

La prueba en la determinación legal de la filiación

José Carlos Rueda Álvarez

Abogado

~

Febrero 2016¹

¹ El presente trabajo fue expuesto el 16 de febrero de 2016 para la obtención del Master Universitario en Abogacía en la Universidad Loyola Andalucía, recibiendo la calificación de *sobresaliente*.

“La prueba en la determinación legal de la filiación”

es un trabajo licenciado bajo Creative Commons 4.0 (Reconocimiento)
y registrado en SafeCreative

Usted está autorizado para compartir este trabajo como quiera,
así como a adaptarlo para cualquier finalidad (incluso comercial)
siempre que reconozca la autoría original, sin necesidad alguna de
comunicarlo al autor

Licencia completa:

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Autorización para otros usos:

rueda@bandualegal.com

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	4
ABREVIATURAS	5
JUSTIFICACIÓN, METODOLOGÍA Y OBJETIVO	6
PROEMIO ~ El trasfondo psicológico y sociológico del reconocimiento · La Constitución Española como punto de inflexión	8
LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN ~ Líneas generales · Presupuestos legales básicos de la acción de filiación · Efectos de la determinación de la filiación	13
LA PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA EN LA FILIACIÓN ~ La importancia de la prueba · El principio de prueba · La oferta de practicar prueba · Límites a posteriores acciones tras sentencia firme · Onus probandi: facilidad y disponibilidad probatoria	20
LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FILIACIÓN ~ Pruebas de carácter general admitidas en derecho · Prueba documental · Declaración de testigos · Pruebas endoprocesales · Especial referencia a la "prueba de detectives" · Breve referencia a la prueba de presunciones en la filiación	29
LA PRUEBA BIOLÓGICA ~ Verdad biológica · Aspectos técnicos de la prueba de ADN · Aspectos jurídicos y prácticos de la prueba de ADN inter vivos y post mortem · Momento procesal oportuno para aportar o solicitar la prueba biológica · Valoración de la prueba aportada vs. Prueba acordada · La supuesta ficta confessio de la negativa al sometimiento a la prueba · Derecho a la intimidad e integridad física vs. Derecho a conocer el origen biológico	34
LA PRUEBA SOCIAL ~ Verdad social · Posesión de estado · Favor filii · Exceptio plurium concubentium · Verdad biológica vs. Verdad social	44
RESULTADOS Y CONCLUSIONES	55
BIBLIOGRAFÍA	57

RESUMEN

Los pleitos de filiación en España tienen ciertas particularidades en su desarrollo que lo hacen distar de cualquier otro. Por ello es calificado como un *procedimiento especial* dentro de nuestra ley procesal.

En el citado procedimiento abundan las especialidades en sede probatoria, por lo que el presente trabajo ha tratado de establecer un rápido recorrido por el funcionamiento y efectos generales de la acción de filiación para posteriormente analizar los aspectos más importantes respecto a la prueba: tanto en su admisión como en su significación fáctica dentro del proceso.

La motivación del desarrollo del presente trabajo es servir como sucinta guía a la hora de enfrentarse en un procedimiento de filiación, especialmente al recabar la prueba que proporcione el cliente. Se analiza el valor probatorio que ostenta la prueba en el procedimiento, así como un recorrido por las presunciones y pruebas indiciarias propias de la determinación judicial de la filiación.

Palabras clave: determinación, filiación, prueba.

ABREVIATURAS

en orden alfabético

art.	Artículo(s)
A	(antes de un órgano jurisdiccional) Auto.
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
EM	Exposición de motivos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley Hipotecaria
LO	Ley Orgánica
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPH	Ley Orgánica de Protección al Honor, Intimidad y Propia Imagen
LRC	Ley del Registro Civil
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado.
RRC	Reglamento del Registro Civil
S	(antes de un órgano jurisdiccional) Sentencia.
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

JUSTIFICACIÓN, METODOLOGÍA Y OBJETIVO

El presente trabajo trata de establecer un análisis comprensivo de la problemática probatoria en los procesos de filiación para la determinación legal de la paternidad en España según el actual estado de la ciencia jurídica.

El reconocimiento de la investigación de la paternidad por mandato constitucional implica un derecho subjetivo de la persona a conocer su origen biológico, que da pie a las acciones de filiación, cuyas particularidades en la escena probatoria dan lugar a la elaboración del presente estudio.

A fin de procurar el mayor rigor y objetividad, en primer lugar se ha tratado de enfocar el tema mediante un análisis descriptivo de su problemática jurídica y práctica, con la finalidad de procurar un acercamiento general al objeto de conocimiento.

La investigación realizada en la elaboración del siguiente estudio ha estado guiada por la abnegada búsqueda de la seguridad jurídica, en base a la integración del conocimiento racional y crítico de la doctrina y jurisprudencia más reciente. Igualmente, no he podido soslayar la influencia del sesgo de la experiencia práctica, a la que le he otorgado carácter de conocimiento primario y que he usado, a mi parecer, prudentemente para contextualizar de forma pragmática los temas tratados, acercándonos a la casuística cotidiana pero sin desechar el carácter teórico de este estudio.

En el mencionado proceso de filiación, el verdadero *quid* de la cuestión radica en la prueba. El proceso civil, caracterizado por el formalismo y por el principio de justicia rogada, en la filiación se ve afectado en su resultado jurídico-material, haciendo entrar en juego intereses superiores que justifican la flexibilización que inspiran este tipo de procesos.

A fin de arrojar luz sobre el fenómeno de la prueba, gran parte de este trabajo se ha tratado de enfocar según el derecho probatorio y la probática. Como advierte MUÑOZ SABATÉ (2009), el aprendizaje de las cuestiones relativas a la prueba tiene muy poca acogida en el ámbito académico, casi reservándose con exclusividad su conocimiento a la práctica en el entorno de los bufetes de abogados². A fin de otorgar cierto valor útil al estudio, he tratado de analizar las pruebas más típicas desde esta óptica, a fin de determinar claramente tanto los requisitos legales para su admisión como su significación dentro del proceso.

La verdadera labor del abogado es saber plasmar los hechos, sin olvidar la consideraciones jurídicas unidas a ellos. En esta parte tan sensible, debemos saber

2 MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Curso de probática judicial*. 2009, Ed. La Ley.

cómo se prueba (tanto desde el aspecto jurídico-procesal de su admisión como la significación intrínseca que tiene dentro del proceso). Unida a esta dificultad, el letrado tiene además que sortear el hecho de que debe convertirse en un pequeño experto de aquello sobre lo que trate en un tiempo muy limitado, no existiendo aún el suficiente material científico o técnico especializado que permita conocer las particularidades metódicas de cada pleito³.

Desde el presente trabajo se pretende colaborar humildemente en la medida de lo posible a esa tarea, especialmente de cara los pleitos de determinación de la filiación extramatrimonial –los cuales no suelen ser precisamente fáciles de probar cuando existe entre nacimiento y reclamación cierto lapso de tiempo--, a fin de poder otorgar al lector un conocimiento general de la cuestión y, por otra parte, realizar una exégesis interpretativa e integradora de los aspectos jurisprudenciales más importantes y vigentes a la hora de apreciar la prueba.

3 Ídem. *“El derecho probatorio propiamente no enseña a probar, que [...] es el objeto de la probática, sino que reglamenta el hacerlo”*.

PROEMIO

La filiación es el vínculo establecido entre una persona y sus progenitores con base en el hecho biológico: el vínculo de sangre que se crea cuando una persona es engendrada por otra. Es la evidencia de “*un lazo sanguíneo, carnal, biológico*”⁴. El derecho, al tratar el estado civil de las personas, regula la relación jurídica entre padres e hijos, y presenta una serie de mecanismos para su determinación e impugnación, entre los que se encuentra el acceso a los Tribunales de Justicia.

A la hora de hacer valer las acciones judiciales (en general) el letrado se encuentra frecuentemente con la dificultad de obtener prueba suficiente para fundamentar la demanda. No podría ser de otra forma en los procesos judiciales de determinación de la filiación, donde además debemos tener en cuenta las particularidades propias establecidas en la LEC⁵, como por ejemplo la necesidad de interpretar rigurosamente la ley y los indicios por parte del Juez, al poder estar en juego ciertos derechos fundamentales⁶.

El proceso judicial de determinación de la paternidad entraña una flexibilidad extraña al carácter formalista propio del pleito civil, la cual se proyecta principalmente a la prueba⁷. Tanto es así que incluso algunos autores advierten cierta indefensión por esa amplitud probatoria⁸, aunque son numerosos los pronunciamientos judiciales que han perfilado los límites evidenciales de ciertas pruebas que se analizarán en el presente trabajo⁹.

Las consecuencias de una declaración de paternidad implica toda una suerte de efectos inherentes a tal condición, entre la que debemos destacar el derecho a los apellidos, el derecho de alimentos, la determinación de la patria potestad (en su caso) y el derecho a participar como heredero forzoso en la cuota hereditaria, como más adelante se verá.

4 CARBAJO GONZÁLEZ, Julio. *Manual de Derecho de Familia*. Edisofer, 2007.

5 Como por ejemplo, las particularidades del artículo 767.1 LEC (heredero del antiguo 127.2 CC).

6 Especialmente en la práctica de la prueba de ADN, existiendo pronunciamientos jurisprudenciales (STC 7/1999) que la avalan y estiman que no lesiona ningún derecho fundamental (ni intimidad ni integridad física). Cfr. STS 95/1999 de 31 de mayo: “*un reconocimiento hematológico... no puede considerarse degradante*”.

7 La STC 95/1999 de 31 de mayo, al analizar el valor de la prueba de ADN en un procedimiento de filiación, justificó la flexibilidad del procedimiento y la prevalencia de la tutela judicial efectiva en el juicio de proporcionalidad frente a la supuesta violación del derecho a la intimidad.

8 REYES GALLUR, Juan José. *Disposiciones generales de los procesos de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Recurso electrónico: http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=173 (Consulta del 4 de enero de 2016).

9 En este sentido, véase por ejemplo la STC 29/2005 de 14 febrero (RTC 2005\29), la cual reconoce el carácter flexible de este tipo de procedimientos pero estima que no puede declararse la filiación con el único soporte probatorio consistente en el indicio endoprocésal de la negativa del demandado.

El proceso de filiación está inspirado por los principios de libre investigación de la paternidad y la maternidad, acogidos en el artículo 767.2 de la LEC. Para su ejercicio es posible la práctica de toda clase de pruebas, con inclusión de las biológicas. La complejidad de los intereses en juego en este tipo de procesos hace necesario establecer cautelas, como la necesidad legal de adjuntar un principio de prueba a método de control previo de la viabilidad procesal de la acción de filiación (art. 767.1 LEC).

Por otra parte, la potenciación de las facultades de actuación de oficio por parte del Tribunal que otorga el dictado del artículo 752 de la LEC constituye una excepción al principio dispositivo. Precisamente ello tiene su efecto en el hecho de que se trate de una acción indisponible (art. 751 LEC), otorgando gran flexibilidad en la admisión de pruebas indirectas o indiciarias (767.3 LEC). Otra nota característica de esa actuación de oficio se produce con la comunicación por parte del Juzgado al Registro Civil para la inscripción de la filiación declarada judicialmente cuando ésta no sea la inscrita (art. 755 LEC).

El trasfondo psicológico y sociológico del reconocimiento

Existe un trasfondo de índole psicológica y sociológica bastante intenso en las intenciones de reconocimiento legal de filiaciones extramatrimoniales. En la mayoría de los casos se trata de relaciones surgidas en la antigüedad, y suele existir un componente de superioridad del hombre sobre la mujer propio de épocas pretéritas. En España, es relativamente común encontrar relaciones laborales entre ambos, especialmente de mujeres dedicadas a labores del hogar que vivieron algún tipo de idilio con el cabeza de familia o un hijo de éste^{10 11}.

Las motivaciones que llevan a los hijos extramatrimoniales a entablar procedimientos judiciales de determinación de la filiación son diversos: subsanar un obstáculo psicológico sin resolver, lucir con orgullo los apellidos familiares que hasta entonces se le negaron y, por supuesto, obtener la cuota legitimaria correspondiente de la herencia a la que tienen derecho.

Pese a todo, en los casos parece repetirse una intención de justicia material enfocada a que se conozca la verdad, a que todos acepten su condición y no la pongan en duda. Una especie de catarsis emocional y pasional que se materializa en lo jurídico, que pretende zanjar de una vez por todas años de sufrimiento. Una especie de orgullo muy característico, que suele ir acompañado de lágrimas de impotencia¹².

10 *Filiación extramatrimonial y ADN*. OSUNA GÓMEZ, Fernando. Revista LA TOGA, nº. 179 (Septiembre/Octubre 2010).

11 Da fe de ello los numerosos casos mediáticos en que he tenido la oportunidad de vivir de cerca en la experiencia profesional que he vivido y vivo en Bufete Osuna: “*Los ilegítimos de los <<señoritos>> piden Justicia*” (Diario La Razón, 1-2-2016); “*Una mujer pide prueba de ADN para ser reconocida hija de su padre biológico y reclamar la herencia*” (Europa Press Málaga, 25-1-2016); “*Una mujer reclama en los tribunales a los 55 años la paternidad de un marqués*” (ABC de Sevilla, 15-1-2016).

12 Cito a modo de ejemplo un testimonio de la prensa: *La hija de la criada: 'No me he movido por dinero. Llevo toda mi vida preguntándome quién era mi padre'* (EL MUNDO, 14-10-2015, véase en <http://www.elmundo.es/sociedad/2015/10/14/561da2ee46163ff9298b4623.html>)

La Constitución Española como punto de inflexión

La regulación en España con carácter previo a la Constitución partía de la distinción entre hijos legítimos (matrimoniales) o ilegítimos (en los demás casos), distinguiendo en este último caso entre naturales (si los padres hubieran podido casarse) y no naturales (por ser adulterinos o incestuosos). La distinción de trato entre ambos resultaba abismal, hasta el punto de que el hijo ilegítimo no natural sólo disponía de un hipotético derecho de alimentos¹³.

Desde la declaración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley ex artículo 14 de la Constitución Española de 1978 (además de los artículos 39.1 y 39.2 de la misma) y tras la promulgación de la Ley 11/1981 de 13 de mayo¹⁴ (que trataba de superar la inconstitucionalidad sobrevenida de numerosos artículos¹⁵), ha existido toda una suerte de pronunciamientos judiciales que han delimitado el alcance legal de estas acciones¹⁶. Se puede decir que el Derecho español es uno de los ordenamientos que protegen de manera suficiente el derecho a conocer el origen biológico.

13 SANZ-DIEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, Jaime. *La filiación: contenido y determinación*. Recurso electrónico: <http://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20I%20%28Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf%29.pdf> (Consulta del 1 de noviembre de 2015).

14 *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, que cristalizó las posturas jurisprudenciales y modernizó el Código Civil conforme a los nuevos principios en materia de familia de la CE. Entre otras cosas, debemos destacar que estableció coto a las acciones de petición de herencia respecto a las sucesiones abiertas antes de la promulgación de la constitución.

15 STC de 31 de marzo de 1981 (RTC 1981, 9) *“la inconstitucionalidad sobrevenida (...) produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación (...) La Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que, en esta materia ha de poder tener efecto retroactivo, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución (...) Esta doctrina de carácter general habrá de ser concretada, caso por caso”*.

Sobre la inconstitucionalidad sobrevenida es interesante la STS 10 febrero 1986: *“Declara el TS que la Constitución, como norma suprema del Ordenamiento jurídico español, es vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos desde el momento de su entrada en vigor, conforme a su art. 9. De esta manera, los derechos proclamados en los arts. 14 a 38 son de aplicación directa e inmediata, sin perjuicio de que un posterior desarrollo legislativo pueda regular su ejercicio. Consecuentemente, la Sala entiende que el principio de igualdad ante la ley y sin discriminación alguna por razón de nacimiento que proclama el art. 14 CE, rige desde la entrada en vigor de la Constitución el 29 diciembre 1978, y, por tanto, los preceptos del Código Civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, quedaron sin eficacia por imperativo de la disp. derog. 3ª Norma fundamental dicha, que declara expresamente derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo en ella establecido por inconstitucionalidad sobrevenida”*.

Igualmente, debe destacarse la mención que realiza la citada Ley 11/1981 en su D.T. 3ª respecto al plazo de ejercicio: *“las acciones concernientes a la filiación nacidas conforme a la legislación anterior durarán el tiempo que señale esta legislación, salvo que por la nueva tuvieren mayor plazo”*. Por otra parte, y en consonancia con el artículo anteriormente citado, el artículo 133 CC establece que la acción de la reclamación de la filiación no matrimonial corresponde al hijo durante toda su vida y a los herederos durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas.

El dictado del artículo 39.2 CE incorpora el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad, constituyendo en la praxis un derecho subjetivo al conocimiento del origen biológico individual. La aplicación práctica de este precepto tiene su pleno reflejo en la existencia de acciones de filiación y en las sucesivas reformas que han ampliado su aplicabilidad. Igualmente, podemos observar su influencia en la regulación de la adopción: claro ejemplo de ello es el derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado, sin que sea oponible -según autorizada jurisprudencia- el derecho a la intimidad o protección de datos de carácter personal del progenitor¹⁷.

Por otra parte, resulta insoslayable la importancia decisiva del principio de no discriminación por razón de nacimiento imbuído en el artículo 14 CE (igualando por tanto a los hijos de origen matrimonial y extramatrimonial), así como el precepto de la protección de la familia consagrado en el artículo 39.1 CE.

