

LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL AMBITO DE LA FILIACIÓN Y LAS ACCIONES DE FILIACIÓN.

JOSE MANUEL RUIZ-RICO RUIZ

Catedrático de Derecho Civil UMA. Abogado

PAULA CASTAÑOS CASTRO

Doctora en Derecho

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Fundamentos internacionales y constitucionales para la tutela de los menores en el ámbito de la filiación. 3. Consecuencias singulares en la aplicación de dicho principio de preponderancia del interés del hijo menor: 3.1.- El reconocimiento de los hijos menores no matrimoniales. 3.2.- La legitimación del padre biológico y de la madre para ejercitar acciones de reclamación de la filiación. 3.3.- La legitimación activa del marido/padre formal para ejercitar acciones de impugnación de la filiación matrimonial. 3.4.- La legitimación activa amplia para impugnar la filiación no matrimonial. 3.5.- Los plazos para la impugnación de la filiación cuando el legitimado es el hijo. 3.6.- La impugnación de la filiación materna matrimonial y la restringida legitimación para su ejercicio. 3.7.- La eficacia de cosa juzgada *erga omnes* de las sentencias de filiación y el principio de protección de los hijos. 3.8.- La posibilidad de impugnar los reconocimientos de complacencia de hijo no matrimonial y la protección de los menores.

MATERIAL JURISPRUDENCIAL.

OBJETIVOS:

- Conocer de qué manera ha quedado encajado en el Derecho español y europeo el principio general de protección de los intereses de los menores, dentro de la regulación concreta de la filiación, por si puede servir de referencia para el Derecho peruano, en cuanto a interpretación de las normas vigentes, y por si se considerase conveniente acometer reformas legales futuras.
- Se trata de conocer con detenimiento si entre los distintos intereses en juego dentro de cada uno de los conflictos que se plantean en la filiación, debe o no prevalecer el del prevalencia del interés de los hijos, en especial de los hijos menores, sobre cualquier otro.
- Examinar la más reciente jurisprudencia española y europea sobre filiación, para conocer hasta qué punto se están adoptando soluciones que respondan a la tutela de los intereses de los menores.

LECCIÓN:

1.- Introducción.

A nivel internacional, se concede cada vez mayor importancia a la tutela de los intereses de los menores, anteponiendo estos a cualesquiera otros intereses (de los padres, familiares, Estado...) hasta el punto de haberse convertido en un principio de orden público en el ámbito del Derecho de familia. Ello no significa que necesariamente, siempre y en todo caso, deba prevalecer el interés del menor o menores por encima de los demás intereses en juego, pero sí obliga al legislador y al intérprete del Derecho a discernir con suma cautela en qué casos o situaciones no debe prevalecer, o, sobre todo, de qué manera se ha de traducir ese principio de prevalencia en un conflicto concreto.

En materia de filiación y acciones de filiación, el examen de la jurisprudencia nacional y extranjera pone de manifiesto las grandes dificultades con que se ha de enfrentar el aplicador del derecho a la hora de sopesar la mejor solución del caso conflictivo.

Esa dificultad se ve acrecentada por unas normas legales codificadas en materia de filiación que, en la mayor parte de los ordenamientos, resultan caóticas y sin una orientación definida, y que, además, en muchas ocasiones, lesionan y deterioran de forma gravísima la posición jurídica del hijo menor haciendo muy difícil o casi imposible una interpretación correctora que tenga en cuenta los intereses de los menores.

A este respecto, en España, la reciente modificación de determinados artículos del Código Civil en el campo de la filiación (arts. 108 a 141 CC), producida como consecuencia de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha constituido desgraciadamente una ocasión perdida para acometer una reforma de los preceptos codificados dirigida a plasmar una tendencia protectora de los menores que, siendo imparable en otros ámbitos (matrimonio y divorcio, patria potestad, tutela e instituciones afines...), aún no ha encontrado su asiento en la normativa sobre filiación.

