribunal Constitucional es acertada; hace prevalecer el derecho a la tutela judicial (de la madre), el interés de la filiación (del hijo) y la verdad material (del proceso) sin apoyo en derecho legal y constitucionalmente aceptables.

Esta solución vincula a los Jueces y Tribunales, incluyendo al propio Tribunal Supremo, a la que tendrá que adaptar la doctrina antes expuesta, tal como ordena el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, tras decir que la Constitución es la norma suprema, vinculando para los órganos jurisdiccionales, añade categóricamente que éstos "interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

Sin embargo, en este caso, ciertamente ha entrado en una valoración de los hechos y ha revisado lo ya resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo y, peor todavía, ha declarado la firmeza de la Audiencia. Y esto es lo que ha provocado la reacción del Tribunal Supremo que, como antes se ha dicho, remitió una exposición al Presidente del Tribunal Supremo, de fecha 7 de febrero de 1994, cuyo texto es el siguiente:

La Sala Primera de Tribunal Supremo, en Sesión celebrada el día 3 de febrero de 1994, analizó resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas en juicios de amparo y advirtió que: En ocasiones tiende, el Tribunal Constitucional, a entrar en los hechos objeto del pleito del que dimana el amparo, lo que a criterio de esta Sala, no permite su Ley Orgánica. Valora pruebas por cuyo cauce llega a modificar las conclusiones fácticas de la Sentencia

dictada por el Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria. Incluso, en la parte dispositiva de alguna sentencia, toma decisiones que convierten el Amparo Constitucional en una nueva instancia civil, privando a los litigantes del correspondiente recurso de casación. Esta Sala cree que todo ello puede significar una intromisión en facultades jurisprudenciales. Como medio idóneo de resolver las discrepancias, se había acordado dirigir a su Majestad la adjunta Exposición que remitimos a Vuestra Excelencia, como cabeza del Poder Judicial, para que adopte lo más conveniente para la buena administración de justicia.

Ante ello, el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial convocó el Pleno de éste que acordó: 1º) Promover, por medio de su Presidente, ante los demás órganos constitucionales competentes, las iniciativas precisas para estudiar la necesidad o conveniencia de desarrollar el artículo 53.2 de la Constitución y de reformar, en su caso, otras normas legales. 2º) Trasladar este acuerdo al Excmo. Sr. Presidente del Gobierno y a los Excmos. Sres. Presidentes del Congreso de los Diputados, del Senado y del Tribunal Constitucional.

IV. FUENTES CONSULTADAS

A. Doctrina

- ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, t. IV, Derecho de familia, 4a. ed., Barcelona, 1989, p. 386.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, t. IV, 5a. ed., Edi. Santillana, Madrid, 1963, voz "Vida Privada".
- CICU, Antonio, *Il diritto di famiglia*, Macerata, 1914.
- CUADRADO IGLESIAS, "La investigación de la paternidad y la maternidad, en *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, t. I.
- DE LA CÁMARA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. I, Madrid, 1984.
- DE LA VALGOMA, "Comentario a la Ley Orgánica de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983.

- DE MIGUEL, A., "Derecho a la intimidad frente al derecho a la información en el ámbito de la Estadística oficial", en *Revista Estadística Española del INE*, núm. 86, enero-marzo de 1980.
- FARIÑAS MATONI, Luis Ma., *El Derecho a la Intimidad*, Ed. Trivium, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ MONTES, J. L., "Notas en torno al derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en la Constitución española", en *El Poder Judicial (AA.VV.)*, vol. II, Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1984.
- HERRERA CAMPOS, *La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial*, Granada, 1987.
- HERRERA TEJEDOR, F., *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, 2a. ed., Ed. Colex, enero de 1994.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., "La Igualdad Jurídica como límite frente al legislador", en *REDC*, núm. 9, p. 114.
- JO DOVIN, André, "Le Secret et le droit", *Travaux de L'Association Henri Capitant (Journées Libanaises)*, Dalloz, París, 1974.
- LLEDO YAGÜE, *Acciones de Filiación*, Madrid, 1987.
- MOREU BALLONGA, "Matrimonialidad de la filiación por subsiguiente matrimonio de los padres", en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. III, Madrid, 1988.
- O'CALLAHAN MUÑOZ, Xavier, *Investigación de la Paternidad*, Col. Doctrina y Jurisprudencia, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.
- PARRA LUCAN, Ma., "Derechos de la personalidad. Intromisión ilegítima y derecho a la intimidad", *ADC*, 1987.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIROZ, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984.
- PRIETO FERNÁNDEZ, Carmen, "El interés del hijo en los procesos de filiación: un interés preferente", en *Act. Civ.*, 1991.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "El nuevo régimen de la familia", II, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981.
- , *Los conflictos de paternidad en el derecho comparado y en el derecho español*, Barcelona, 1a. ed., 1980.
- , *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Ed. Civitas, Madrid, abril/agosto de 1987.
- RUIZ VAOILLO, "Filiación, patria potestad y proceso en la Ley de 13 de mayo de 1981", *Justicia*, 82, núm. 3.

B. Legislación

- Código Civil*, edición anotada, 2a. ed., BOSCH, Casa Editorial, S. A., 1989.
- Constitución Española*, Cortes Generales, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- Ley de Enjuiciamiento Civil*, Biblioteca de Legislación, 16a. ed., septiembre de 1993, Editorial Civitas, S. A.
- Ley Orgánica del Poder Judicial*, Biblioteca de Textos Legales, 6a. ed., Tecnos, Madrid, 1991.