En el ámbito internacional, no podemos olvidar la influencia decisiva que ofrece el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH), del que se desprende el deber estatal de respeto a la vida de la persona en el ámbito de la intimidad familiar, con las excepciones propias de orden público. Este artículo se proyecta tanto en la investigación de la paternidad como en los derechos sucesorios, ya que ambos conceptos se encuentran incluidos dentro de lo que denominamos *vida familiar* (CEDH) o *intimidad familiar* (CE).

Algunos autores opinan que el nivel de protección otorgado por el artículo 8 del CEDH es mucho mayor que el ofrecido por el artículo 18 de la CE, y ha advertido las numerosas condenas a España por vulneración del Convenio¹⁸. En el ámbito europeo también encontramos la Carta Social Europea de 1961 y la Convención Europea sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera de matrimonio de 1975.

Por otra parte, la DUDH de 10 de diciembre de 1948 proclama la igualdad de los hijos, independientemente de su filiación, respecto a los derechos de protección social. La Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, así como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales de Nueva York del 19 de diciembre de 1966 también hace referencia a este derecho.

16 Citamos como mero ejemplo los recientes pronunciamientos: SSTS 621/2015 de 12 noviembre. RJ 2015\5602 (sobre la determinación de los apellidos y su orden), 12 enero 2015. RJ 2015\610 (aludiendo a la imprescriptibilidad de la acción de filiación y la no existencia de abuso de derecho por dilación en el tiempo), o 420/2011 de 17 junio. RJ 2011\4638 (sobre la negativa del demandado al sometimiento a prueba biológica de paternidad).

17 LORENTE LÓPEZ, María Cristina. *La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad*. – “Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2015”. Aranzadi, 2015.

18 MOLINER VICENTE, Celia. *Intimidad familiar y vida familiar. La mayor amplitud del concepto “vida familiar” sobre el de “intimidad familiar” de nuestra Constitución*, en “Diario La Ley” N°. 8316, 22 de mayo de 2014. La Ley, 2014.

La investigación de la paternidad recogida en la Constitución supuso la abolición de una línea histórica de defensa del varón frente a la asunción de su responsabilidad como progenitor. Las exigencias constitucionales de la CE de 1978 resultaban incompatibles con el Código Civil napoleónico, surgiendo la Ley 11/1981 de 13 de mayo, que abordó la filiación por naturaleza (por descendencia). Esta ley parece optar por la máxima de la “verdad biológica” para la determinación de la filiación, lo que implica la identidad entre padre biológico y padre legal¹⁹.

En la gran mayoría de estas convenciones e instrumentos legales incorporados a nuestro ordenamiento (especialmente, los más recientes) destaca la importancia de la *verdad biológica* en la determinación de la filiación, al existir un ánimo de evitar las discriminaciones por razón de filiación y el acogimiento del *favor filii*.

19 BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, en “REDUR 8”, diciembre. Universidad de La Rioja, 2010.

LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN

LÍNEAS GENERALES

Según el actual Código Civil, la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción, pudiendo ser la primera matrimonial y no matrimonial (art. 108 CC). La forma de acreditar la filiación puede venir dada por una inscripción en el Registro Civil, por sentencia o documento que la determine legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de todo ello, por posesión de estado (113 CC). No obstante, nada queda acreditado si posteriormente dicha filiación queda impugnada en forma contradictoria.

El proceso de filiación es el cauce procesal previsto para el ejercicio de acciones de esta índole contenidas en el capítulo III del Código Civil, donde se regulan los procesos “*sobre filiación, paternidad y maternidad*”. Mediante el ejercicio de la acción de filiación se determinará la correcta identificación de una persona a efectos de ser considerada padre o madre, en contraposición a la inscripción del Registro Civil, que se verá modificada a consecuencia de la firmeza de la sentencia.

La determinación judicial de la filiación sigue los trámites del juicio verbal civil, aunque según los magistrados PUIG BLANÉS, PÉREZ BORRAT y SOSPEDRA NAVAS (2012) nada impide la determinación en sentencia penal de medidas relativas a la filiación y la fijación de alimentos en casos de delitos contra la libertad sexual ex art. 193 CP²⁰.

De acuerdo con nuestra legislación, es posible entablar:

a) Acciones de reclamación, a fin de reclamar la determinación de la filiación, según lo establecido en los artículos 131 y ss. del CC. Con esta acción se consigue una sentencia judicial declarativa que reconozca el vínculo de la filiación. Los citados artículos inciden en la existencia o no de posesión de estado²¹, lo que denota la cierta importancia otorgada por nuestro ordenamiento a la *verdad social*²². En virtud del art. 133 del Código Civil, la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida.

20 “*la determinación judicial de la filiación puede originar determinadas singularidades en la relación paterno-filial en tanto que el progenitor puede verse privado de determinados derechos con relación al hijo, pero subsistiendo sus obligaciones*” - PUIG BLANES, Francisco de Paula; PÉREZ BORRAT, María Luisa; SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad*, en “*Práctica de los Procesos Jurisdiccionales (Civitas). Proceso Civil*”. Aranzadi, 2012..

21 La “*posesión de estado*” es una posesión notoria del estado civil que queda recogida en el artículo 113 del Código Civil y actúa como título de legitimación subsidiario de la filiación (es decir, como prueba de su existencia). No obstante, al tratarse de un título atributivo del estado civil, ha de ser homologada judicialmente, no bastando su apreciación de facto – GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa; HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel; LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MONJE BALSAMEDA, Óscar; URRUTIA BADIOLA, Andrés. *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno III. Las relaciones paterno-filiales: filiación, tutela, guarda, adopción y alimentos entre parientes*. Dykinson, 2012.

22 PUIG BLANES et. al. (2012).

b) Acciones de impugnación de la filiación, según los artículos 136 y ss. La legitimación activa para su ejercicio corresponde a la madre, el padre y el hijo. Mediante su ejercicio es posible determinar la inexistencia de la relación de filiación inscrita en el Registro Civil²³.

c) Acción mixta de impugnación de filiación contradictoria, ejercitándose de forma simultánea la acción de determinación de la paternidad/maternidad y otra acción de impugnación de la filiación, según el propio dictado del artículo 134 CC. Esta acumulación de acciones está permitida expresamente también en la jurisprudencia (SSTS 5 noviembre 1987 y 23 febrero 1990, entre otras). Autorizada doctrina opina que la acción de impugnación se halla sometida a la de reclamación (dice algo así como que la impugnación está sometida a la declaración de una nueva filiación reconocida), dado que la impugnación es paso previo para la declaración judicial de la paternidad.

Por ello, se entiende que cuando se ejercitan acumuladas los requisitos procesales propios de la acción de impugnación no son de aplicación,

23 El plazo de ejercicio de esta acción es de un año tras la inscripción de la filiación en el Registro Civil, aunque dicho plazo no correrá mientras el padre ignore el nacimiento. Además, si fallece sin saber del nacimiento, el plazo tendrá su *dies a quo* el día que se conozca el nacimiento por parte del heredero. En el caso de que conozca el nacimiento pero desconozca su paternidad biológica, el plazo computará desde que lo conociera tal hecho. Si la acción es ejercitada por el hijo, deberá realizarse al año de la inscripción, aunque si es menor de edad este plazo comenzará a contar desde su mayoría de edad o capacidad suficiente. También pueden representar al hijo menor de edad o incapaz quien detente su patria potestad, representante legal o el Ministerio Fiscal, quien intercede por motivo de orden público. El inicio del plazo de un año para el caso del hijo está condicionado -igual que el padre- al conocimiento de la situación por parte de éste. Por otra parte, el artículo 140 CC establece que, en casos de ausencia de posesión de estado, la filiación podrá ser impugnada por quienes perjudique (fundamentalmente es ejercitada por herederos forzosos que se ven perjudicados por el reconocimiento). Por otra parte, resulta muy interesante la STS 5107/2014 de 3 de diciembre, que repasa las líneas jurisprudenciales sobre la legitimación para la acción y sus plazos. También es pertinente recordar que según las SSTS 24 junio 1996 y 2 octubre 2000, y el Pleno del TC de 27 de octubre de 2005, es inconstitucional impedir al progenitor no matrimonial la reclamación de filiación en los casos de inexistencia de la posesión de estado.

La STS 530/2012 de 19 de julio (RJ 2012\8365) determina que la fecha del documento conociendo el resultado biológico de la paternidad es el *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de impugnación de la filiación no matrimonial, a falta de otra prueba segura sobre el momento en que cesó el vicio de la voluntad sobre el reconocimiento hecho.

Por otra parte, ha de traerse a colación la STEDH, caso "Mizzi Malta" de 12 de enero de 2006 (TEDH 2006\4), que estimaba que existía injerencia de los poderes públicos en los casos de inadmisión de la acción de impugnación de reconocimiento de paternidad por incumplimiento de plazos, ya que se trataría de una legislación que justifica la diferencia de trato entre marido y mujer en cuanto al plazo para impugnar la maternidad.

Además, debemos citar la curiosa especialidad procesal que determinó la STS 208/2012 de 11 de abril (RJ 2012\5745), al establecer que, en el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación por parte del hijo (como parte actora), a los efectos de la LEC no es necesario demandar a la madre en litisconsorcio pasivo necesario si ésta interviene como testigo en el pleito manifestando su afirmación sobre la paternidad del padre biológico. Por otra parte, aprovechando que tratamos sobre el litisconsorcio pasivo necesario, ha de tenerse en cuenta que, en las acciones de filiación procederá a su desestimación inmediata cuando no haya sido demandado quien figura como padre en el Registro Civil (SAP Barcelona 638/2009 de 30 de noviembre, JUR 2010\76969).

sustentándose por los requisitos de legitimación y capacidad propios de la acción de reclamación²⁴.

PRESUPUESTOS LEGALES BÁSICOS DE LA ACCIÓN DE FILIACIÓN

La acción de filiación tiene su fundamento básico en la libre investigación de la paternidad y maternidad establecida por el artículo 767.2 de la LEC. En su ejercicio es posible la práctica de toda clase de pruebas, incluyendo las biológicas.

Como hemos citado, existe en juego un interés que van más allá de la voluntad de las partes (se trata de una acción indisponible, por mor del dictado del art. 751 LEC²⁵), lo que implica la toma de ciertas cautelas, como la exigencia de un principio de prueba para la admisión de la demanda (767.1 LEC) que actúa como mecanismo de control de la viabilidad procesal.

El tribunal adquiere mayor poder de investigación y de actuación de oficio (752 LEC) por la existencia de interés público, lo que supone una flexibilización del principio de aportación de parte para la prueba de los hechos, así como la comunicación de oficio de las filiaciones declaradas al Registro Civil cuando sean contradictorias (art. 755 LEC).

Es un sistema que otorga protección a los hijos y bienes, permitiendo la adopción de medidas de protección (768 LEC), así como mediante la protección otorgada por el Ministerio Fiscal como garante del interés público y del menor (749 LEC). Cuando la publicidad del acto judicial pueda afectar a intereses superiores o al del propio menor (si lo fuera), es posible la práctica reservada de los actos judiciales, que se acordará de oficio o a instancia de parte mediante providencia al inicio o antes de la vista (art. 754 LEC).

EFFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Según el artículo 112 CC, *“la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad*

24 Cfr. SSTS de 3 de junio de 1988, 20 de diciembre de 1991, 28 de noviembre de 1992, 16 de diciembre de 1994, 17 de marzo de 1995, 4 de abril de 1998, 19 de mayo de 1998; citadas en *Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación*. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. En “Tribunales de Justicia” Nº. 12. La Ley, 2000.

25 Por poner un ejemplo, en un caso de impugnación de un reconocimiento de complacencia, el TS se ha pronunciado en sentido negativo sobre la disponibilidad de la acción en casos donde quedaba al arbitrio del reconocedor (padre no biológico) establecer o no la relación con su hijo pese a la existencia de una relación aparente de paternidad: *“Constitucionalmente, el artículo 39.2 de la Constitución Española permite la investigación de la paternidad, lo que nadie discute, lo cual no se plantea en el presente caso en que se impugna una paternidad libre y conscientemente reconocida. Al tiempo, esta misma norma constitucional proclama la protección integral de los hijos y nada más contrario a dicho principio el que un reconocimiento quede al arbitrio de un reconocedor y de que mantenga las buenas relaciones con la madre de un hijo biológico de ella y reconocido por él”*. STS 5546/2011 4 julio 2011.

Igualmente, resulta interesante la SAP Islas Baleares 403/2009 de 25 noviembre (JUR 2010\36018), la cual determina que, en los procesos de filiación, la sentencia no puede basarse en el simple allanamiento del demandado al tratarse de una materia relativa al estado civil de las personas (orden público), absolutamente indisponible por las partes.

sea compatible con la naturaleza de aquellos y la Ley no dispusiere lo contrario. En todo caso conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada”.

Según el dictado del precitado artículo, los efectos de la filiación no tienen lugar desde su inscripción, sino desde que se produce el nacimiento. Lo que sí deriva de la constatación formal del nacimiento son los efectos derivados de ella. El mismo artículo está reconociendo la plena validez del padre que actúa en representación del menor al que posteriormente es atribuida una filiación distinta: ejemplo claro del padre que ejerció como tal, existiendo posesión de estado, y que posteriormente es relevado de esa posición en virtud de sentencia que determina la filiación²⁶.

No obstante, la cuestión sobre el valor de la verdad biológica frente a la verdad social no es pacífica en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, admitiéndose por lo general los reconocimientos de complacencia²⁷ a veces incluso por encima de la verdad biológica, lo que posteriormente se tratará en detalle.

Tras la declaración judicial reconociendo la filiación, es común encontrar pronunciamientos judiciales donde se hace referencia de manera abstracta inherencia de los efectos de la filiación. La identidad de trato entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, tras las mencionadas reformas, queda consagrada en el segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil: “*La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*”, por lo que retroactivamente se activan esos efectos.

Los efectos de la filiación tienen su proyección principalmente en los siguientes ámbitos:

- **Determinación de los apellidos** (art. 109 CC). Indistintamente del orden empleado, se tiene derecho a los apellidos de las líneas materna y paterna. La modificación de la pertinente inscripción registral respecto al nombre es inherente a la inscripción de la sentencia, ya sea declarativa o con efectos constitutivos. El artículo 111 CC establece una previsión para excluir a los padres de las funciones tuitivas sobre los hijos cuando haya sido condenado por el hecho que obedezca a la generación (relación sexual no consentida) o cuando la filiación se haya determinada con la oposición del progenitor. En estos casos, el hijo no ostentará el apellido del progenitor salvo si lo solicita expresamente²⁸.

26 *Ibidem*. GUTIÉRREZ BARRENGOA *et al.* (2012).

27 El reconocimiento de complacencia se traduce en la posibilidad de impugnar la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento, aun siendo de mera complacencia, por falta de correspondencia con la realidad biológica, con las condiciones de legitimación y de plazo para el ejercicio de la acción establecidas en el artículo 141 CC. Véase SAP Málaga 649/2011, de 13 diciembre. JUR 2012\209239.

28 DE CASTRO VITORES, Germán. *Filiación. Derecho Civil IV*. Universidad de Valladolid (Facultad de Derecho), 2003. Recurso electrónico: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/5637> (Consulta del 1 de febrero de 2016).

- **Derecho de alimentos** (art. 142 y ss. CC). Según autorizada jurisprudencia, el derecho de alimentos respecto al hijo conforma una subespecie cualificada del derecho de alimentos entre parientes que, en apreciación del artículo 148.1 CC, no se deben desde el momento en que nació la obligación, sino desde que se exigen judicialmente²⁹. Existe discusión sobre si la paternidad ocultada dolosamente genera un daño indemnizable para el alimentista, predominando la postura negativa a esa tesis³⁰.

- **Relaciones paterno-filiales** (art. 154 y ss. CC). Evidentemente se ve afectada la patria potestad y los deberes paternofiliales. Los padres quedarán obligados al cuidado de los hijos, así como a representarlos y administrar sus bienes (en los casos donde existe falta de capacidad), y a su vez establece las obligaciones propias del hijo (obediencia y contribución al núcleo familiar en función de sus posibilidades).

- **Derechos sucesorios** (art. 807 y ss. CC). Los efectos retroactivos de la filiación producirían una alteración de los derechos hereditarios (en el pasado y en el futuro). En el caso de los derechos hereditarios futuros no existe mayor problema que su incorporación como heredero forzoso (lo cual no suele ser un hecho exento de polémica al poder eliminar una expectativa de derecho del heredero anterior³¹). El art. 931 establece que “*los hijos y sus*

²⁹ Es decir, desde la interposición de la demanda. STS 1159/2012 de 27 de noviembre.

³⁰ Tanto respecto al daño moral como al enriquecimiento injusto, la jurisprudencia ha negado este derecho acogiéndose a que no constituye la violación de ningún deber legal. En principio, parece valorarse la existencia de dolo en la ocultación del matrimonio. Pese a que existen algunos pronunciamientos a favor de reconocer el daño moral (siempre que sea público y dañe la dignidad, STS de 22 julio de 1999 RJ 1999/5721). Por otra parte, la STS 30 julio 1999 RJ 19999/5726 ante una reclamación por daños morales y patrimoniales al descubrir la no paternidad, se negó de nuevo aludiéndose a que no existía norma legal que reconociera dicha consecuencia. Por otra parte, recientemente la STS 1933/2015 de 24 de abril negaba la acción de enriquecimiento injusto a un guardador de hecho, al entender que según el 304 CC “*los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*”, así como al no darse los requisitos esenciales de la figura del enriquecimiento injusto o pago de lo indebido. Se trae a colación también la STS 18 abril de 1913, que afirmaba que no puede “*obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida*”.

Vease NIETO ALONSO, Antonia: *El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida*, en “Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas”, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana. Dykinson, 2006.