2.- Fundamentos internacionales y constitucionales para la tutela de los menores en el ámbito de la filiación:

Por lo pronto, hay que recordar que la vigente Constitución española de 1978 se refiere de manera explícita en su artículo 39 al principio de protección integral de los hijos y de igualdad de éstos por razón de filiación, por un lado, y al principio de investigación de la paternidad, garantizada constitucionalmente, por otro.

Dispone el art. 39.2 de la Constitución Española lo siguiente, en relación a este principio: *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la **protección integral de los hijos**, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres,*

cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

Este precepto constitucional español entronca con los múltiples instrumentos internacionales que disponen la protección de los hijos, fundamentalmente durante su minoría de edad. Así, en aquellos sistemas jurídicos europeos en que no existe, como en España, un principio constitucional tan patente de tutela integral de los hijos, en especial en materia de filiación, se recurre igualmente a dicho principio a partir de la suscripción y ratificación de Tratados y Convenios internacionales, tales como:

- Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989, en cuyo artículo 3, por ejemplo, se dispone que **“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño;** o en cuyo art. 7, se establece que **“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.** Para terminar, el art. 8 dispone: **“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”**, y el art. 17 que **“Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental”.**

- Carta Europea de Derechos del Niño aprobada por Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992, en donde se dice en su art.11 que **“Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros”.** Y en su art.12: **“Todo niño tiene derecho a gozar de unos padres o, en su defecto, a gozar de personas o instituciones que los sustituyan. El padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto al desarrollo y educación. Corresponde a los padres en prioridad el dar al niño una vida digna y, en la medida de sus recursos financieros, los medios para satisfacer sus necesidades. Los Estados deberán asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, servicios y facilidades sociales. Los padres trabajadores deberán asimismo gozar de licencias para el cuidado de sus niños”.**

- Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Adopción internacional de 29 de mayo de 1993.

- Recomendación 1443 (2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cuyo art. 22 dice: **“Artículo 22. Acceso a la información y modalidades de su**

transmisión. 1. Podrán adoptarse disposiciones para que una adopción pueda tener lugar, en su caso, sin revelar la identidad del adoptante a la familia de origen del menor. 2. Se tomarán disposiciones que requieran o autoricen que el procedimiento de adopción se desarrolle a puerta cerrada. 3. **El menor adoptado tendrá acceso a la información relacionada con sus orígenes en poder de las autoridades competentes. Cuando sus padres de origen tengan derecho a que no se divulgue su identidad, una autoridad competente deberá tener la posibilidad, en la medida en que la ley lo permita, de determinar si es conveniente no hacer uso de este derecho y de transmitir información sobre la identidad, teniendo en cuenta las circunstancias y derechos respectivos del menor y de sus padres de origen. Un menor adoptado que no haya alcanzado aún su mayoría de edad podrá recibir asesoramiento adecuado.** 4. El adoptante y el menor adoptado podrán obtener documentos que contengan extractos de los registros públicos que den fe de la fecha y el lugar de nacimiento del menor adoptado, pero que no revelen expresamente la adopción, ni la identidad de los padres de origen. Los Estados Partes podrán decidir la no aplicación de esta disposición a las demás formas de adopción que se indican en el apartado 4 del artículo 11 del presente Convenio. 5. **Considerando el derecho de una persona a conocer su identidad y sus orígenes, las informaciones pertinentes relativas a una adopción se recogerán y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que aquélla se haya hecho definitiva.** 6. Se llevarán los registros públicos o, al menos, se reproducirán sus contenidos, de tal modo que las personas que no tengan un interés legítimo en los mismos no puedan tener conocimiento de la adopción de una persona o, si ésta es conocida, de la identidad de sus padres de origen”.

- Convenio Europeo de Roma para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950.