³¹ Imaginemos el caso -no excesivamente extraño- de una persona que fallece *abintestato* con un único familiar colateral vivo y que, tras haberse adjudicado la herencia del causante a éste, aparece un nuevo hijo del causante que certifica mediante sentencia que es hijo biológico del fallecido. Excluyendo las particularidades propias de las herencias abiertas con anterioridad a 1978/1981 (e incluso dentro de dicho periodo), el familiar colateral se podría ver despojado de su expectativa hereditaria en favor del familiar más próximo (ex art. 921 CC), es decir, el hijo reconocido por sentencia judicial, debiendo compensar al nuevo heredero por la totalidad del montante obtenido. En el caso de que el único heredero fuera hijo y el nuevo heredero también (es decir, que ambos fueran coherederos en igualdad), el heredero aparente deberá compensar al nuevo heredero, que en caso de no existir testamento y en las condiciones descritas, haría que heredaran por partes iguales en virtud del ya citado artículo 921 CC.

En el caso de encontrarnos con una preterición del hijo reconocido por sentencia judicial en el testamento del causante, los efectos dependerán de si fue intencional o no. En este sentido, resulta esclarecedora la STS de

descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación”, lo que implica que la distribución se realizó de forma contraria a ley y debe ser compensada respetando las cuotas legitimarias (consideradas imperativas por razón de orden público). Por otra parte, en el caso de los efectos retroactivos es frecuente encontrarse con impedimentos por la otra parte, tales como la alegación de usucapión o la prescripción de la acción de petición de herencia³².

De cara al ejercicio de la acción de petición de herencia, debemos tener en cuenta que ante fallecimientos anteriores a la proclamación de la CE (1978) se ha

31-05-10 (ED 2010/92239), que reza lo siguiente: “*La preterición intencional y errónea. Viene regulada por el artículo 814 del Código civil, redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981 que produjo un cambio sustancial en su regulación. En todo caso exige la omisión de todos o alguno legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien y que le sobrevivan. La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así la distinguen las sentencias de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006). Los efectos son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, los legados. En todo caso, proclamada artículo 814 del Código civil la preterición de un legitimario no perjudica la legítima, como dice el artículo 813...*”

Del mismo modo, el art. 1.080 CC dice que la partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.

- 32 A fin de desvirtuar esta alegación, habrá de atenderse a los requisitos de la usucapión ordinaria y extraordinaria. Por ejemplo, la STS 10 octubre 1997 RJ 1977\3895 establece que la escritura de adjudicación de herencia no es un título hábil para la prescripción adquisitiva ordinaria, estableciéndose el *dies a quo* para su cómputo en el día en que el heredero aparente comenzó a poseer los bienes *animo suo* (con intención de hacerlos propios). Por otra parte, si ha transcurrido mucho tiempo, es posible que se alegue la usucapión extraordinaria, debiendo probar la posesión continuada y debiendo la otra parte desvirtuarla. Por otra parte, en relación al plazo de la acción de petición de herencia, existe pronunciamientos del TS que permiten y estiman (al menos *obiter dicta*, véase STS 733/2014 de 29 de abril, que determina en un caso que “*la acción de petición no estaba prescrita, pues el plazo de prescripción debía computarse desde la declaración judicial de reconocimiento de la referida filiación*”), que la acción de petición de herencia está sometida al plazo general de 30 años (como las acciones reales) por su naturaleza *sui generis* pero eminentemente real (1963 CC). La STS de 27 noviembre 92 (ED 1992/11755) dice textualmente que “*la acción relativa a la petición de herencia es una acción de carácter real, en base al carácter universal de la misma, o lo que es lo mismo, en la consideración de la petición de herencia como una vindicatio hereditatis, por lo que debe entenderse que es una acción de naturaleza real, que debe estimarse referida su prescripción al plazo de treinta años, previsto en el artículo 1.963 del Código Civil*”. El TS ha perfilado que, como el artículo dice que el día inicial de cómputo de plazo coincide con el día desde el que se pudo ejercitar la acción, al no poder ejercitar el derecho hereditario hasta la determinación de la filiación, dicho derecho no pudo ejercitarse hasta ser reconocido como hijo y, por tanto, como heredero forzoso. Resulta interesantísima la STS 10 octubre 1977 RJ 1977/3895, que viene a establecer la imprescriptibilidad de la acción cuando existe imposibilidad de conocer la acción y sus efectos, dado que la prescripción está supeditada a que no existan de por medio negocios nulos: “*no estando por tanto en condiciones de poder ejercitar normal y eficazmente acción de petición de herencia de su padre poderdante, desde el momento en que un derecho no está en condiciones de ser reclamado en tanto no se conozca su existencia, contenido, alcance y efectos... no posibilidad de prescripción de toda acción, y entre ellas la petición de herencia, en tanto el comienzo del plazo para prescribir se encuentre supeditado a que desaparezcan las apariencias de legalidad y validez producidas por actos o negocios jurídicos que, de no ser adecuados en derecho, generen nulidad radical, absoluta y de pleno derecho, toda vez que siendo tal clase de ineficacia perpetua e insubsanable, por serlo «in radice», es imprescriptible, conforme al principio «contra non valentem agere non currit prescriptio», sin admisión de prescripción sanatoria, como tiene reconocido este Tribunal en SS. de 6 mayo 1909, 10 abril 1933 (RJ 1933\1613) y 19 enero 1950 (RJ 1950\29), entre otras, con la consiguiente repercusión de comunicación y trascendencia a toda acción que tenga relación con esa secuencia de ineficacia*”. Por todo ello, entendemos que tanto si existen negocios nulos en perjuicio de la herencia como si el actor no puede ejercitar la acción, la acción de petición de herencia no prescribe. Por otra parte, existe jurisprudencia que reconoce a la sentencia como “*nuevo y verdadero título, con efectos en Derecho propios e inherentes a la misma*” (TS 8639/2007; SSTS 19 febrero 1982, 15 diciembre 1908, 22 abril 1915, 7 julio 1921) debiéndose tener en cuenta que la

determinado que será de aplicación la legislación anterior: por lo tanto, para obtener caudal hereditario habrá de demostrarse que se concurre en alguna de las causas establecidas en el antiguo CC, tales como el reconocimiento tácito por continua posesión de estado.

De cara a la obtención y aseguramiento de la cuota hereditaria que corresponda, traemos a colación la posibilidad de solicitar medidas cautelares (de aseguramiento de prueba y anotaciones de demanda) a fin de evitar, por ejemplo, la distracción de bienes hereditarios, los negocios fraudulentos (simulación absoluta o relativa de compraventas, por ejemplo), disposición gratuita de bienes, etc. Ello se puede realizar mediante otrosí en la demanda, solicitando tales medidas y, por supuesto, clarificando el *fumus bonis iuris*, el *periculum in mora* y la acreditación de que la situación no ha sido mantenida en el tiempo.

No obstante, si se me permite una apreciación personal³³, entiendo que las medidas cautelares no están suficientemente justificadas en un pleito de filiación, estando más bien encaminadas a la acción de petición de herencia posterior e inherente a la condición de hijo (tras ser reconocido). En la acción de petición de herencia, al amparo del art. 806 CC, podríamos entender que la legítima es de naturaleza real, siendo posible la anotación de la demanda al existir un litigio sobre su propiedad, como así permite el artículo 42 de la LH.

prescripción de las acciones derivadas de sentencia comienzan desde su firmeza (1971 CC). Ello también ha sido reconocida en jurisprudencia menor: Cfr. SAP Granada de 17 julio 2009 (ED 2009/267217). Así las cosas, parece lógico interpretar que la declaración de filiación "*con todos los efectos inherentes a la misma*" despliega su potencial tras la firmeza de la sentencia de filiación, sirviendo dicho día de firmeza como *dies a quo* para el ejercicio de la acción.

33 Nota: Mi experiencia profesional me ha demostrado que los tribunales son reticentes a la adopción de medidas cautelares en el procedimiento de filiación, salvo si existen indicios muy claros de que se está produciendo el alzamiento.

LA PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA EN LA FILIACIÓN

"En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas" (767.2 LEC)

La importancia de la prueba

Nuestro TS ha sido muy concreto en que, en la acción de filiación, lo que prima ante todo es encontrar la "verdad material", es decir, la correspondencia entre la verdad biológica y la verdad jurídica que se desprende del artículo 39.2 CE³⁴.

La flexibilidad del proceso del que veníamos hablando precisamente tiene claro reflejo en esta situación, donde se introduce el principio de libertad de prueba en los procedimientos de filiación con el objeto de hacer efectiva la investigación y determinación de la verdad material. Ello tiene claro fundamento en el dictado del artículo 767.2 de la LEC, el cual permite la investigación de la paternidad "*mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas*".

Esa libertad y flexibilidad a la hora de probar la filiación implica:

1. Que no existen supuestos de filiación excluidos de la investigación judicial.
2. Que todos los hechos se atienen a lo que se denomina "verdad real".
3. Que la regla sobre el reparto de la carga probatoria ha de aplicarse con flexibilidad, atendiendo a criterios como la disponibilidad probatoria o el *favor filii*³⁵.

Esa apertura nos hace pensar en la ingente cantidad de documentos que pueden dar fe de relaciones entre las personas, testimonios y, en definitiva, signos aparentes de la existencia del hecho biológico. Además de las pruebas directas, podemos recurrir para encuadrar la situación a la presunción y el indicio para hacer creíble la existencia de un vínculo paternofamiliar.

Las imposibilidades pretéritas de tener fiabilidad de los hechos y la necesidad de su demostración por parte de quien esgrime la acción han hecho que demandas de filiación fundadas sean inadmitidas, pese a la influencia del *favor probationes*. En palabras de MUÑOZ SABATÉ, "*la prueba, entendida como medio, tiene y seguirá*

³⁴ SSTS 30 junio 1998, 5 y 8 mayo 1989, 24 octubre 1998.

³⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián. *Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales*, en "Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. I". 1996 (Aranzadi).

teniendo sus 'momentos estelares'. Los que presionaron una declaración de paternidad, por ejemplo, en el año 1980 tal vez no pudieron demostrarlo. De haber ejercitado la acción en 1995 lo habrían logrado gracias al ADN³⁶". En este mismo sentido, véase SAP Albacete 204/2009 de 23 diciembre (JUR 2010\67846)³⁷.

El mismo autor, a la hora de definir la actividad probática en el ámbito praxiológico, nombra cinco pautas de conducta esenciales para la obtención y tratamiento de la prueba que pasamos a analizar brevemente desde la óptica del proceso de filiación:

- **Exposición fáctica del caso por el cliente.** Suministro de datos orales (testimonios, historia, detalles muy concretos de sus relaciones familiares, etc.), documentos (certificaciones de nacimiento, libro de familia, etc.). Todo ello debe ser corroborado con interrogatorio por parte del letrado. En ese momento, tanto letrado como cliente deben desarrollar en la práctica una actividad heurística para el conocimiento de los hechos y, posteriormente, deberá centrarse en una actividad de plasmación de las circunstancias fácticas en un soporte probatorio óptimo para su incorporación al proceso, conforme a los requisitos legales de admisibilidad.
- **Centraje del thema probandi.** Desarrollo de un acercamiento a los hechos decisivos para la litis. Deberíamos pensar tanto en derecho procesal (requisitos procedimentales de admisión, principio de prueba, solicitud de práctica de prueba al Tribunal...) como en sustantivo (valor probatorio de las pruebas que poseemos, necesidad de obtener otras, suficiencia de indicios para la demostración del hecho biológico, valor de la negativa del demandado al sometimiento a pruebas de ADN...)
- **Reflexión crítica sobre los materiales.** Una vez analizados los requisitos legales oportunos, es necesario observar los materiales para poder generar una estrategia propia para nuestras pretensiones. MUÑOZ SABATÉ hace referencia en su libro a la ayuda que proporciona ante bloqueos técnicas como el "brainstorming", el análisis pormenorizado de la "huella" del hecho y la lectura de novelas de investigación policial.
- **Demostración empírica y argumentación retórica.** En el acto del juicio, se practicará la prueba y, en la fase de conclusiones, se realizará una exposición de los argumentos esgrimidos a la luz de las actuaciones realizadas en sede judicial. En los casos de filiación, no debemos olvidar remarcar pruebas endoprocesales tales como la negativa del demandado, así como por ej. La actitud dolosa del hermano demandado por su medio-hermano, que exhuma e incinera los restos paternos para evitar la prueba de ADN.
- **No relegar el conocimiento técnico o científico únicamente a la prueba pericial.** El letrado debe documentarse del tema tratado, atendiendo a sus

36 Íbidem. MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Curso de probática...* (2009).

37 La citada sentencia determina que el hecho de que la ciencia genética pueda en la actualidad determinar con certeza casi absoluta una filiación no puede ser argumento para reabrir filiaciones ya declaradas por sentencia firme, lo cual se conecta con la *cosa juzgada* que producen las sentencias de filiación.

particularidades. Según el citado autor, el letrado debe adentrarse más allá de lo que apoya su tesis, a fin de adquirir verdaderamente conocimiento científico y no retazos de información que serán fácilmente desvirtuables en juicio y ante los que el letrado no podrá actuar por no conocer la materia completa.

El principio de prueba

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

Art. 767.1 LEC

El vigente artículo 767.1 LEC determina la necesidad de presentar un principio de prueba de los hechos en que se funda la demanda de filiación como requisito para que ésta sea admitida a trámite. Se trata de un requisito legal inexcusable, cuyo fundamento es (según la mayoría de los autores) ni más ni menos que la picaresca humana.

La experiencia demostró que, en otros países en los que se permitía la libre investigación de la paternidad, existían numerosos litigios presentados por parte de “*personas desaprensivas*” (que no dudaban en utilizar el chantaje y la amenaza), por lo que para evitar una aluvión de demandas poco fundadas y que pudieran perturbar a otras personas (principalmente, de cara a la paz familiar, la integridad física y familiar, etc.) se establece un control previo para su admisibilidad para hacer ver que se trata de una propuesta seria³⁸.

La STS 28 mayo 1997 corrobora igualmente que, como contrapunto a la libre investigación de la paternidad, han de existir limitaciones para evitar posibles abusos de derecho.

Debemos tener claro que un principio de prueba no es una prueba en sí. Según el AAP Vizcaya 7 febrero 2013, el principio de prueba ya permite al Juez determinar, si es suficiente, el contexto de la acción esgrimida, permitiendo dislumbrar una línea de verosimilitud mínima de la que puede derivar la declaración de paternidad, pero la verdadera prueba para la determinación de la filiación se presentará en el pleito.

Es un mero indicio, que no crea convicción plena, pero que da a entender que existe cierta posibilidad de éxito en la acción, pudiendo consistir en cualquier tipo de prueba que acredite un indicio racional de veracidad de los hechos que se vuelcan en la demanda, así como los hechos que dan pie a la demanda.

El precepto en cuestión no determina cómo debe ser dicha prueba: lo que queda claro es que basta incluso el simple ofrecimiento de practicar pruebas en el futuro, siempre que vaya acompañado de suficientes indicios que acrediten la veracidad de la demanda.

³⁸ LUCES GIL, Francisco. *Exposición sintética del nuevo régimen de filiación (Conclusión)*. Ministerio de Justicia, 1981. Véase también *opere citato* GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO (2013).

Este principio de prueba no sólo legitima el inicio del procedimiento, sino que le da al Juez la suficiente confianza como para practicar la prueba biológica que, como veremos más adelante, pone en cierto riesgo algunos derechos fundamentales.

La jurisprudencia del TS ha considerado suficiente “*el ofrecimiento de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado*”, pero en palabras del mismo Tribunal, “*esta doctrina no puede ser interpretada literalmente, ya que, en todas las ocasiones en que se ha aplicado, esta afirmación se ha puesto en relación con la razonabilidad del relato de hechos que se contienen en la demanda*”³⁹

Según el auto anteriormente citado, se han considerado por el TS principio de prueba suficiente los siguientes:

- Informe biológico de parte.
- Fotografías en las que aparezca el demandado en circunstancia o actitud que permitan inferir como probable la realidad de vínculos amorosos.
- Fotografías con el niño recién nacido o de poca edad con el demandado.
- Fotografías del niño con la familia del demandado.
- Fotografías dedicadas.
- Declaraciones testificales sobre la convivencia de las partes, junto a fotografías.
- Documentos varios que acrediten la relación de convivencia (como por ejemplo, el contrato de arrendamiento de vivienda, o el certificado de empadronamiento conjunto).
- Diarios⁴⁰.
- Cartas⁴¹.
- E-mails transcritos.
- Certificaciones registrales de nacimiento.

39 ATS 1/2014 de 28 de enero de 2015. Continúa el Alto Tribunal explicando que “*una demanda donde no se den datos precisos sobre la existencia de relaciones sexuales entre la madre biológica y el presunto padre y otras circunstancias comunes de la relación entre ambos no podrá ser admitida con la escueta alegación de que en el periodo de prueba quedará acreditada la filiación paterna tras practicarse las pruebas que se anuncien por otrosí en la demanda*”

40 STS 21 diciembre de 1989

41 STS 3 septiembre de 1996

- Nóminas y facturas que acrediten la convivencia.
- Actas notariales de manifestaciones de personas que conozcan la relación⁴².
- Declaraciones de testigos en documento privado. Según el TS, ambas conservan su validez para la determinación del principio de prueba⁴³.
- Fotografías actuales (o no) que evidencien el parecido físico o características hereditarias concretas. En muchos casos, el parecido físico es tan extremadamente evidente que es perfectamente aceptable como indicio, bajo el sometimiento de la sana crítica del Tribunal⁴⁴.
- Cualquier dato que evidencie una relación entre demandado-madre o demandado-hijo⁴⁵.
- Cartas certificadas intercambiadas entre las partes en la actualidad, especialmente si se ha ofrecido por el demandado algún tipo de acuerdo transaccional (independientemente de la indisponibilidad de la acción), lo que implicaría la aceptación tácita del hecho biológico y de la pretensión de la actora.

Si la demanda no presenta pruebas suficientes, el Juez debe rechazarla inmediatamente o, en su caso, admitirla para requerir lo antes posible al demandante para que aporte el requisito legal de admisión.

Una parte de la doctrina parece vislumbrar la existencia de un problema de orden constitucional en el requisito de la prueba, ya que impide la su práctica en los Tribunales: máxime cuando, a día de hoy, contamos con pruebas tan contundentes en su significación y fiabilidad como la de ADN⁴⁶.

Para concluir, debemos tener en cuenta que la fuerza probatoria del principio de prueba – entendido como presupuesto de admisibilidad de la demanda – no es la misma que la de una prueba plena. Se debe tratar simplemente de otorgar un matiz de seriedad a la demanda, que otorgue indicios racionales que justifiquen mínima y razonablemente la credibilidad de la pretensión esgrimida (*semiplena probatio*⁴⁷).

42 Cfr STS 4 mayo 1999. Suelen ser comunes en los pleitos de filiación encontrar actas de manifestaciones de alcaldes, personajes públicos de pueblos y ciudades, o simplemente vecinos que conocieran de la relación habida (a efectos de probar la filiación) o el trato como hijo (para la convalidación judicial de la posesión de estado).

43 SSTS 19 enero 1990 y 5 octubre 1999

44 Cfr. STS 14 noviembre 1988

45 SSTS 21 diciembre 1989 y 29 abril 1994

46 CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo V. Tecnos, 2000.

47 Cfr. SAP Málaga 298/2009 de 13 de mayo.

La oferta de practicar prueba

El requisito del principio de prueba, según consolidada jurisprudencia, queda cumplido si en la demanda consta la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento procesal oportuno. Basta que se denote suficiente razonabilidad en la pretensión y quede identificada el tipo de prueba a practicar.

Debemos entender que, conforme al artículo 767.2 LEC, en los juicios sobre filiación son admisibles todo tipo de pruebas. Por todo ello, parece correcto interesar la práctica de la prueba de ADN antes del acto del juicio, así como dejando identificados a los testigos que acudirán al mismo. Mientras las pruebas no se ofrezcan en abstracto ni sean irrazonables, procede la admisión de la demanda.

Los Tribunales⁴⁸ han determinado que *“es doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica que, respecto del citado principio de prueba exigido por los preceptos antedichos, cabe sostener una interpretación espiritualizada, pues 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 llevar a cabo un control de la razonabilidad de la demanda. [...] Desde esta perspectiva ha de propugnarse, como más concorde con el dictado de nuestra Carta Magna, una interpretación del principio de prueba que no convierta en elemento formal de rechazo la falta de incorporación de un escrito que contenga el mentado principio de prueba a la demanda, bastando con que se presente o muestre (mostrar es sinónimo de presentar) con la demanda, (no necesariamente en escrito aparte), o sea en el cuerpo de su escrito, referencias concretas a medios de prueba a practicar, que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda (Sentencias de 19 de enero de 1990, 20 de octubre de 1993, 4 de mayo de 1999, 28 de diciembre de 2001 y 13 de junio de 2002 , entre otras muchas). Y se añade que no puede confundirse el principio de prueba exigido por el artículo 127 (hoy 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL2000/77463) para la admisión de la demanda con la que ha de realizarse en el curso del proceso para obtener una sentencia favorable. Basta para que el Juez admita a trámite la demanda que del propio contexto o contenido de ella se aprecie una mínima línea de razonabilidad o verosimilitud de la que derivar la atribución de la paternidad, sometida siempre al resultado de la prueba a practicar en el proceso (Sentencias de 3 de diciembre de 1991, 28 de mayo de 1994 y 18 de mayo de 2000)”. En el mismo sentido, véase SSTS 3 octubre 1998, 16 enero y 22 marzo 1999, Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado.*

Límites a posteriores acciones tras sentencia firme

“Los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme.

⁴⁸ Nos basamos en el análisis de la jurisprudencia del TS por el AAP Madrid 13-04-10 (ED 2010/107638). Véase también AAP Madrid 16 marzo 2010 y 7 julio 2009

Si la existencia de dicha sentencia firme se acreditare una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá de plano al archivo de éste”.

(Art. 764.2 LEC)

Ha de tenerse en cuenta la importancia decisiva del artículo 764.2 de la LEC, habida cuenta de la contundencia de la cosa juzgada a la hora de pretender impugnar o imponer una filiación contradictoria respecto a una filiación declarada por sentencia judicial firme: límite que cercena toda posibilidad de ejercicio de posteriores acciones y que se establece como requisito de admisibilidad de la demanda (al inicio del procedimiento) o que comporta su posterior pero inmediato archivo (si existe conocimiento sobrevenido).

La ya citada SAP Albacete 204/2009 de 23 de diciembre denegaba la intención de revisar una sentencia firme de filiación que no determinó la su existencia por ausencia de pruebas. La actora pretendía, bajo el pretexto de que los nuevos medios de análisis de ADN permiten una certeza prácticamente absoluta de la filiación, que la sentencia fuera revisada y se declarara la paternidad del demandado.

Onus probandi: la disponibilidad y facilidad probatoria.

“Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.” (art. 217.7 LEC)

Ante los órganos judiciales es pertinente exigir la realización de la práctica de toda prueba encaminada a descubrir la verdad material, abandonando las rígidas interpretaciones formalistas respecto a la carga de la prueba.

La LEC establece en el artículo 217 (antiguo 1214 CC) el principio general de que corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos y al demandado la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. No obstante, debemos reseñar el apartado séptimo del mismo, el cual hace tener en cuenta al Juez o Tribunal la disponibilidad y facilidad probatoria.

Nos encontramos ante un proceso flexible que se aleja de las interpretaciones rígidas respecto a la carga de la prueba, por lo que resulta pertinente la aplicación de este principio, especialmente de cara al principio de prueba.

Debe tenerse presente que la mayoría de la prueba va a estar, en la inmensa mayoría de los casos, en manos del contrario. Por eso debemos aludir al principio de facilidad y disponibilidad probatoria del art. 217.7 LEC, de forma que la carga de la prueba recaiga sobre quien tenga mayor facilidad para probar un hecho.

La SAP de Castellón 347/2003 12 diciembre llama a este principio “*teoría de la proximidad al objeto de la prueba*”, en virtud del cual “*a cada parte, sea demandante o demandada, le es exigible en la demostración de los hechos en que apoya su postura la diligencia razonable a su propia cercanía a los mismos, o a la facilidad que pueda tener su acreditación*”.

Las alegaciones de indicios suele invertir esta carga probatoria, debiendo entonces el demandado desvirtuar su sentido. La negativa a mostrar un documento tendrá consecuencias negativas, tales como que se tengan por válidas las copias simples o que se tengan por ciertos los hechos que se trataban de probar⁴⁹.

Algunos autores han entendido que es ilógico exigir a una parte procesal una prueba formal de ciertos hechos (el hecho biológico que subyace a la paternidad) imponiéndole a la actora la consecuencia negativa de la acción por falta de prueba, cuando por la naturaleza del asunto (dado que las relaciones sexuales suelen ser un hecho alejado de miradas ajenas, además del halo de misterio que envuelve este tipo de casos) es necesaria una prueba biológica para cuya práctica requerimos de la colaboración del demandado⁵⁰.

Ejemplo de esta práctica la encontramos en la STC 7/1994, que en la proyección de la negativa a sometimiento a la prueba de ADN entiende que “*No es lícito, desde la perspectiva de los arts. 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*”.

Según reiterada jurisprudencia del TC (SSTC 98/1987, 14/1991) los tribunales no pueden exigir pruebas imposibles o diabólicas, dado que ello conllevaría la existencia de indefensión que vulneraría el artículo 24.1 de la Constitución Española. Los intereses esgrimidos decaerían al no existir medios probatorios suficientes para la defensa, y supondría un obstáculo ad extra para la ya suficientemente difícil tarea de probar hechos siendo parte actora.

Según FERNÁNDEZ LÓPEZ, a fin de evitar la aplicación indiscriminada y arbitraria de este principio (lo cual supone “un foco de inseguridad jurídica para las partes”) esa mejor posición para probar ha de ser muy clara y justificada por el órgano judicial. Estima igualmente la conveniencia de que, ante la apreciación por parte del Tribunal de una insuficiencia probatoria, se advierta a la parte de las consecuencias de la falta de colaboración⁵¹.

El principal problema que tendremos en la práctica de la prueba es la ausencia de colaboración del demandado, lo cual puede afectar seriamente a derechos fundamentales. La necesidad de contar con su colaboración puede

49 Cfr. 329 LEC, el cual resulta tajante al respecto.

50 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales*, en “Revista del Poder Judicial”. CGPJ (1992).

51 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. 2006 (La Ley)

ocasionar conflictos de derechos, pero podemos concluir en que el dictado del artículo 217.7 LEC puede ayudar a la actora en situaciones de esta índole⁵².

52 GARCÍA POVEDA, Carmen. *La prueba biológica y la carga de la prueba en los procesos de filiación*, en "Lo Canyeret. Revista del Colegio de Abogados de Lleida". Núm. 35, Diciembre 2003. Col·legi d'Advocats de Lleida, 2003.

LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FILIACIÓN

Pruebas de carácter general admitidas en derecho

Como ya hemos citado, el proceso de filiación se halla comprendido en el Título I y III del Libro IV de la LEC (rubricado “de los procesos especiales”), sustanciándose al amparo del art. 748.2º mediante juicio verbal, con las especialidades en materia de procedimiento (como por ejemplo la intervención del Ministerio Fiscal ex art. 749) y prueba.

El dictado del artículo 767.3 de la LEC permite la utilización de pruebas indirectas, o declarar la filiación por la existencia de reconocimiento expreso o tácito, o de la posesión de estado, convivencia con la madre durante la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo. Este artículo prácticamente nos permite utilizar cualquier medio de prueba para corroborar el hecho biológico mediante comprobaciones de hechos aislados que, analizados en su totalidad, infieren la existencia del vínculo biológico.

Debe tenerse en cuenta que las relaciones humanas evolucionan con el paso del tiempo. En el contexto sociológico moderno que nos encontramos, ya no nos interesa tanto encontrar una “prueba del noviazgo”, sino más bien una prueba de la relación sexual. El TS se ha pronunciado en este sentido, en la sentencia 601/2004 de 25 de junio: *“si efectivamente no se demostró que entre los litigantes hubieran mediado relaciones de noviazgo [...] ello no hace inevitable necesariamente que no hubieran mantenido relaciones sexuales, al predominar en estos tiempos las relaciones entre los jóvenes como de amigos sin proyección alguna hacia una futura unión matrimonial y así son frecuentes, por ser hecho notorio, que dichas relaciones en muchos casos no sean constantes y tengan lugar al margen de toda relación permanencial o cohabitación establecida”*.

Conforme a la finalidad del presente trabajo, vamos a proceder a analizar ejemplos de pruebas utilizadas en procedimientos de filiación, a fin de poder determinar sus características, requisitos legales y valor probatorio dentro del procedimiento.

- **Prueba documental**

- Direcciones e identificación de la familia del supuesto padre, si se conoce. Es posible una declaración del supuesto hijo dando información detallada que no conocería si no lo fuera.
- Certificados de defunción y certificados de últimas voluntades. Pueden llegar a arrojar datos muy significativos que serán de gran ayuda en la elaboración de la demanda.

- Recibos o facturas. La tenencia de facturas de mantenimiento, o recibos de ingresos bancarios pueden acreditar la existencia de un reconocimiento tácito por posesión de estado.
- Declaraciones juradas y actas de manifestaciones ante notario. V.gr. de personas que presenciaron el parto (matronas, médicos...), o que conozcan la relación habida, o conozcan del mismo hecho biológico, así como del embarazo habido. Igualmente, también es de utilidad las declaraciones de personas que conocieron de la ruptura o de las vicisitudes de la pareja (duración de la relación, detalles del noviazgo, etc.).
- Partida de nacimiento (con hueco en el nombre del padre, o nombre a meros efectos identificativos como indicio en el caso de hijo natural sin padre reconocido). Que supuesto padre y hijo tengan mismo nombre de pila es significativo, así como que se haya utilizado un nombre de tradición familiar (ej. nombre de los abuelos).
- Lugar de nacimiento. A veces coincide con la vivienda del padre extramatrimonial, lo cual es un poderoso indicio.
- Fotografías. A veces resulta muy gráfico y directo la comparación fotográfica de los rasgos la cara. También es usada para probar otros datos, como la convivencia o el trato padre-hijo (interesante a efectos de posesión de estado).

- ***Declaración de testigos***

La declaración de testigos conocedores de la relación es fundamental en los pleitos de filiación. Sin perjuicio de que dichas declaraciones hayan sido introducidas en el proceso mediante actas de manifestaciones o simples declaraciones juradas, es correcto llamar a éstas personas para que ratifiquen la manifestación y aporten otros datos significativos que sirvan de soporte válido a la pretensión.

Por ello, suele llamarse a testificar a conocedores de la relación, tales como amigos, familiares, médicos (y no únicamente quienes asistieron el parto), personal sanitario, profesores o docentes de los centros donde estudiaba, amigos de la infancia o simples conocedores de la relación existente.

- ***Pruebas endoprocerales***

Aunque no son pruebas en el más procesal de los sentidos, son actitudes que los Tribunales suelen dotar de significación en su valoración junto al resto de las demás pruebas⁵³. Su utilización debe incardinarse en la argumentación. A continuación citamos ejemplos de actitudes que nacen en el proceso y que surten efectos probatorios:

53 Íbidem. MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Curso de probática...* (2009)

- Negativas a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales (307 LEC). La negativa a declarar sin causa de justificación legal puede hacer considerar ciertos los hechos a que se refieran las preguntas.
- Negativa a la exhibición de documentos (329 LEC). Si la contraparte se niega a la exhibición del original del que tenemos copia, el Tribunal podrá tener por válida a la copia simple del solicitante. En caso de negativa injustificada, podrá el Tribunal requerir por providencia para que los documentos sean aportados al proceso cuando sea necesario y así lo requiera el pleito.

La actitud del demandado tras la interposición de la demanda es esencial en el procedimiento. No resulta extraño encontrarnos con actitudes encaminadas a la eliminación de posibles pruebas, realizando actitudes tales como, v.gr. Eliminar los restos biológicos del padre fallecido (exhumando e incinerando los restos cadavéricos) por parte del hijo legítimo para que el hijo extramatrimonial no pueda practicar la comprobación biológica mediante análisis de ADN. Este tipo de actuaciones vulneran evidentemente la buena fe y son tomadas en cuenta por parte del Tribunal a la hora de dictar el fallo.

En la contestación a la demanda debemos analizar si el demandado acepta tácitamente algunos datos al refutar otros (*admisión por implicación*, según MUÑOZ SABATÉ). De hecho, de una contestación a la demanda furibunda refutando datos detallados que expusimos en la demanda podemos extraer una admisión tácita de que los hechos que, como mínimo, ocurrieron.

Es fundamental establecer una coherencia lógica entre los hechos que vayan ocurriendo en el proceso y las pretensión que se defiende. La admisión del hecho no es una prueba propiamente, ni tampoco el *argumentum (praesumptio est minus quam indicium)*, pero puede tener una importancia decisiva.

Recuérdese que *módica circumstantia facti, ius variat*.

- **Especial referencia a la “prueba de detectives”**

En primer lugar, debemos aclarar que, como explica DE MADRID-DÁVILA⁵⁴, el término “*prueba de detectives*” no existe como tal. El autor entiende, analizando esta prueba desde los conceptos de “*investigación*” y “*prueba*” de MUÑOZ SABATÉ, que la actividad probatoria está dirigida en primer lugar a (1) localizar las fuentes de prueba donde permanecen las “*huellas*” del hecho, y el (2) cómo trasladar esas pruebas al proceso. Se alude a que “*investigar*” obliga a realizar actos como revisar los hechos acaecidos, localizar las huellas que permitan entender qué ha pasado o qué pasará, así como la reproducción/comunicación de tales hechos al juzgador en la forma conveniente.

54 DE MADRID-DÁVILA, Enrique. *La prueba de detectives no existe*. 15/2010, en “*Diario La Ley*, Nº. 7329. *Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio*”. 27 de enero. La Ley, 2010.

Según DE MADRID-DÁVILA, la confusión proviene de la interpretación del artículo 265.1.5º de la LEC, donde se permite la adición a la demanda de informes elaborados por profesionales de la investigación privada.

El autor reclama que el investigador, en primer lugar, debe analizar qué huellas ha dejado el acontecimiento de un suceso y luego, mediante estrategias de acceso a las fuentes de información, incorporarlas al proceso. Sugiere que, aunque el informe es documental, la información (*huella*) aportada no tiene por qué tener este formato: nada impide la enunciación de las pruebas obtenidas en el informe y, por otra parte, la aportación de éstas en la forma que fueran (en las formas que permite la LEC). La última palabra en la admisión de las pruebas la tendrá el Juez, quien las aceptará si según su sana crítica las considera pertinentes para el pleito.

Breve referencia a la prueba de presunciones en la filiación

La STS 28 noviembre 1986 determinó que la prueba de presunciones es, antes que un medio de prueba, un proceso lógico que se basa en los hechos notorios probados por parte del Juez.