Así pues, este principio de *favor filii* o de protección integral de los hijos, aun cuando su alcance resulta ser mucho más general e impregna hoy día toda la normativa nacional e internacional sobre Derecho de familia, ha tenido y tiene en la actualidad una influencia muy especial en materia de filiación. Así, la doctrina y la jurisprudencia se han centrado en otorgar preponderancia al principio del *favor filii* o interés del hijo en el ámbito de las acciones de filiación, frente a los intereses de terceros en el ejercicio de dichas acciones; ello con independencia de que se trate de hijos menores o mayores de edad, de modo que existe un consenso general acerca de la necesidad de tutelar ese interés por encima del de otros implicados.

3.- Consecuencias singulares en la aplicación de dicho principio de preponderancia del interés del hijo menor:

3.1.- El reconocimiento de los hijos menores no matrimoniales:

El artículo 124 del CC español regula el reconocimiento de la filiación no matrimonial cuando se trata de reconocer a un menor de edad, y por ello se establece como exigencia que concurra el consentimiento de su representante legal (o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido, si no era representante legal). Al efecto dispone: “*Art.124. La eficacia del*

reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido. No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

Esta norma plantea el grave problema de que se hace depender en buena medida el reconocimiento de la filiación de un menor, de que así lo consienta su representante legal, que a la sazón será normalmente la madre con filiación ya determinada. A veces sucede que la madre, por circunstancias diversas, se niega a prestar ese consentimiento, en particular cuando la relación con el progenitor que quiere reconocer ha sido o es tormentosa, y se estima por la madre que puede ser perjudicial para el hijo el establecimiento del vínculo de filiación paterna, con todo lo que ello podría llevar consigo (derecho hipotético del padre de relacionarse con el hijo, o incluso de convivir con él, generación de influencias que pueden ser perniciosas...).

Esta dependencia del consentimiento del representante legal (madre, normalmente) resulta inconveniente para los intereses del hijo menor, visto desde la perspectiva de sus alimentos y su desarrollo personal, al poder verse muy reducido en su disponibilidad económica sin el respaldo económico del padre reconocedor.

Es cierto que cabe legalmente, al menos en Derecho español, la alternativa de recurrir al juez, en defecto de ese consentimiento, pero ello no siempre con resultado previsible. En primer lugar, porque el único que de hecho podría promover la intervención del juez sería el propio reconocedor, con lo que se podría dilatar la determinación de la filiación, e incluso impedirla, si por alguna razón dicho reconocedor no muestra interés en actuar tras la negativa del representante legal. Pero, además, incluso aunque se haya instado el cauce judicial por el reconocedor, no están claros los criterios a los que deberá atender el juez a la hora de decidir si autoriza la eficacia del reconocimiento, ya que podría resolver con base en la idea de verdad biológica (decidir en la medida en que existan pruebas fehacientes de una alta probabilidad o certeza de que es padre biológico el reconocedor), o bien con base exclusivamente en el interés del menor; dejando abierta siempre la posibilidad de una ulterior impugnación de la filiación por vía judicial, al no tener eficacia de cosa juzgada el reconocimiento, aun autorizado judicialmente.

Es evidente que el legislador no ha tenido suficientemente en cuenta el interés del menor en todas estas situaciones, haciendo depender su desarrollo vital de la actitud, a veces caprichosa, de la madre, como representante legal única del menor, quien puede verse influida por sus propias necesidades y convicciones, antes que por las del hijo. Todo indica, por tanto, que las normas sobre reconocimiento de la filiación extramatrimonial no deberían quedar en manos de los progenitores, ya que ello podría ir en detrimento de la posición de los hijos menores.

Probablemente, en este como en otros conflictos en los que se ven afectados menores, debería establecerse por el legislador, cuando menos, una primera y básica medida protectora: la designación cuasi automática de un representante “ad hoc” para el menor, al margen de la representación legal de su madre, llámese defensor judicial, curador legal o tutor, por cuanto es excesivamente frecuente que entren en conflicto en materia de filiación los intereses del menor, por un lado, y los de la madre o padre representante legal, por otro, quien normalmente puede dejarse guiar por consideraciones muy personales que nada tienen que ver con los intereses del menor, sobre todo de orden patrimonial (y también afectivo o de desarrollo personal).

Por otro lado, se ha discutido la conveniencia de seguir manteniendo una norma como el actual artículo 125 C. Civil español, regulador de la determinación de la filiación no matrimonial de los hijos incestuosos, desde la perspectiva de la tutela de los intereses del menor. Dicha norma dispone: *“Art.125. Cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente , respecto del otro, previa autorización judicial, que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz”*.

Esta norma plantea diversas cuestiones, pero por lo que concierne al tema que aquí se está analizando, son dos las cuestiones: una, la del total control judicial, haciendo inviable no sólo un reconocimiento paterno, sino incluso una acción de reclamación de la filiación no matrimonial, al darse prevalencia a la decisión final del juez; y dos, la de conocer y concretar qué criterios son los que deberán utilizarse para decidir qué es lo que “conviene” al menor o incapaz, por cuanto aquí se pueden mezclar consideraciones económicas con otras de índole más personal, pudiendo producirse una denegación de esa determinación de la filiación si se considera que puede ocasionar en el futuro problemas de convivencia o de relación entre padre reconocedor e hijo. Debe advertirse respecto de esto último, algo que no deja de ser obvio, aunque no siempre se aprecie, a saber: que no por el hecho de que se determine la filiación, automáticamente se adquieren por el progenitor derechos de convivencia con el hijo, es más, ni siquiera tiene garantizado un derecho de relacionarse con él, lo que puede estar justificado, con alcance casi general, en estos casos de hijos “incestuosos”.

3.2.- La legitimación del padre biológico y de la madre para ejercitar acciones de reclamación de la filiación:

- En España, la ley equipara a los dos tipos de filiación (matrimonial y no matrimonial), a la hora de autorizar la reclamación de la filiación (art. 131 CC), en los casos en que exista posesión de estado de hijo, esto es, apariencia externa de vínculo de filiación: en estas situaciones, se legitima para ambas clases de filiación a toda persona con interés legítimo para reclamar la filiación. En cambio, si no existe dicha posesión de estado, siendo la filiación matrimonial, la legitimación activa para reclamar le corresponde al padre, a la madre o el hijo; pero si es no matrimonial, le corresponde sólo al hijo.

A este respecto, en España, hasta el año 2005, se ha venido denegando legitimación activa al progenitor biológico, fundamentalmente con base en la idea impedir la perturbación de la paz familiar (en este caso, de la familia con la que viene

conviviendo el hijo biológico). Así, el antiguo art. 133 C.Civil español sólo legitimaba al hijo, antes y después de su mayoría de edad, para reclamar esa filiación paterna no matrimonial, excluyendo al padre biológico y también a la madre con filiación ya determinada.

Resulta llamativo que haya habido que esperar, para reconocer igualmente al padre biológico la legitimación activa en estos casos de reclamación de la filiación no matrimonial, al dictado de la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 27 de octubre de 2005.

Esta sentencia ha encontrado finalmente, después de diez años de espera, su plasmación en la reciente modificación del artículo 133 del C.Civil español, producida por la Ley 26/2015 de 28 de julio, el cual ahora ya sí dice en su apartado 2: “Art. 133.2. *Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. Esta acción no será transmisible a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida*”.

Hay que observar que esta tradicional limitación de la legitimación activa para reclamar la filiación sigue estando presente en muchos Códigos civiles, entre ellos el peruano.

Es evidente que en la redacción de tales normas no se había tenido en cuenta el interés del hijo, sobre todo si es menor, habiéndose atendido a otro tipo de consideraciones. Se pierde así de vista que una ampliación de la legitimación activa para reclamar una filiación (paterna, básicamente) no matrimonial, redundaría en claro beneficio del hijo, siempre que no exista una filiación paterna predeterminada que haya que impugnar. Por tanto, nos referimos a supuestos de acciones de reclamación puras, sin simultánea impugnación de otra filiación previamente establecida.