El recurso a la presunción, en el caso de las filiaciones, no puede ser otro que el de facilitar la actividad probatoria a la parte actuante (*favor probationem*), especialmente en el caso de las filiaciones extramatrimoniales, donde la disponibilidad probatoria es compleja.

La existencia del hecho biológico de la concepción, por su naturaleza, no puede ser constatado por sí mismo, requiriendo la existencia de mecanismos de prueba que establezcan presupuestos facticos a los cuales son de aplicación los efectos de la filiación. Los mecanismos más usados son de naturaleza presuntiva (*iuris tantum*), tanto en la filiación matrimonial como en la extramatrimonial. Claro ejemplo sería que, ante la existencia de matrimonio entre cónyuges que tienen un hijo, la filiación de éste se considerará matrimonial. En el caso de la extramatrimonial, existe el mecanismo del reconocimiento.

De hecho, nuestro sistema se articula conforme al principio *mater semper certa est*⁵⁵, en virtud de la cual por la evidencia del embarazo, no puede impugnarse una maternidad: sin lugar a dudas dando a entender que en nuestro sistema prima la llamada *verdad real o biológica*⁵⁶. Esto ocurre así desde la adhesión de España en 1984 al Convenio N.º 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil de 12 de septiembre de 1962 sobre determinación de la filiación materna de los hijos no

55 Trad. "la madre siempre es conocida". *El principio "mater semper certa est" ¿a debate?* DUPLÁ MARÍN, María Teresa. En "Fundamenta Iuris: Terminología, Principios e Interpretatio". Ed. Universidad de Almería (2012).

56 Cfr. en este sentido la STS de 21 de septiembre de 1999 RJ 1999/6944, "la coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales".

matrimoniales⁵⁷. Por el contrario, con el padre se hace referencia a la figura del *pater est, quem nuptiae demonstrant*⁵⁸.

Por otra parte, en el caso de la determinación de la filiación matrimonial, nos encontramos en el CC distintos artículos que establecen una serie de presunciones que tratamos de resumir a continuación en unos puntos muy simples:

- Art. 116 CC. Se presume hijo del marido el nacido tras matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución matrimonial.
- Art. 117 CC. Si el padre no sabe y/o ni acepta que la que va a ser su mujer está embarazada y el hijo nace en los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio, el padre podrá impugnar su paternidad presumida.
- Art. 118 CC. Establece una ficción legal que, mediante consentimiento del matrimonio, permite inscribir como hijo matrimonial al que no lo es.
- Art. 119 CC. La filiación extramatrimonial se convertirá en matrimonial si, tras haber declarado la filiación extramatrimonial, los progenitores se casan.

57 NIETO ALONSO, Antonia. *El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción asistida humana*. Recurso electrónico: vlex.com/vid/prevalencia-verdad-biologica-superacion-376287 (consulta del 26 de enero de 2016).

58 Trad. “Es padre quien prueba el matrimonio” (con la madre). *Íbidem*, DUPLA MARÍN (2012).

LA PRUEBA BIOLÓGICA

“Iura sanguinis nullo iure civile dirimi possunt”⁵⁹
(Digesto – 50, 7, 8)

Verdad biológica

Decía DÍEZ DEL CORRAL RIVAS que la naturaleza jurídica de una institución como es el reconocimiento de hijos *“no debe constituir nunca un prius para resolver los casos prácticos de la realidad”*, dado que de ser así se produciría *“un alejamiento total de las realidades sociales, a un exceso de abstracción al margen del juego de intereses que intenta regular el Derecho”*.

Precisamente realiza una afirmación muy en la línea del brocardo latino del Digesto que hemos utilizado para abrir esta sección, diciendo que *“el camino adecuado es, naturalmente, el opuesto: examinadas esas realidades y esos intereses en pugna deben deducirse los efectos jurídicos dentro de las normas positivas y concepciones sociales vigentes”⁶⁰*.

La acción de determinación de la filiación es una constatación legal de la identidad de padre e hijo, atribuyéndose el marco jurídico a los padres (*status familiae*) y al hijo (*status filii*). Por todo ello, autores como GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO entienden que su naturaleza no es constitutiva, sino únicamente declarativa de un hecho natural, por lo que tiene eficacia retroactiva al momento del nacimiento siempre que la ley no disponga lo contrario⁶¹.

La seguridad jurídica (en rel. art. 9.3 CE) parece inclinarse por dotar de mayor fuerza a la prueba que determina que el hecho biológico de la procreación coincida con su calificación jurídica (su inscripción como hijo). El avance de la técnica en materia de análisis biológico ha permitido que dichos actos permitan la inscripción como hijo. No obstante, en ningún caso se halla desconectado de otros principios reconocidos en la Carta Magna, como así sucede con el *favor filii* (art. 39.2 CE) y la protección familiar (art. 39.1 CE). De hecho, la verdad biológica se ve condicionada por los principios mencionados anteriormente.

Pese a que nuestra Constitución reconoce que la paternidad se vertebra sobre el concepto de “verdad biológica” (art. 39.2 CE), nuestro sistema está plagado de presunciones y consecuencias jurídicas estandarizadas a fin de dar respuesta a problemáticas concretas y habituales en las relaciones paterno-filiales. Por ello

59 Trad. “Los derechos de sangre no pueden invalidarse por derecho civil alguno”.

60 DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. *El reconocimiento incidental de la paternidad natural*. En “Anuario de Derecho Civil de 1968”, Fascículo 3º. Ministerio de Justicia (Gobierno de España), 1968.

61 GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, Maricela. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Ed. Dykinson, 2013.

existen autores que entienden que no siempre la base biológica determina la filiación⁶², y que existen principios como el *favor filii* que siguen estando por encima de esa *verdad material* que persigue el ordenamiento⁶³.

La prueba biológica se entiende como un medio médico y/o biológico que trata de determinar la paternidad biológica de forma segura, lo cual es posible mediante la identificación de ambas personas y utilizando el estudio genético de uno y otro, los cuales son comparados. Estas pruebas tienen el carácter de periciales, y se basa en la concepción científica de que todos los caracteres humanos son transmisibles mediante los genes de padres a hijos, por lo que los hijos adquirirán caracteres genéticos de sus padres. Mediante el análisis de los polimorfismos genéticos es posible individualizar a una persona y compararla con otra⁶⁴.

Aunque en el presente trabajo nos centremos en la prueba biológica de paternidad mediante análisis de ADN, no podemos olvidar que existen otras pruebas biológicas que pueden dar lugar a la determinación de la filiación:

- *Pruebas médicas*: dirigidas principalmente al análisis andrológico de una teórica imposibilidad para procrear por el supuesto padre, o al análisis reconstructivo del momento fértil de mujer al momento de la concepción⁶⁵.
- *Pruebas heredo-biológicas*: mediante el análisis de rasgos antropomórficos heredados de padre a hijo según las reglas de Gregor MENDEL, ya sea mediante su apariencia externa o mediante exámenes serológicos⁶⁶.

Ante la determinación de la paternidad, nuestra jurisprudencia ha estimado que es necesario no solamente un informe biológico en el que se concluya la probabilidad de paternidad, sino que ha de acompañarse de la perfecta identificación de a quienes se les hace la prueba (SAP Barcelona 740/2009 de 23 de octubre, JUR 2009\488259).

62 GONZÁLEZ PEREZ DE CASTRO (2013) estima que en ciertos casos se prescinde de la base biológica, como ocurre en la adopción. De hecho, alega que existen casos donde la filiación biológica no coincide con la filiación jurídica (legal), y que precisamente por ello se permite, en beneficio del hijo, investigar la paternidad y declarar o impugnar su filiación en pos de la verdadera: procesos en los que la prueba biológica, según la autora, adquieren un papel decisivo en la demostración de la verdad material.

63 Ídem (GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, 2013). La autora establece que la investigación de la paternidad se encuentra sometida a que redunde en beneficio del interés superior de los hijos.

64 GARCÍA POVEDA, Carmen. *Las pruebas biológicas en los procesos de filiación tras la entrada en vigor de la Ley 1/ 2000*. En "Revista de Derecho vLex", N°. 13. (2004).

65 CORDERO CUTILLAS, Iciar. *Impugnación de la paternidad matrimonial*. en "Colección Estudios Jurídicos N°. 6". Universidad Jaume I de Castellón, 2002. Aunque éstas pruebas parezcan carentes de valor en comparación a, por ejemplo, una comparación de ADN, no es así: suelen ser pruebas muy habituales en las impugnaciones de filiación, especialmente a la hora de desvirtuar la presunción de paternidad de los 180 días.

66 STS 27 de junio 1987 acepta la prueba heredo-biológica (antropomórfica) pero le da una fiabilidad relativa. Sin embargo, en la misma sentencia, a la serológica le otorga una "*fiabilidad absoluta para descartar la paternidad y casi completa para acreditarla*".

También se ha entendido que, en materia de filiación, para probar la paternidad biológica (artículos 39.2 de la CE y artículos 127 y 135 del CC) la prueba biológica constituye una prueba directa, pero no completamente plena ni absoluta al deberse complementar con otras. No obstante, no se duda de su valor práctico de aproximación directa a la verdad material (SAP León 329/2010 de 8 de octubre, JUR 2010\409007; SAP León 168/2012 de 19 de abril, JUR 2012\158707; SAP Santa Cruz de Tenerife 171/2010 de 26 de abril, JUR 2011\10893; SAP Guipúzcoa 2254/2009 de 28 de julio; SAP Santa Cruz de Tenerife 515/2009 de 30 de noviembre, JUR 2010\77038).

Por otra parte, existe jurisprudencia que ha determinado (SAP Vizcaya 33/2011 de 27 de enero, JUR 2011\305280) que ante el ejercicio de acciones de investigación de la paternidad en un litigio, las partes tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas, ya que de lo contrario colocaría a la otra parte en una situación de absoluta indefensión.

Aspectos técnicos de la prueba de ADN

El ADN integra el núcleo de las células de nuestro organismo, y es idéntico en todas las existentes en cada cuerpo. Contiene la información genética que pasa generación tras generación, y es la base para la formación de nuevos organismos mediante la reproducción humana, ya que integra las instrucciones genéticas que permiten el funcionamiento y desarrollo de todos los seres vivos.

En organismos como el ser humano, el ADN es único, invariable durante toda la vida y presente en cada célula, por lo que resulta sencilla su obtención. Este ácido (desoxirribonucleico) presenta una inscripción (llamado genotipo) y una manifestación física externa (fenotipo).

El ADN de una persona está formado del ADN de sus progenitores, siendo el resultado de la mezcla genética que implica la previa unión de óvulo y espermatozoide⁶⁷. Su análisis comparativo es posible mediante el avance de la técnica, por lo que gracias a su fiabilidad es considerado una prueba demoledora en los pleitos de filiación.

Indistintamente de la clase de prueba de ADN aportada al proceso (ya sea de parte o acordada por el Juez para que sea practicada en un instituto forense independiente, como el Instituto de Medicina Legal o el Instituto Nacional de Toxicología), en ambas pruebas se toma una muestra biológica del supuesto hijo biológico y se compara con el ADN de quien se supone que lo engendró, mediante diversas técnicas.

En muchas ocasiones no es posible realizar la prueba de ADN con los progenitores: bien porque se encuentren en paradero desconocido, o bien porque hayan fallecido y sus restos estén muy deteriorados, por ejemplo. Ante estos casos suele realizarse con un familiar, culminando en resultados que no suelen ser suficientemente satisfactorios. En estos casos la prueba de ADN suele perder gran

⁶⁷ *Ibidem*. GARCÍA POVEDA (2014).

parte de su valor, para retener cierta carga indiciaria que se apreciará en conjunto con el resto de pruebas por el Juez. La prueba se materializa en un informe pericial biológico.

Los informes suelen tener dos partes: una primera analítica, donde se analiza la metodología empleada. La técnica más empleada suele ser la *reacción en cadena de la polimerasa (PCR)*, lo cual es perfectamente entendible al arrojar resultados claros y estar entre las más económicas del mercado. Esta técnica consiste en la amplificación del ADN para el estudio de ciertos marcadores, mediante la amplificación *in vitro* de un fragmento específico: para ello, se obliga a cierta región de ADN a replicarse una y otra vez⁶⁸. Existen otros métodos como la *repetición corta en tándem (short tandem repeats o STR)* igualmente válidos, pero con mayor complejidad técnica⁶⁹.

En esta primera parte también se analizará si puede excluirse o no la posible paternidad. Si la paternidad no es excluida, en la segunda parte examinará si la coincidencia de caracteres genéticos de hijo y supuesto padre se debe o no al azar. De esta forma se calcula la probabilidad de paternidad (la probabilidad que tiene el supuesto padre de serlo teniendo en cuenta los caracteres genéticos que comparte con el hijo en atención a la población general de referencia).

Para el cálculo de la probabilidad de paternidad existen diferentes planteamientos bioestadísticos, siendo el más extendido en la comunidad científica internacional el cálculo de la probabilidad positiva de paternidad utilizando ADN de hijo, madre y supuesto padre. Este método está basado en la *fórmula de Essen-Möller*, utilizada en la gran mayoría de los países desarrollados y, entre ellos, España.⁷⁰

El cálculo de la probabilidad de la paternidad (w)⁷¹, se obtiene sobre la base de dos variantes (X, Y):

$$W=(X/(X+Y))*100$$

Fórmula Essen-Möller

Siendo:

X = la frecuencia con que un determinado marcador genético que posee el hijo se encuentra en el verdadero padre

68 GARRIDO RAMOS, Manuel. *Reacción en cadena de la polimerasa (PCR)*. Recurso electrónico: <http://www.ugr.es/~mgarrido/PCR.htm> – Universidad de Granada, 2007. Consulta del 4 de enero de 2016.

69 MÜLLER, Sara; GÖLLNER-HEIBÜLT, Heike. Trad. PÉREZ-MACEIRA, Jorge J. *Huella genética: una mirada al interior*. Recurso electrónico: <http://www.scienceinschool.org/node/2916> – Science in School, 2012.

70 LERET, María Gabriela. *Derecho, biotecnología y bioética. Exposición y análisis de los principios y conceptos fundamentales para la comprensión de la bioética a la luz de la ciencia jurídica*. CEC, 2005.

71 Como puede observarse, se trata de una adaptación del Teorema de BAYES (casos probables / casos posibles).

Y = la frecuencia con que ese mismo marcador genético se halla en los restantes hombres (no padres) que forman parte de la población general.

El factor Y resulta de extrema importancia, y se debe calcular conforme a datos de la raza o población a la que pertenece el supuesto padre. El valor obtenido se convierte en un porcentaje con la multiplicación por 100, lo que indica la probabilidad porcentual de que el padre lo sea. La probabilidad final, en caso de ser padre, estará próxima al 99,99%, ya que el 100% supondría que el valor Y (frecuencia de que se de esa configuración genética en la población general) valiera cero, lo cual es imposible.

A la probabilidad numérica se le asocian, en palabras de LERET, “*predicados verbales*”: un enunciado contundente que da significación del porcentaje obtenido. En nuestros Tribunales es acogida ampliamente la Escala de Hummel, y suele ser la prueba determinante en los pleitos de filiación.

RESULTADO	SIGNIFICADO
$W > 99,73 \%$	Paternidad prácticamente probada
$99\% < W < 99,73 \%$	Elevada probabilidad de paternidad
$95\% < W < 99\%$	Paternidad muy probable
$90\% < W < 95\%$	Paternidad probable
$80\% < W < 90\%$	Indicios positivos de paternidad
$10\% < W < 80\%$	Paternidad dudosa
$5\% < W < 10\%$	Paternidad improbable
$1\% < W < 5\%$	Paternidad muy improbable
$0,27\% < W < 1\%$	Elevada improbabilidad de la paternidad
$0 < W < 0,27\%$	Paternidad prácticamente excluida

Escala de Predicados Verbales de Hummel

Nuestro TS establece que la paternidad es prácticamente segura y procede su declaración con una W superior o igual al 99,9%⁷². Tal como hemos mencionado en este trabajo, al no ser la prueba de ADN la única prueba determinante del procedimiento, nuestro Alto Tribunal también ha declarado la paternidad con porcentajes inferiores pero en concomitancia con otras pruebas apuntando en el mismo sentido⁷³.

72 Entre otras, SAP Madrid 28 noviembre 2006 EDJ 2006/389627: “*admitidos reiteradamente por el Tribunal Supremo, las escalas de probabilidad dimanantes de dicha prueba biológica se inician en una probabilidad de “paternidad prácticamente probada” desde el 99,73% hasta el teórico 100%; pasando del 99 al 99,73% como una “paternidad extremadamente probable”, del 95 al 99 como “paternidad muy probable”, del 90 al 95,1 “paternidad probable”, del 50 al 90 “indiferencia en el lado positivo”, del 10 al 50 “indiferencia en el lado negativo”, del 5 al 10 “paternidad improbable”, del 1 al 5 “paternidad muy improbable” y hasta los últimos módulos de la escala del 0,27 al 1 de “paternidad extremadamente improbable” y menor a 0,27 “paternidad prácticamente excluida”*”

73 Cfr. SSTS 30 junio 1989, 20 diciembre 1991, 7 febrero 1996 y 26 septiembre 1997.

La forma que suele adquirir los tribunales para entender probada la paternidad suele ser, como hemos predicho, la comparación con la población general. Así, la motivación de la sentencia respecto a la prueba de ADN suelen determinarse por la mayor probabilidad de ser (o no) parientes en relación con los genes de la población general⁷⁴. Su resultado, por tanto, es probabilístico.

La prueba de ADN es una prueba con carácter científico, dado que se aprovecha de los avances del progreso de la ciencia para el descubrimiento y representación del hecho histórico. No obstante, también podemos considerarla una prueba matemática, dado que la evidencia se concreta en un porcentaje numérico de probabilidad. Por ello, podríamos decir que es una prueba de medios científicos y evidencia matemática⁷⁵.

Aspectos jurídicos y prácticos de la prueba de ADN *inter vivos* y *post mortem*.

El ADN se encuentra en prácticamente cualquier resto biológico humano, así como en los objetos que están en contacto con nosotros. Así, no sólo la sangre o el pelo puede ser utilizado, sino que gran variedad de laboratorios permiten la práctica de la prueba con otras muestras, tales como saliva⁷⁶, semen, orina, líquido amniótico, biopsias, restos óseos, uñas, colillas, chicles, sobres, cepillos, restos orgánicos en prendas u objetos⁷⁷, cera de los oídos⁷⁸, etc.

Es posible encontrar también ADN en restos cadavéricos, esencialmente en los huesos y dientes. Para ello se suele acudir a la exhumación⁷⁹. Los medios científicos permiten la comparación del ADN cadavérico con el ADN vivo, dado que

74 A título ejemplificativo, SAP Castellón 15 noviembre 2005 (EDJ 2004/249397) “ *el índice de fraternidad indica que es dos veces y media más probable que la Sra. Elvira comparta padre biológico con Don Juan Ignacio y Dña. Marí Luz, frente a cualquier otra persona al azar de la población*”; Y la SAP La Coruña 6 octubre 1999 (EDJ 1999/55770) en sentido contrario: “ *es aproximadamente tres veces más probable que una persona al azar de la población sea el padre de D. Santiago, que lo sea un hermano de D^a María del Carmen*”

75 Íbidem. MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Curso de probática...* (2009)

76 No debemos entender exclusivamente que cuando hablamos de elementos tales como la “saliva” nos referimos únicamente a su recogida de su fuente natural (la boca). Entiéndase que tales restos pueden también aparecer en cualquier objeto que haya tenido contacto con el sujeto. A fin de ilustrar esta explicación, remitimos como ejemplo la noticia de la demanda de paternidad contra Manuel Benítez “El Cordobés”, admitida a trámite tras una prueba de paternidad (de parte) que estima un 99,99% de probabilidad de que sea padre biológico de Manuel Díaz “El Cordobés”. La muestra biológica se obtuvo de la saliva que Manuel Benítez dejó en una servilleta de un bar tras limpiarse, que recogió oportunamente un detective. Cfr. <http://informalia.economista.es/informalia/actualidad/noticias/7326858/02/16/El-Cordobes-y-la-servilleta-con-la-saliva-y-el-ADN-de-Manuel-Benitez.html> – Recurso electrónico, consultado el 10 de febrero de 2016.

77 De ello da fe, por ejemplo, este “FAQ” de un laboratorio genético: http://www.labgenetics.com.es/pmf_pruebas_paternidad.htm – Recurso electrónico, consulta del 5 de enero de 2016. En la página citada se hace referencia a que todas las células del cuerpo comparten el mismo ADN. Igualmente, deja claro que es posible realizar una prueba de maternidad sin ADN de la madre, resultando en probabilidades superiores al 99%. No obstante, para obtener los mejores resultados es necesario comparar las tres muestras genéticas: madre, hijo y supuesto padre.

78 Cfr. <http://www.easydna.es/articulos/muestras-adn-para-prueba-paternidad/> - Recurso electrónico, consulta del 5 de enero de 2016.

el ácido desoxirribonucleico es bastante resistente a las inclemencias del paso del tiempo.

Amparados en el artículo 767.2 de la LEC es posible solicitar la adopción de toda clase de medidas para la obtención de prueba, por lo que resulta procedente solicitar al Tribunal ordenar la exhumación junto a la designación judicial de un perito conforme al 339.2 de la LEC: en virtud del mismo, *prima facie* la parte solicitante tendrá que hacer frente al coste del perito, sin perjuicio de que se soliciten y ganen las costas al final del pleito o se acuerde otra forma.

Dice el citado artículo que “*salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente*”⁸⁰. Continúa con que la designación judicial del perito deberá hacerse en el plazo de cinco días tras la presentación de la contestación a la demanda.

Según OSUNA GÓMEZ, tras acordar la exhumación del supuesto padre del reclamante, el órgano judicial procede a ordenar la recogida de muestras de ADN, lo cual hará el médico forense siguiendo rigurosamente las normas reglamentarias de policía sanitaria mortuoria. Luego tales restos son llevados a un centro médico forense, tales como el Instituto de Medicina Legal correspondiente, o al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Ello culminará en la expedición de un informe sobre el ADN de ambos y su cotejo, que emitirá el grado de probabilidad de que sean padre e hijo.

Los laboratorios (tanto en instituciones públicas como negocios privados) en la actualidad utilizan principalmente dos muestras de restos cadavéricos: huesos y dientes. Se prefiere la utilización de huesos largos y compactos, tales como el fémur, por su mayor dificultad para descomponerse. Igualmente ocurre con los dientes, los cuales pueden conservar ADN suficiente en la cavidad pulpar como para hacer exitosa la prueba. Preferiblemente han de entregarse los cuatro molares, enteros y sin endodoncias⁸¹.

Si no es posible obtener ADN del fallecido, se puede recurrir a obtener la muestra de sus enseres antes de fallecer. A tal fin, es posible obtener cabellos (con raíz) de cepillos, así como en prendas de vestir. Es posible igualmente encontrar colillas, sobres, sellos y otras muestras.

Además, no debemos olvidar que es posible que queden restos biológicos del fallecido en entornos hospitalarios que pueden ser utilizadas para su análisis (tales como biopsias, donaciones de sangre, espermatozoides conservados, etc.).

79 Los Tribunales son reacios a este proceder (téngase en cuenta la afectación a la paz familiar que implica desenterrar un familiar, con los posibles derechos fundamentales familiares en conflicto), por lo que suele tenerse en cuenta como último recurso ante la ausencia total de pruebas. Íbidem. OSUNA GÓMEZ, Fernando (2010).

80 OSUNA GÓMEZ (2010) estima que, sin embargo, es posible también la adopción de este tipo de pruebas mediante diligencias finales (435.2 LEC) de forma excepcional.

81 Cfr. al respecto <http://www.labgenetics.es/pruebas-de-adn-e-identificacion-genetica/pruebas-de-paternidad-y-parentesco/prueba-de-paternidad-post-mortem-sobre-restos-cadavericos/> - Recurso electrónico, consulta del 2 de enero de 2016.

Momento procesal oportuno para aportar o solicitar la prueba biológica

Si existe una prueba biológica de parte obtenida con anterioridad a la presentación de la demanda, aquella se adjuntará a esta al presentarse como una prueba ordinaria, adjuntando el informe del laboratorio.

Si se pretende solicitar, lo habitual es solicitarse mediante otrosí para su práctica anticipada (293 LEC) antes de la vista. No obstante, si no resulta posible realizar la práctica de la prueba anticipada, es posible acordarla en la vista del juicio verbal, con la consiguiente suspensión de ésta.

Valoración de la prueba aportada vs. Prueba acordada

Podemos atrevernos a decir que la aportación de una prueba de ADN por las partes no puede tener el mismo valor probatorio que una acordada por el Tribunal.

ABEL LLUCH⁸² afirma que, en el caso de dictámenes que pueden ser aportados y también acordados por el Tribunal, ambos se someten a idéntica normativa de valoración probatoria. Sin embargo, el autor remarca la tendencia judicial generalizada a otorgar mayor valor verosimilitud a la prueba acordada por el Tribunal y no a la otorgada de la parte.

Ello obedece a la “*mayor presunción de objetividad*” (STS 31 marzo 1997) de la prueba ordenada por el juez. Además, los dictámenes a instancia de parte, al subyacer una relación de arrendamiento de servicios para su realización, son fácilmente manipulables.

El reseñado autor cita acertadamente la SAP Baleares de 3 octubre de 2006, la cual duda de la verosimilitud del informe pericial de parte hasta el punto de insinuar que “*la parte ha podido escoger un perito de su conveniencia, lo que le puede garantizar un control sobre el resultado, en el sentido de que si éste no es favorable puede encomendar un nuevo dictamen a otro perito*”.

No obstante, el autor no niega todo valor a la prueba pericial, y si bien hay que tener en cuenta todos los factores que influyen en el dictamen (vinculación personal del perito y las partes, correlación del dictamen con la pretensión de la parte, intervención de las partes en el peritaje, método empleado, criterios relativos al contenido del dictamen, ratificación en sede judicial, así como requisitos legales y jurisprudenciales) lo realmente importante es la “*motivación del juicio fáctico*” que se contiene: es decir, la objetividad que el informe desprenda⁸³.

82 ABEL LLUCH, Xavier. *¿En la valoración judicial de la prueba, prevalece el dictamen judicial o el dictamen a instancia de parte?* en “La prueba a consulta”, de “Diario La Ley N.º. 7329. Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio” de 27 de enero de 2010. Ed. La Ley.

83 “...lo realmente decisivo en términos de motivación del juicio fáctico es la razonabilidad y objetividad que se desprenda del resultado del dictamen, cualquiera que sea el sistema de designación del perito”. Íbidem, ABEL LLUCH (2010).

La prueba biológica se rige bajo la disciplina de la prueba pericial, en la que el Juez tendrá que valorar según las reglas de la sana crítica sin estar obligado a sujetarse al dictamen de los peritos (artículo 348 LEC). De ello se sigue que la valoración de la prueba pericial es libre por parte del Juez, quien aplicará la sana crítica y actuará conforme a sus máximas de experiencia. Por todo ello, ni la práctica de la prueba de ADN por parte del Tribunal ni la aportada por la parte tiene preeminencia alguna sobre las demás⁸⁴.

La supuesta *ficta confessio* de la negativa al sometimiento a la prueba

La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad no es una *ficta confessio*. Esto es: negarse no implica la ficción legal que permita entender que se está tratando de ocultar la paternidad.

Según las SSTS 3 noviembre 2001 y 2 marzo 2006, la negativa injustificada debe valorarse como un valioso indicio que, analizado en conjunto con el resto de pruebas aportadas en el proceso, permite establecer un juicio de verosimilitud de los hechos vertidos que permitan declarar la paternidad. El sometimiento a la prueba no es un deber, pero sí una carga procedimental. Si el demandado la obstruye, asume las consecuencias de su negativa.

La jurisprudencia menor también ha sido reacia a la declaración de paternidad con la única y exclusiva base en la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad. En todo caso, se necesita de la valoración conjunta de las pruebas e indicios recogidos en el proceso para llegar a tal conclusión (SAP Vizcaya 339/2011 de 12 de julio, JUR 2012\170435).

Entonces ¿podríamos decir que no existen motivos que permitan justificar la negativa para que no sea empleada como indicio? Según la jurisprudencia del TC, sí. En la STC 37/1989 se considera que el demandado en un proceso de reclamación de filiación extramatrimonial “*sólo podría legítimamente negarse a someterse a una prueba biológica si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuyó pudiera existir un grave quebranto para su salud*”.

Por otra parte, la STS 27 mayo 1994 establece que “*sólo la existencia de causas muy cualificadas y debidamente justificadas podrán legitimar la negativa al sometimiento [...] a título de ejemplo, podríamos citar el grave riesgo o quebranto para la salud del que la ha de soportar; la inexistencia de evidentes indicios serios de la conducta que se le atribuye; la absoluta falta de necesidad de la misma, pues pueden existir otros medios probatorios fácilmente utilizables que pueden conducir al mismo fin justificatorio...*”.

La ya considerada típica argumentación basada en la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal ha sido rechazada tomando como argumento que, al estar previsto en la Ley y haber sido acordado por una autoridad judicial, la finalidad es legítima. A continuación analizaremos específicamente esta cuestión.

84 SSTS 12 noviembre 1987 (RJ 1987/8396) y 6 mayo 1997 (RJ 1997/3676)

Derecho a la intimidad e integridad física vs. Derecho a conocer el origen biológico

Es común encontrarnos, ante la solicitud y práctica de la prueba biológica de ADN, la alegación de vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física (ex art. 15 CE) e intimidad personal (18 CE) por la contraparte. No obstante, se trata de una cuestión que tiene una jurisprudencia ampliamente consolidada en el tiempo, existiendo la línea jurisprudencial que admite la prueba biológica siempre que cumpla con requisitos básicos⁸⁵, que son:

- a) Fin constitucionalmente legítimo
- b) Previsión en la ley de la intromisión
- c) Acuerdo mediante resolución motivada
- d) Respeto del principio de proporcionalidad

El TC ha llegado a afirmar contundentemente que la investigación de la paternidad prevalece sobre cualquier posible intromisión en la intimidad o derecho a la integridad física, siempre que la prueba de paternidad sea indispensable para los fines perseguidos, no ponga en grave peligro la vida o integridad de la persona y existan indicios racionales de la paternidad⁸⁶.

Debemos hacer referencia a la STC 17 enero 1994, la cual reza que no existe vulneración del derecho fundamental a la intimidad *“cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio de filiación... en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad”*, no pudiéndose oponer dichos derechos. *“Un examen de sangre no constituye, per se, una injerencia prohibida”*.

NIETO ALONSO llega a la conclusión de que cuando *“dichas pruebas sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud del que deba soportarlas y su práctica sea proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias al derecho a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18 CE) del afectado, tal y como ha declarado la STC 7/1994 de 17 de enero”*⁸⁷.

85 Cfr. entre otras STC 14 enero 2005.

86 SSTC 7/1997, 95/1999 y 273/2005.

87 NIETO ALONSO, Antonia. *El derecho constitucional a conocer el propio origen biológico*. En “Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela”. Vol. 13, núm. 1. Universidade de Santiago de Compostela, 2004.

LA PRUEBA SOCIAL

Verdad social

Junto a la verdad biológica que acabamos de definir y determinar existe otro aspecto fundamental a considerar: la verdad social o sociológica. Ésta se encuentra consagrada igualmente en la CE en su artículo 39 al ordenar a los poderes públicos asegurar la protección de los hijos independientemente de su origen. Igualmente concreta el deber de prestar asistencia en todo a la prole.

Por otra parte, la Ley de 13 de mayo de 1981 en su exposición de motivos considera prioritaria la búsqueda del beneficio del hijo en la aplicación de las normas de la patria potestad. La norma amplía el espectro de deberes y obligaciones de las relaciones paterno-filiales, modificando el concepto de asistencia antiguo que quedaba reducido únicamente a los alimentos. La reforma define el deber de asistencia en sentido amplio: sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e incluso los gastos de la gestación y nacimiento.

El Legislador, lejos de dejar en un segundo plano la verdad social, le otorga una importancia significativa en relación a la verdad biológica, que a veces puede ser modulada atendiendo al interés del hijo pudiéndose llegar a determinar más conveniente el mantenimiento de las circunstancias jurídico-fácticas existentes.

Un ejemplo de ello, es la STC 836/2013 de 15 de enero, por la que se le reconoce la filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado a una mujer homosexual, tras la ruptura de su relación de pareja con otra mujer, en relación con el niño nacido durante dicha relación mediante la técnica de reproducción asistida con material genético de un donante anónimo. La sentencia, partiendo del concepto de unidad familiar de los textos internacionales europeos, señala que *“aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.3, modificados en 2007, en cambio sí debe considerarse que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas”*. Y añade, por otra parte, que el curso de la acción ejercitada no escapa a la ponderación o ajuste que debe realizarse conforme al interés superior del menor y, por tanto, a las concreciones y funciones que el ordenamiento jurídico le asigna.

Desde su configuración como principio constitucional, reforzado por los textos internacionales de referencia, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo, así como el propio desarrollo de la legislación nacional, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, debe señalarse que, como salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor *“su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza*

matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor. A su vez, desde la pauta o función de tutela que despliega el interés superior del menor, su incidencia en los derechos y bienes jurídicos concurrentes también se manifiesta en el necesario juicio de ponderación realizado a tal efecto, de forma que en el curso de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para advenir al alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica.”

Lo mismo ocurre, por ejemplo, en las ya citadas sentencias referidas a la impugnación de la filiación, donde la falta del principio dispositivo y la teoría de los actos propios impide renunciar a un reconocimiento de complacencia si así lo estima el ponderado interés del hijo⁸⁸.

Por tanto, la posesión de estado y el interés del hijo (*favor filii*) pueden llegar a constituir un verdadero límite a la verdad biológica.

Posesión de estado

La posesión de estado es entendida por la jurisprudencia como el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural cuando se infiere por actos del mismo padre o de su familia, que demuestran un auténtico reconocimiento espontáneo (STS 19 noviembre 1985, 17 marzo 1988, 14 noviembre 1992).

Establece la STS 1079/2003 de 10 noviembre. RJ 2003\8284 en un caso particular que “*«la posesión de estado» ha existido, pues ha habido una actuación ininterrumpida y reveladora de la libre voluntad del padre de prestar asistencia, cuidado y compañía a la actora a través de actos continuados y públicos y de carácter personal (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1988 [RJ 1988, 9326], 14 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9403] y 2 de marzo de 1994 [RJ 1994, 1639]), habiendo concurrido los requisitos relativos al «nomen», «tractatus», fama o «reputatio» (uso del nombre, comportamiento del padre con la hija, el conocimiento público de la situación), sin que este último presupuesto deba, por otra parte, concurrir de un modo ostensible y análogo a la filiación matrimonial pues sería absurdo que el padre tuviera que alardear de la relación no matrimonial y del fruto de la misma (sentencia de 4 de mayo de 1964 del Tribunal Supremo) y menos en la época en la que sucedieron los hechos”.*

La existencia de posesión de estado nos determina, en primer lugar, un modo de demostrar la filiación ex 113 CC. Además, legitima para el ejercicio de las acciones de filiación, legitimando a quien la posea para ejercitar los derechos propios de la relación paterno-filial⁸⁹.