En estas circunstancias, la paz familiar, o las relaciones de convivencia y de relación del hijo, no tienen por qué verse afectadas, por cuanto hablamos de efectos de orden fundamentalmente patrimonial. Desde la perspectiva personal, y como antes se avanzaba, el hecho de que se produzca una determinación de la filiación paterna del hijo menor no necesariamente debe conllevar un derecho del padre biológico de convivir con el hijo, es más, ni siquiera le da derecho de relacionarse con él (derecho de visita), si así lo aconseja la situación concreta de ese menor. Esto último incluso lo puede decidir de oficio el propio juez que se pronuncie sobre la reclamación de la filiación, aun cuando no haya sido solicitado por la parte demandada en ese procedimiento.

Por el contrario, esa ampliación de la legitimación activa puede frecuentemente redundar en interés del hijo (sobre todo cuando no tenía filiación paterna previamente determinada), al tener más posibilidades de encontrar otro progenitor que le preste asistencia económica durante su minoría de edad, aparte de la madre (suponiendo que ésta tenga medios económicos actuales).

Así pues, en aquellos ordenamientos jurídicos donde la ley no reconozca al progenitor biológico esa legitimación activa, habría que buscar la fórmula para conseguirlo, recurriendo por ejemplo a los principios constitucionales de tutela de los menores, en aquellos casos en que exista un reconocimiento a nivel de Constitución. En

otro caso, parece muy recomendable recurrir a los principios emanados de los Tratados internacionales que recojan los derechos de los menores, como modo de fundamentar una legitimación activa del padre biológico que parece conveniente en la mayoría de los casos que pudieran presentarse.

- Finalmente, siendo filiación no matrimonial, en principio, la madre no matrimonial tampoco suele estar legitimada *iure proprio* para reclamar la filiación paterna, al menos formalmente, en la mayoría de los Códigos civiles tradicionales; a lo sumo, lo está en cuanto representante legal del hijo durante su minoría de edad. En España no lo estaba hasta esta reciente reforma operada por la Ley 26/2015 de 28 de julio, antes citada, al modificarse el artículo 133 CC.

No están claras las razones que tradicionalmente han fundamentado esa exclusión de la madre en la filiación no matrimonial, cuando sí lo está en la filiación matrimonial. Tradicionalmente se suele aducir la idea de que en la matrimonial la filiación paterna derivada del matrimonio y la consiguiente presunción de paternidad a partir del nacimiento y la filiación materna, por lo que la filiación paterna está indisolublemente unida a la materna, lo que sin embargo no sucede en la filiación no matrimonial.

Sin embargo, no se trata de un argumento convincente, al menos desde una perspectiva actual y adaptada a la realidad social del momento. Existe un interés evidente, legítimo y protegible, de la madre con filiación determinada en reclamar la filiación paterna no matrimonial, no sólo en interés de su hijo, sino en el suyo propio, con el fin de conseguir que el otro progenitor coadyuve a asistencia del hijo común. Siempre en el entendido de que el hijo debería siempre, una vez mayor de edad, conservar la facultad de reclamar esa filiación, incluso cuando la madre hubiese previamente iniciado un primer procedimiento de reclamación y el mismo hubiera concluido, por cualquier razón, con una sentencia desestimatoria.

Precisamente por ello, la reciente reforma del CC del año 2015, operada por Ley 26/2015, ha resuelto finalmente, con buen criterio, incorporar a la madre, junto al padre, al elenco de sujetos con legitimación para reclamar la filiación paterna no matrimonial.

- Finalmente, respecto de la legitimación de terceros distintos de padre, madre e hijo, admitida por las leyes cuando existe esa apariencia pública de vínculo jurídico de filiación entre progenitor e hijo en que consiste la llamada posesión de estado, el legislador y el aplicador del Derecho deberían plantearse de nuevo su procedencia.

Es bastante dudoso en términos de conveniencia y oportunidad que, a pesar de esa apariencia pública, pueda quedar en manos de terceros no directamente afectados por ese vínculo en que consiste la filiación, la facultad de reclamación una filiación ajena, generando un vínculo jurídico que no ha sido querido por los sujetos directamente afectados (al menos, de momento). Aquí sí que puede jugar de forma relevante la idea de respeto a la intimidad personal y familiar y de no intromisión de terceros en la decisión de si se pide, y en qué momento se pide, la declaración de filiación paterna o materna, sea matrimonial o no matrimonial.

De nuevo, la regulación legal puede ocasionar perjuicios, ahora de orden fundamentalmente personal, al hijo durante su minoría de edad, por permitir la intromisión de terceros en la reclamación de la filiación.

3.3.- La legitimación activa del marido/padre formal para ejercitar acciones de impugnación de la filiación matrimonial:

Un conflicto de gran relevancia que se plantea en la ley y en la práctica judicial, afectante a este principio del *favor filii* como informador de toda la regulación y de la aplicación práctica de las normas sobre filiación, se presenta cuando la acción de impugnación de la filiación, por ejemplo, la filiación matrimonial, es ejercitada de forma autónoma, y no mediante una acción mixta de reclamación/impugnación, por persona distinta del propio hijo.

En España, este asunto se regulaba en el art.136 CC, reformado también recientemente por la antes citada Ley 26/2015, que disponía respecto de la legitimación para impugnar la filiación paterna matrimonial cuando no coincidía con la biológica: *“Art.136. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento”*.

Dicha norma ha sido modificada para introducir el mandato del Tribunal Constitucional español que, ya desde el año 2005, en Sentencia de fecha 26 de mayo de 2005, venía reclamando la reforma legal del art. 136 CC para incluir una forma de cómputo del plazo de un año para que el padre pudiera ejercitar de manera efectiva la acción de impugnación, a partir del momento del conocimiento de su posible no paternidad, como modo de asegurar la tutela judicial efectiva de su derecho. Dicha sentencia no ponía en cuestión la constitucionalidad de dicha norma en cuanto a la legitimación activa del marido para impugnar, aun cuando ello podría resultar lesivo para los intereses del hijo menor, como ahora se señala.

Dice actualmente el art. 136 C.Civil español, tras la reforma de 2015: *“Art.136.1. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero. 2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento. 3. Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo”*.

Dicha reforma ha resuelto el problema del plazo de ejercicio de la acción de impugnación para el padre formal, en cuanto podía vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva y al ejercicio material de su facultad para impugnar la filiación, pero no se ha planteado la cuestión de fondo, mucho más relevante, relacionada directamente

con la adecuada tutela del interés del hijo menor, como es la de las consecuencias jurídicas derivadas de la sentencia de impugnación, cuando ésta se solicitó por el marido/padre formal sin a la vez reclamarse la verdadera filiación biológica.

En efecto, habría que plantearse la posible inconstitucionalidad, o al menos el posible choque entre dicha norma, tal como sigue redactada (y tal como aparece en muchos otros Códigos Civiles), y el principio constitucional e internacional de protección integral de los menores. Cuando esa facultad de impugnar es concedida legalmente, aparte de al propio hijo, al marido o padre formal (según que sea una filiación matrimonial o no matrimonial), o a otros sujetos distintos del hijo, su estimación final en la sentencia que resuelva sobre la impugnación (y sólo sobre ella) traerá consecuencias gravemente negativas para el hijo menor.

Así, la sola impugnación de la filiación paterna efectuada por el marido o padre formal, conllevará en principio los efectos generales de pérdida o desaparición del vínculo de filiación, haciendo cesar automáticamente el deber de alimentos de dicho marido o padres respecto del hijo, así como los derechos sucesorios entre ellos, además de otros efectos de índole más personal (pérdida de los efectos de la patria potestad, pérdida de los apellidos, etc.).