88 *Vid. ut supra*. En este mismo estudio: “Líneas generales”, en la sección “La determinación de la filiación”.

89 RDGRN 21 julio 1988

Se citan a continuación como ejemplo (OSUNA GÓMEZ, 2010) de formas de probar dicha “*posesión de estado*” los siguientes hechos en el círculo familiar que han resultado admitidas por los tribunales⁹⁰:

- Que un hermano del padre biológico actuara como padrino en el bautismo del hijo extramatrimonial.
- Que la abuela paterna biológica hubiera proporcionado en algún momento alimentos al nieto por razón del nacimiento extramatrimonial, a pesar de haberse roto la relación entre los padres biológicos.
- Que los padres biológicos hubieran convivido en el mismo lugar con el hijo tras el nacimiento.
- Que el padre biológico haya recogido al hijo extramatrimonial del colegio, o haya acudido a lugares a fin de verlo.
- Que se hubiera convivido en el domicilio del padre biológico algún tiempo.
- Que el supuesto padre biológico le hubiera ofrecido facilidades económicas o asistenciales (cartas, llamadas, mensajes... comunicaciones de cualquier clase).

El artículo 767.3 LEC determina una serie de pruebas presuntivas, al determinar que “*aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo*”. Una de las más determinantes es la citada posesión de estado, cuyo tratamiento jurisprudencial merece ser analizado.

La posesión de estado, al fin y al cabo, no es más que una prueba legitimatoria. El hijo no se vale de la filiación de estado para ser reconocido como extramatrimonial, sino que la filiación está determinada en sí por la posesión de estado, al entenderse como un reconocimiento tácito del progenitor. Aunque la declaración de la posesión de estado debe ser convalidada judicialmente, no debemos olvidar que nuestro TS cambió la extrema rigurosidad del reconocimiento del antiguo CC, produciéndose un cambio como reacción humana y racional ante la interpretación de “*disposiciones odiosas*”, otorgando una interpretación más generosa en favor de los deberes paternos en beneficio de los hijos “*según las ideas sociales imperantes*”⁹¹.

La posesión de estado se articula como un requisito previo para el ejercicio de la acción de filiación. La SAP Madrid 4/2/2010 (ED 2010/41754) establece que es “*doctrina jurisprudencial reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo [...] la de*

90 Nota: Los ejemplos de pruebas que se enuncian a continuación son perfectamente empleables también en el curso del procedimiento y como principio de prueba. Sin embargo, por su idoneidad para la demostración de la situación particular de la posesión de estado, se enumeran en esta sección.

91 SSTS 25 mayo 1945, 3 julio 1945, 24 mayo 1956 y 16 mayo 1963, entre otras.

*que por posesión de estado debe entenderse 'aquella relación del hijo con el padre (o madre, en su caso), en concepto de tal hijo ('nomen, tractatus, fama') manifestada por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública'*⁹².

Básicamente se trata de una situación donde alguien, no teniendo reconocida formalmente paternidad o maternidad extramatrimonial, tiene la consideración pública de hijo respecto al padre o madre aparente, por sus actos directos o de su familia, que demuestran un *"reconocimiento voluntario, libre y espontáneo"* (SSTS 10 marzo y 30 junio 1988), lo cual evidencia una *"situación que también se ha identificado doctrinalmente a través de la concurrencia de alguno de los requisitos de nomen, tractatus y fama o reputatio"* (STC 27/10/2005 ED 2005/187576).

Pues bien, los mencionados requisitos (nomen, tractatus y fama/reputatio) no tienen por qué darse con la misma intensidad probatoria en la filiación no matrimonial. Respecto a éstas, en la jurisprudencia mayor (*Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991*) y en la menor (SAP Cádiz 26 junio 2002 ED 2002/42155) se ha establecido reiteradamente que *"el grado de exigencia de cada uno de los elementos fácticos reseñados depende fundamentalmente de la clase de filiación, de manera que, tratándose de la no matrimonial, no puede estructurarse en intensidad con los mismos presupuestos fácticos que en su caso provendrían respecto de la matrimonial, por lo que la posesión de estado es materia teñida de relativismo y circunstancialidad, y ha de ser entendida con moderada flexibilidad"*.

Como veremos, existe una amplia flexibilidad en la apreciación de los requisitos para entender que existe posesión de estado. Los Tribunales han llegado a dulcificar los requisitos alegando por ejemplo, la época en la que se concibió el hijo, entendiendo la jurisprudencia del Alto Tribunal la falta de alarde propia de este tipo de situaciones en la España del siglo pasado⁹³.

- **Nomen.** Esta circunstancia fáctica ha quedado definida por la jurisprudencia como la ostentación y utilización del apellido del padre por parte del hijo. No obstante, también parece ser valorable como indicio la existencia de circunstancias aisladas pero relacionadas con el nombre, tales como la coincidencia del nombre real del padre con la inscripción registral (a modo de ficción jurídica) de establecer un nombre del padre desconocido a meros efectos identificativos. La jurisprudencia, por ejemplo, ha valorado simplemente haber sido llamado "hijo" suficiente para cumplir con este

92 En la citada sentencia, nombrando a las SSTS 14 noviembre 1992, 4 mayo 1964 y 20 mayo 1991, se precisa que *"no debe exigirse que los actos reveladores de la posesión de estado sean muy numerosos, ni practicados absolutamente con plena publicidad, cuyo criterio resulta bien acertado pues no cabe desconocer el relativismo que implica la cuestión dependiendo en cada caso de las circunstancias concretas concurrentes y, en este orden de cosas, es evidente que la posesión de estado habrá de durar cierto tiempo, variable según los casos, sin que sea incompatible con alguna interrupción, y no requiere, necesariamente, una existencia actual al momento de ser invocada, siendo suficiente su constancia en un próximo pasado"*.

93 *"...habiendo concurrido los requisitos relativos al «nomen», «tractatus», fama o «reputatio» (uso del nombre, comportamiento del padre con la hija, el conocimiento público de la situación), sin que este último presupuesto deba, por otra parte, concurrir de un modo ostensible y análogo a la filiación matrimonial pues sería absurdo que el padre tuviera que alardear de la relación no matrimonial y del fruto de la misma (sentencia de 4 de mayo de 1964 del Tribunal Supremo) y menos en la época en la que sucedieron los hechos..."*. STS 1079/2003 de 10 noviembre. RJ 2003/8284 .

requisito⁹⁴. También parece existir amplia aceptación de otros hechos, tales como tener un apodo característico heredado de su padre, por lo que no necesariamente debe ser el apellido o nombre.

El acaecimiento de esta circunstancia es compleja, por lo que la prueba se flexibiliza. De hecho, llega a flexibilizarse hasta el punto de que este requisito no es estrictamente necesario o, como mínimo, tiene una importancia inferior a los demás para la existencia de la situación de hecho que conforma la posesión de estado⁹⁵, según la jurisprudencia de nuestros tribunales.

- **Tractatus.** Es el ejercicio de la autoridad parental, así como los deberes y el trato propio de un progenitor. Implica también un comportamiento afectivo del padre hacia el hijo, “*traducido en alimentación, educación y asistencia económica y moral, y no en esporádicas⁹⁶ atenciones⁹⁷*”. El trato de hecho como padre es suficiente para demostrar una voluntad tácita de reconocer al hijo, por lo que resulta esencial para su reconocimiento.
- **Fama o reputatio.** Implica un conocimiento público, un actuar característico del padre ante todos, comportándose como padre. Que la relación o la concepción fuera *vox populi* igualmente acredita este requisito. La fama tampoco tiene por qué concurrir de forma ostentosa en la filiación extramatrimonial⁹⁸, téngase en cuenta que hace algunas décadas suponía un estigma social para padres e hijos del que no se solía hacer gala.

La exigencia de que la posesión de estado sea “*de forma ininterrumpida, continuada y pública*” tiene ciertas excepciones, especialmente en el caso de la filiación extramatrimonial. La jurisprudencia ha entendido las particularidades de cada caso y ha advertido que nada impide que sea compatible dicho estado con alguna interrupción. Evidentemente deberá probarse con las pruebas pertinentes. El

94 SAP Pontevedra 31 enero 2002. JUR 2002\99116

95 Así lo declara la STS 17/03/1995 (ED 1995/990, FJ. 11º): “*A mayores, las pruebas que se relatan acreditan en cuanto a la relación paterno-filial reclamada una 'posesión de estado', obviamente, limitada dentro de los condicionamientos de tiempo y lugar a los elementos definidores posibles de la situación, pero con la suficiente entidad y firmeza corroboradora. Como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991, 'la posesión de estado en tema de filiación no matrimonial no puede estructurarse en intensidad con los mismos presupuestos fácticos que, en su caso, provendrían cuando se trate de una filiación matrimonial'. Eludido, por tanto, el elemento configurativo del 'nomen' que, dadas las circunstancias del caso, no cabe se exija, tanto el 'tractatus' como la 'fama o reputatio' coinciden en la apreciación favorable a la posesión del estado de hija, por cuanto las generosas ayudas y las atenciones y consejos prodigados por el padre pretendido a la actora son inequívocos y acreditan una prolongada situación en el que su comportamiento en lo afectivo y en lo material (tractatus) se produjo en forma notoriamente exteriorizada que excedió del ámbito familiar (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1994) y generó una opinión pública, aún soterranea por las circunstancias, expresiva y aseguradora de la paternidad (fama o reputatio), hasta el punto de que consta acreditado que en su etapa escolar la demandante era discriminada por sus circunstancias de filiación*”.

96 Nota: Téngase en cuenta lo que a continuación se verá respecto a ese “trato ininterrumpido”.

97 SAP Madrid 21 mayo 2003 JUR 2003/189159

98 STS 4 mayo 1964 RJ 1964/2201.

TS también se ha pronunciado en el sentido de que no es necesaria una constancia actual de tales requisitos para determinar la existencia de posesión de estado⁹⁹.

Por otra parte, resulta pertinente reseñar que la existencia de posesión de estado puede ser muy interesante a la hora de ejercitar la acción de petición de herencia por parte de hijos naturales con padres fallecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la CE, como anteriormente se aludió. Al ser de aplicación la legislación preconstitucional, ésta le podrá permitir al hijo natural beneficiarse del *reconocimiento forzoso* del artículo 807 CC anterior¹⁰⁰.

Favor filii

“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...” (39.2 CE)

En nuestro sistema, una de las leyes que más ha colaborado activamente a la cristalización del beneficio del hijo ha sido la Ley 21/1987 de 11 de noviembre¹⁰¹, que según la E.M. de la Ley 1/1996, promulgó *“la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales”*.

El *favor filii* está considerado principio informador del Derecho de familia, consagrado en la legislación civil. Es un principio que rige todo el proceso de filiación, en tanto que en las acciones de filiación parece prevalecer ante todo el interés hijo. Es de extrema importancia, ya que según algunos autores, incluso se antepone ante el concepto de verdad biológica: el interés del hijo está por encima de todo, siendo este el espíritu de la Constitución y de la Ley de 13 de mayo de 1981.

No debemos olvidar una variante particular e incluida dentro del *favor filii*: el *favor minoris* (llamado por nuestra jurisprudencia *“interés superior del menor”*).

Los menores de edad son aún más protegidos por el ordenamiento: ejemplo de ello es el artículo 3 de la CDN, que establece que *“toda las medidas que se adopten por todo tipo de instituciones y organismos públicos y privados concernientes a menores deberán atender al interés superior de éstos”*.

99 STS 20 mayo 1991 RJ 1991/3716 y 6 mayo 1997 (RJ 1997/3676), por ejemplo.

100 El Código Civil napoleónico hacía referencia en el artículo 807 a que *“son herederos forzosos [...] los hijos naturales legalmente reconocidos”*. En numerosas sentencias se ha aceptado el reconocimiento tácito, y se ha aclarado que el CC fue desafortunado en su redacción cuando habla de *“reconocimiento forzoso”*, pues resulta equívoco en su acepción literal, y debe entenderse que lo realmente forzoso son los efectos de los que deriva el reconocimiento (expreso o tácito), que no es más que una expresión del principio general de no ir contra actos propios. Cfr. SSTS 2 marzo 1985, 8 octubre 1853, 13 junio 1863, 25 enero 1895, 4 abril 1895, 20 abril 1895, 30 junio 1895, 16 septiembre 1895, 9 octubre 1865.

101 Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

En este sentido, no podemos dejar de lado la abundante normativa de protección de derechos del niño, como es la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, la cual modificó distintas disposiciones del CC y de la LEC para su adaptación a los nuevos tiempos y los convenios internacionales firmados, lo cual denota el interés y preocupación creciente por la protección de los hijos menores¹⁰².

Nuestra jurisprudencia, en la valoración de dicho interés superior, ha llegado incluso a corregir la frialdad de la norma cuando se da en concomitancia con el citado interés: sentencias como la STS 17 febrero 2015 establecían, ante un caso de filiación reconocida tardíamente en el que se pretendía establecer como primer apellido el del padre, que atendiendo al superior interés del menor la interpretación de la norma que regía el orden de los apellidos debe flexibilizarse respondiendo a sus necesidades concretas.

El interés superior del menor no es un concepto aislado, sino que es algo concreto y perfectamente individualizable en una persona, teniendo en cuenta las particularidades propias del individuo y su entorno, a fin de que éste continúe siendo el que es si le resulta provechoso (STS 13 febrero 2015).

Volviendo al *favor filii*, debemos reconocer que la influencia en la filiación de este principio es decisiva, dado que goza de un estatus especial. La filiación se proyecta hacia los derechos esenciales de la persona, tales como su identidad, vida familiar, derechos sucesorios, alimentos, etc. Ello determina que existe un interés de orden público que permite, ante la colisión con otros derechos fundamentales, que se ceda a favor del beneficio del hijo¹⁰³.

Autores como GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO afirman que la influencia del *favor filii* tiene una importancia decisiva en la prueba biológica. Nuestro TC ha admitido que la prueba biológica supone en cierta medida una injerencia en derechos fundamentales del padre, pero esos derechos al ser comparados en un juicio de proporcionalidad, ceden siempre ante el derecho del hijo a conocer su origen biológico¹⁰⁴.

De hecho, sentencias como la STS 28 de mayo de 1997 establecen que la verdad biológica no es un dogma, y que las pruebas biológicas están dirigidas a la

102 En la exposición de motivos de la Ley 1/1996 se establece que *“la Constitución Española de 1978 al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores. Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo. Esta necesidad ha sido compartida por otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño. Consecuente con el mandato constitucional y con la tendencia general apuntada, se ha llevado a cabo, en los últimos años, un importante proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores”*.

103 Cfr. STS 24 octubre 1996, entre otras.

104 GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, Maricela. (2013)

defensa del hijo (STC 17 enero 1994). Por todo ello, entendemos que la investigación de la paternidad no es un derecho absoluto, sino condicionado al *favor filii* (de lo que da fe la STC 17 junio 1999)¹⁰⁵.

Exceptio plurium concubentium

Debemos hablar de esta excepción, frecuentemente interpuesta por supuestos padres que pretenden impugnar la filiación sobre un hijo que entienden que no comparte su sangre. La *exceptio plurium concubentium* es la alegación por parte del supuesto padre de que la madre, con anterioridad al embarazo, convivió con otros hombres o mantuvo relaciones sexuales con ellos (STS 12 de Febrero de 2001), por lo que duda de su paternidad. Se alega por parte del padre una época de cierta promiscuidad sexual que trata de desvirtuar el vínculo¹⁰⁶.

Esta excepción puede hacerse valer de distintas formas. Una de ellas puede consistir en directamente realizar un interrogatorio a la madre y preguntar, con el máximo de los respetos a su vida íntima, si puede asegurar que el embarazo fuese por las relaciones con el que se presume padre o si podría haber ocurrido por otros hombres. No obstante, pese a la aparente fragancia de una respuesta afirmativa, en la sentencia anteriormente reseñada el Tribunal Supremo entendió que la aceptación de ese hecho no asegura en absoluto que el hijo no fuera del supuesto padre.

Lo cierto y verdad es que esta excepción no ha prosperado incluso en casos donde la madre ejercía la prostitución. Ejemplo de ello es la SAP Sevilla 94/2007 de 6 de marzo de 2007, en la que se rechazó pese a quedar acreditado el ejercicio de la prostitución *“si bien aclaró que con el demandado no adoptaba medidas preventivas de embarazos”*. No obstante, es comprensible el fallo del tribunal teniendo en cuenta la existencia de un *“cúmulo de indicios fundamentadores, tales como las diversas fotografías aportadas que revelan una relación amorosa más allá de una mera relación “profesional”, la factura de hotel abonada por el Sr. Eugenio. y especialmente el resultado del careo entre los litigantes, apreciado por este Tribunal con la inmediación en diferido que proporciona la visualización de la grabación del juicio oral, careo en el que la actora proporcionó datos sumamente significativos, y se mostró más firme, segura y rotunda que su oponente”*.

La misma alegación decayó en la SAP Granada 499/2001 de 30 de junio, en la cual se determinó que la aducida *exceptio* dado que requiere una prueba suficiente de las supuestas relaciones múltiples que mantuvo la madre.

105 Íbidem. GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO (2013).

106 QUESADA GONZÁLEZ, Corona. *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad. La exceptio plurium concubentium*. Tecnos, 1993.

Verdad biológica vs. Verdad social

ARECHEDERRA¹⁰⁷ comenta cómo en el caso¹⁰⁸ de las uniones homosexuales con hijos no puede guardar identidad con una filiación biológica heterosexual, alegando la STC 29 noviembre 2005, en el que se sostiene que investigar la paternidad forma parte de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) tanto desde la postura del hijo a conocer su padre como desde *“la configuración de la paternidad como una proyección de la persona”*.