Creemos que los legisladores, al regular la facultad de impugnar la filiación determinada a favor del marido o padre formal, sin a la vez declararse la filiación a favor de otro (padre biológico), han solido confundir lo que es el derecho del padre a conocer la realidad biológica de su descendencia, en caso de tener dudas sobre la misma, con las consecuencias económicas que conlleva el desvelamiento final de que el hijo o hijos reconocidos formalmente como suyos no lo son realmente. Lo primero no tiene por qué conllevar necesariamente lo segundo, si existen razones poderosas para impedirlo. Y en el caso planteado es evidente que pueden concurrir tales razones, y por tanto justificar o bien la denegación de legitimación activa del marido/padre formal, o bien la desestimación de la demanda en aquellos casos en que la impugnación no vaya acompañada de una simultánea reclamación de la filiación del verdadero padre o progenitor biológico.

En efecto, el hipotético éxito de esa acción de impugnación, iniciada por sujeto distinto del hijo, puede resultar gravemente prejudicial a éste, siendo menor de edad (o incluso ya mayor, pero necesitado de asistencia económica), en cuanto a la pérdida de una fuente de alimentos legales como la del padre (y su familia), pudiendo producir como consecuencia un peligroso empobrecimiento del hijo, quien seguramente no podrá recurrir a un progenitor alternativo para reclamar alimentos, al menos mientras no inicie una nueva demanda de reclamación de filiación, y ésta acabe prosperando; todo ello suponiendo que tenga una posibilidad real de conocer quién puede ser ese progenitor, lo que no parece fácil en muchos casos.

Hay que tener en cuenta que ello además puede suponer, como efecto correlativo o indirecto -en aquellos ordenamientos que lo prevean-, una fuente de gasto considerable para el Estado, al verse con frecuencia en la tesitura de tener que hacerse cargo económicamente de ese menor, si su otro progenitor no tiene medios suficientes, y no hay otros parientes que se hagan cargo.

En estas situaciones entra en juego un tercer interés (además del interés del padre y el interés del hijo), de gran importancia: el de la madre biológica, cuyo conocimiento de la paternidad real será en bastantes ocasiones altamente probable. Aun cuando a veces la madre puede haber tenido pluralidad de relaciones sexuales en un corto espacio de tiempo, lo que le dificultaría determinar con precisión quién ha podido ser el padre, en la gran mayoría de las ocasiones la madre sabe o puede saber con bastante certeza la identidad del padre. Si calla, por razones personales, y no identifica al padre biológico más probable o no ejercita acciones de reclamación en nombre de su hijo menor, estará ocasionando un grave perjuicio a su propio hijo, al propiciar la pérdida de la paternidad, y por tanto los alimentos de quien ha impugnado con éxito la filiación, sin conseguirle al hijo una alternativa, como sería la de determinar la filiación del verdadero padre biológico.

¿Qué alternativas manejar en un caso así, en cuanto a la mejor tutela de los intereses en juego, y sin que ello dañe los del propio menor afectado?

Las soluciones no son fáciles ni satisfactorias desde la perspectiva de los intereses en conflicto y del respeto de los derechos constitucionales de los sujetos afectados.

Una primera solución sería disponer la responsabilidad de la madre por ocultar (dolosamente, casi siempre) la información relativa al padre biológico, con grave daño correlativo para su propio hijo. Evidentemente, eso no soluciona el problema de la pérdida de una fuente de alimentos para el hijo menor, al reducirse al patrimonio e ingresos de la madre.

En algunos países, como Alemania, se ha discutido sobre la posibilidad de obligar legalmente a la madre a identificar al progenitor biológico más probable, para proceder a continuación, si no por ella misma, sí a través del Ministerio Fiscal, a ejercitar la pertinente acción de reclamación de paternidad contra aquél. Sin embargo, esta posibilidad ha chocado con el derecho constitucional de la madre a preservar su intimidad, en la medida en que afecta a su vida afectiva y sexual, de modo que nadie puede obligarla a declarar al respecto.