En resumidas cuentas, el autor afirma tajantemente (desde una posición muy conservadora, cabe destacar) que la dignidad del nacido no puede permitir la atribución de una filiación homosexual que es irreal biológicamente, además de otorgarle al menor una *“génesis existencial diversa de la del 99'9% de la población”*. En su opinión ello constituiría una discriminación anticonstitucional (art. 14 CE), por lo que concluye en que una inscripción que conculque la verdad biológica es recurrible en amparo.

Como ya había introducido anteriormente, la prevalencia de una realidad frente a otra no está determinada, si bien, la Doctrina científica no se ha puesto totalmente de acuerdo si coinciden en afirmar que las circunstancias jurídico-fácticas serán tenidas en cuenta a la hora de determinar la filiación en pro del bien del hijo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tampoco ha dado una respuesta contundente a la cuestión de la filiación determinada por reconocimiento y su posterior impugnación, cuando la verdad biológica y la social no coinciden.

No obstante, sí que podemos recoger la tendencia doctrinal del Tribunal Supremo, como por ejemplo, la sentencia num 669/2004 de 12 de julio, en la que el Tribunal delibera sobre la primacía de la verdad biológica o real sobre la presunta. Según esta, son hechos de partida: que a causa de contraer matrimonio, el actor reconoce como hija a la niña nacida dentro del matrimonio y realiza la inscripción. Posteriormente, pide la revocación de la inscripción al comprender que no era hija biológica suya, sino sólo de su mujer. El Tribunal entiende que *“no se trata, en rigor, de revocación entendida como cambio de voluntad con el que se pretende despojar al reconocido de un “status filii” por una mutación de los deseos del reconocedor. Se trata, en puridad, de desvelar la inexistencia de un requisito objetivo (el de paternidad) que debe concurrir al reconocimiento, en la medida en que éste afirmaba una realidad biológicamente inexistente; en otras palabras, el reconocimiento encerraba un acto “contra legem”, que, como tal, comporta la nulidad absoluta del mismo; y con apoyo en el artículo 140 del Código Civil, el propio reconocedor está legitimado para impugnar la filiación, desvelando que es otra la*

107 ARECHEDERRA, Luis. *El derecho del nacido a la verdad biológica*. Centro de Documentación Bioética (Universidad de Navarra). Recurso web: <http://www.unav.es/cdb/underechoverdad.html> Consulta del 3 de enero de 2015.

108 Recurso del Ministerio Fiscal a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

realidad biológica; y ello aunque de tal circunstancia ya fuera consciente a momento del reconocimiento...”.

Lo que no acepta, y así se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal “so pretexto de que coincida la verdad material con la formal, pueda el actor cuando le convenga (por no haber concurrido error en las circunstancias del reconocimiento) desdecirse de lo que de forma tan solemne y libre manifestó en su día ante el Encargado del Registro Civil, obligándose a las consecuencias de comportarse como padre de la reconocida aceptando ser tenido como tal aun sabiendo que biológicamente no lo es. En definitiva, formulado el reconocimiento con todas las garantías, no puede quien así quiso expresarse, retractarse después caprichosamente o al menos sin justificación, queriendo revocar su declaración”.

El TC en numerosas ocasiones se ha pronunciado otorgando primacía a la *verdad biológica*, al resolver que la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni con el derecho a la tutela efectiva (art 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, y declarando la inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil. (STC 273/2005, de 27 de octubre).

Ejemplo de ello es la sentencia con fecha de 2 de febrero de 2006 que a continuación citamos:

“El legislador ha ignorado el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial; y, en efecto, la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas, con lo que el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado desde el momento en que, aparte de que podría haber sido sustituido por otras limitaciones (como la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción), el sistema articulado por nuestro ordenamiento no permite, en ningún caso, el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas, desde el momento en que, a tal efecto, se prevé que «en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde» (artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, anteriormente, el derogado artículo 127 del Código Civil)”.

La visión del TS se decanta por no otorgar a la prueba biológica un estatus privilegiado, aunque su determinación se sobrepone por ejemplo a pruebas sociales como la posesión de estado. Según reiterada jurisprudencia, *“la reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del art. 116 del Código [...], informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más trascendente, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego que el art. 39 de la Constitución Española asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor”*¹⁰⁹.

En la STC 8/2011 de 28 de febrero se establece la doctrina encaminada a entender que el acceso a la jurisdicción para asuntos de filiación implica una actividad de control por parte del Tribunal no sólo a fin de comprobar si incurre en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, sino que también debe analizar si la prueba tiene un rigor excesivo que impide el acceso a la jurisdicción (principio de proporcionalidad).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹¹⁰ analiza la citada sentencia y comprueba la práctica contradicción total de la D.A. 6ª Ley 11/1981 (que establecía la posibilidad de ejercitar nuevas acciones sobre filiaciones declaradas por sentencia judicial) con el art. 764.2 LEC (el cual establece precisamente lo contrario), lo que permitiría la acción de impugnación frente a la declaración judicial. Ello tendría grandes consecuencias, dado que permitiría el aprovechamiento de las nuevas técnicas de investigación de la paternidad para establecer, por fin, la *“verdad material”* del hecho de la filiación.

109 Cfr. STS 23 marzo 2001

110 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Un nuevo paso a favor de la verdad biológica en materia de filiación*. En “Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº. 2/2011”. Aranzadi, 2011.

RESULTADOS Y CONCLUSIONES

Tal y como hemos analizado a lo largo de este trabajo, las particularidades de la prueba en los procedimientos de filiación lo hace merecedor de la condición de “procedimiento especial” que le otorga la LEC. Al tratarse de un procedimiento que afecta al estado civil de las personas, por lo que tiene notas características donde se denota el influjo del interés público. De ello ha dado fe las numerosas disposiciones relativas a la filiación, tanto en derecho nacional como internacional.

También hablamos sobre las motivaciones que llevan a poner en práctica este tipo de acciones judiciales, para poder entender de forma mínimamente empática la dramática situación en la que se encuentran los hijos extramatrimoniales no reconocidos, con sus pertinentes implicaciones sociológicas y psicológicas.

Hemos entendido, por una parte, que el *hecho biológico* (la relación sexual, al fin y al cabo) es la piedra angular sobre la que descansa este tipo de procedimientos, así como la práctica imposibilidad de demostrar su acaecimiento como tal. Lo que sí podemos demostrar, en gran o menor parte, son las *huellas* que el hecho biológico dejó tras de sí, siendo la más importante de ellas la creación y ulterior existencia de una nueva persona (un hijo).

La existencia de un régimen detallado para la regulación de las acciones de filiación y su profuso tratamiento jurisprudencial denota un afán extremo por su regulación, un componente muy importante de orden público que se proyecta en prácticamente todas las escenas de las acciones de filiación.

Por otra parte, se ha analizado la influencia decisiva de una declaración de paternidad, cuyos efectos se retrotraen hasta el principio para otorgar toda una serie de efectos derivados de tal reconocimiento: apellidos, alimentos, derechos hereditarios...

Ha quedado claro que la flexibilidad del procedimiento tiene su aplicación en todas las fases de éste proyectándose con especial intensidad en el caso del principio de prueba, donde se discute la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y se pone de relieve la relativa facilidad con la que este principio se tiene por cumplido (como vimos, simplemente dejando constancia de la intención de practicar pruebas en el momento oportuno en la misma demanda).

Esta proyección flexible es complementada también con el actuar de oficio de los jueces, quienes en este tipo de procedimientos tomarán decisiones atendiendo a los intereses en cuestión (ante todo, *favor filii* y *verdad material* o *real*) a fin de salvaguardar las garantías básicas del procedimiento.

Por otra parte, ha quedado suficientemente motivado que para la demostración de esa *verdad real* podemos acudir a cualquiera de los medios de prueba establecidos en la legislación ritaria, con el matiz de las especialidades de procedimiento y prueba que le otorga dicha norma a las mencionadas acciones.

Citamos como ejemplo el principio de facilidad y disponibilidad probatoria, y el *favor filii*.

Igualmente, hemos analizado los tipos de prueba más habituales en los momentos cruciales de la demanda de filiación: el principio de prueba y las pruebas en sí aportadas en el proceso, así como aquellas actitudes que según la probática y el derecho probatorio tienen significación en el procedimiento (aunque no sean propiamente pruebas, como por ejemplo la negativa del demandado al sometimiento a pruebas biológicas).

Tras tratar las pruebas habituales, hemos analizado las pruebas de presunciones que se establecen en la filiación matrimonial, así como otras actitudes de la extramatrimonial que tienen cierto valor probatorio (tales como argumentos basados en actuaciones endoprocesales del contrario, o su negativa injustificada a contestar a determinadas preguntas o exhibir documentos).

Posteriormente hemos tratado los dos grandes grupos de pruebas con más valor en los juicios de filiación: las pruebas biológicas y las pruebas sociales.

De las primeras hemos conocido sus requisitos y valor probatorio, erigiéndose prácticamente como la prueba más contundente dentro del proceso y con mayor significación, pero nunca olvidando que su apreciación ha de hacerse en conjunto con el resto de pruebas aportadas. Dentro de éste grupo nos hemos centrado en la prueba biológica por autonomasia en los tiempos actuales: el cotejo de ADN del supuesto hijo con el de los familiares.

En atención a éstas, se ha analizado la explicación técnica que ha logrado el convencimiento de los Tribunales para su aceptación como prueba de gran valor. Hemos resaltado la problemática en derecho probatorio que presenta respecto, citando por ejemplo, las causas de admisibilidad o el valor probatorio que ha de otorgarse a la negativa del demandado. Respecto a esta última cuestión, hemos zanjado toda duda acudiendo a la más autorizada doctrina y jurisprudencia, quien ha determinado ese tipo de actuaciones como obstruccionistas y permiten su valoración como indicio de paternidad en conjunto con otras pruebas.

Respecto a la prueba social, hemos entendido que su importancia es menor que en tiempos pretéritos, pero que no obstante su empleo continúa a día de hoy en determinados casos atendiendo principalmente a la relación familiar *de hecho* que se haya construido y del harto mencionado *favor filii* (o *favor minoris*, en su caso), especialmente de cara a modular situaciones de abuso. Hemos aprendido que el *derecho sigue al hecho*, y no al revés.

En definitiva, podemos decir que la entrada en vigor de la CE (1978) y sus leyes complementarias (fundamentalmente, tras 1981) ha abierto toda una serie de posibles acciones legales para la determinación e impugnación de la filiación, cuya tasa de éxito lo debemos en gran medida al progreso científico-matemático que nos ha podido otorgar pruebas como la comparación genética, imposible hace no demasiados años y a día de hoy fundamental en todo procedimiento de esta índole.

Por todo ello, concluimos que la prueba en la filiación es ampliamente beneficiosa para el que pretende ejercitarla y excesivamente lesiva para el que la

soporta. Las inversiones de la carga de la prueba, los indicios endoprocesales y la flexibilidad procedimental puede en determinados casos violar los derechos fundamentales del demandado. Son lastimosos los ejemplos de familias enteras destrozadas económicamente por la aparición de un hijo extramatrimonial, además de los problemas de índole personal y familiar que se pueden dar. El honor, la intimidad personal, la propia imagen (LOPH) y la *paz familiar* (así como el *merecido descanso de los difuntos* en el caso de la exhumación) se ven gravemente alterados por la práctica de determinadas pruebas.

Incluso con todas las cautelas necesarias interpuestas por parte del Juez, de la mera asistencia a un juicio de esta índole percibiría la relativa sencillez con la que la parte actora puede probar la paternidad, y la extrema incomodidad de las pruebas que se practican. Y es que, como dice uno de los brocardos latinos citados (y perdónese me la traducción libre), *lo que diga la sangre no hay derecho civil que lo cambie*.

Sin embargo, en los tiempos actuales (donde la concepción de la familia está cambiando y evolucionando hacia horizontes desconocidos), las relaciones humanas priman siempre sobre todo contexto jurídico, presentándose problemas serios respecto a, por ejemplo, la reproducción asistida, o los detalles que no permiten igualar la filiación adoptiva a la natural.

Deberíamos preguntarnos ¿Es suficiente el nexo genético para que exista una *familia*?

BIBLIOGRAFÍA

MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Curso de probática judicial*. La Ley, 2009.

CARBAJO GONZÁLEZ, Julio. *Manual de Derecho de Familia*. Edisofer, 2007.

OSUNA GÓMEZ, Fernando. *Filiación extramatrimonial y ADN*, en Revista LA TOGA, nº. 179. ICAS, septiembre-octubre 2010.

REYES CALLUR, Juan José. *Disposiciones generales de los procesos de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Recurso electrónico: http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=173 (Consulta del 4 de enero de 2016).

SANZ-DIEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, Jaime. *La filiación: contenido y determinación*. Recurso electrónico: <http://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20%28Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf%29.pdf> (Consulta del 1 de noviembre de 2015).

LORENTE LÓPEZ, María Cristina. *La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad*, en "Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2015". Aranzadi, 2015.

MOLINER VICENTE, Celia. *Intimidad familiar y vida familiar. La mayor amplitud del concepto "vida familiar" sobre el de "intimidad familiar"*. En "Diario La Ley" Nº. 8316, 22 de mayo de 2014. La Ley, 2014.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, en "REDUR 8". Universidad de La Rioja, 2010.

PUIG BLANES, Franciso de Paula; PÉREZ BORRAT, María Luisa; SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad*, en "Práctica de los Procesos Jurisdiccionales (Civitas). Proceso Civil". Aranzadi, 2012.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa; HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel; LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MONJE BALSAMEDA, Óscar; URRUTIA BADIOLA, Andrés. *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno III. Las relaciones paterno-filiales: filiación, tutela, guarda, adopción y alimentos entre parientes*. Dykinson, 2012.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación*, en "Tribunales de Justicia" Nº. 12. La Ley, 2000.

DE CASTRO VITORES, Germán. *Filiación. Derecho Civil IV*. Universidad de Valladolid (Facultad de Derecho), 2003. Recurso electrónico: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/5637> (Consulta del 1 de febrero de 2016).

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo V*. Tecnos (2000).

DE MADRID-DÁVILA, Enrique. *La prueba de detectives no existe*. 151/2010, en “Diario La Ley, N.º. 7329. Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio” de 27 de enero de 2010. La Ley, 2010.

DUPLÁ MARÍN, María Teresa. *El principio “mater semper certa est” ¿a debate?*, en “Fundamenta Iuris: Terminología, Principios e Interpretatio”. Universidad de Almería (2012).

NIETO ALONSO, Antonia. *El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción asistida humana*. Recurso electrónico: vlex.com/vid/prevalencia-verdad-biologica-superacion-376287 (consulta del 14 de enero de 2016).

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. *El reconocimiento incidental de la paternidad natural*, en “Anuario de Derecho Civil de 1968”, Fascículo 3º. Ministerio de Justicia (Gobierno de España), 1968.

GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, Maricela. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson, 2013.

GARCÍA POVEDA, Carmen. *Las pruebas biológicas en los procesos de filiación tras la entrada en vigor de la Ley 1/ 2000*, en “Revista de Derecho vLex”, N.º. 13. vLex, 2004.

CORDERO CUTILLAS, Iciar. *Impugnación de la paternidad matrimonial*, en “Colección Estudios Jurídicos N.º. 6”. Universidad Jaime I de Castellón, 2002.

GARRIDO RAMOS, Manuel. *Reacción en cadena de la polimerasa (PCR)*. Recurso electrónico: <http://www.ugr.es/~mgarrido/PCR.htm> – Universidad de Granada, 2007. Consulta del 4 de enero de 2016.

MÜLLER, Sara; GÖLLNER-HEIBÜLT, Heike. Trad. PÉREZ-MACEIRA, Jorge J. *Huella genética: una mirada al interior*. Recurso electrónico: <http://www.scienceinschool.org/node/2916> – Science in School, 2012. Consulta del 3 de enero de 2016.

LERET, María Gabriela. *Derecho, biotecnología y bioética. Exposición y análisis de los principios y conceptos fundamentales para la comprensión de la bioética a la luz de la ciencia jurídica*. CEC, 2005.

ABEL LLUCH, Xavier. *¿En la valoración judicial de la prueba, prevalece el dictamen judicial o el dictamen a instancia de parte?* en “La prueba a consulta”, de “Diario La Ley Nº. 7329. Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio” de 27 de enero. La Ley, 2010.

NIETO ALONSO, Antonia. *El derecho constitucional a conocer el propio origen biológico*, en “Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela”. Vol. 13, núm. 1. 2004, Universidade de Santiago de Compostela.

ARECHEDERRA, Luis. *El derecho del nacido a la verdad biológica*. Recurso web: <http://www.unav.es/cdb/underechoverdad.html> Consulta del 3 de enero de 2015.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales*, en “Revista del Poder Judicial”. 1992 (CGPJ).

GARCÍA POVEDA, Carmen. *La prueba biológica y la carga de la prueba en los procesos de filiación*, en “Lo Canyeret. Revista del Colegio de Abogados de Lleida”. Núm. 35, Diciembre 2003. Col·legi d'Advocats de Lleida, 2003.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. La Ley, 2006.

QUESADA GONZÁLEZ, Corona. *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad. La exceptio plurium concubentium*. Tecnos, 1993.

ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián. *Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales*, en “Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. I”. Aranzadi, 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Un nuevo paso a favor de la verdad biológica en materia de filiación*. En “Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº. 2/2011”. Aranzadi, 2011.

Sevilla, 12 de febrero de 2016

Última revisión: 17 febrero 2016