Parece por tanto, que entre las posibles soluciones que nos quedarían estaría la de denegar la legitimación al marido/padre formal mientras el hijo sea menor, o mientras no se plantee una acción conjunta de impugnación-reclamación, y siempre además que, en este último caso, la sentencia concluya con la estimación de la reclamación de la filiación real. Además, ello exigiría ampliar la legitimación activa para reclamar la filiación del padre biológico, por cuanto habría que concedérsela al padre formal/marido de la madre, dado que en teoría éste carece de capacidad legal para reclamar, aunque sí para impugnar, según el vigente Derecho español, incluso tras la reforma de este mismo año 2015.

Como matiz, debemos advertir que es cierto que los ingresos o bienes del padre biológico cuya filiación se determine en el proceso mixto de impugnación/reclamación pueden ser inferiores a los del padre que impugna, sin que ello garantice el suministro adecuado de alimentos del menor, sin embargo parece que debe ser la solución más razonable, para no cargar sobre un sujeto que no es progenitor biológico la carga de

seguir alimentando al menor. Digamos que el hecho de tener uno u otro padre biológico constituye una suerte de riesgo general de la vida, del que nadie puede sustraerse.

En todo caso, puede ser también una alternativa razonable la de que, sin denegar el derecho del marido/padre formal de impugnar su propia paternidad, queden diferidos los efectos de esa impugnación -insistimos, cuando se trate de una acción de impugnación independiente y autónoma- a la adquisición del menor de su mayoría de edad, o a la obtención de una posición que le permita vivir económicamente de forma independiente. Ello complementado con la facultad (también diferida, en beneficio del hijo menor) de ese marido/padre formal de accionar contra la esposa/madre, con la finalidad de reclamarle una compensación por los gastos por alimentos asumidos durante la minoría de edad del hijo cuya filiación fue impugnada, al menos en aquellos casos en que dolosamente y de forma deliberada hubiera ocultado la identidad del padre biológico y se hubiera negado a accionar contra él en nombre de su hijo menor.

Así pues, en conclusión, parece que el principio del *favor filii* debería implicar una tendencia a nivel legislativo para restringir aún más los sujetos legitimados para ejercitar una acción de impugnación de la filiación, entendida como acción independiente y autónoma, o cuando menos hacerlo en aquellos casos y momentos en que la situación personal (edad) o económica del hijo, ya sea menor de edad, ya mayor pero aún necesitado de alimentos, pudiera verse afectada de forma sustancial. O bien, alternativamente, cabría mantener, sin denegar al marido/padre formal la facultad de impugnar su filiación determinada, la conveniencia de separar lo que es, por un lado, la declaración judicial de que no es hijo del accionante, y los efectos económicos derivados de ello, por otro.

3.4.- La legitimación activa amplia para impugnar la filiación no matrimonial:

Completando lo señalado en el apartado anterior, es también habitual en los Códigos civiles establecer una amplia legitimación —además de la del propio hijo y del padre o madre- para impugnar la filiación, matrimonial y no matrimonial (sobre todo, esta última). Así, se incluyen como sujetos autorizados para ello a los herederos del hijo, si la filiación era matrimonial y no había posesión de estado (art. 137.4 CC); y si era no matrimonial, pueden impugnar “aquellos a quienes perjudique”.

Es manifiesto que, con una perspectiva actual de las relaciones familiares, no está justificada la diferencia de legitimados para impugnar según que sean hijos matrimoniales (más restringida) o hijos no matrimoniales (más amplia). Ello puede suponer un motivo de inconstitucionalidad, por atentar al principio de igualdad ante la ley, al no existir una justificación suficiente de esa divergencia legal.

Pero al margen de lo anterior, esa diferente regulación nos plantea la cuestión de cuál debe ser la pauta adecuada y razonable a la hora de conceder legitimación para impugnar la filiación a terceros no directamente afectados por ese vínculo jurídico, siempre pensando en la mejor tutela de los intereses de los hijos, en especial mientras sean menores.

Por un lado, las consideraciones expuestas en el apartado anterior, deberían llevarnos a defender una perspectiva restrictiva de esa legitimación activa, que en todo caso debería ser unitaria o única, sea cual sea el tipo de filiación.

No obstante lo anterior, no cabe duda igualmente de que la determinación de la filiación afecta a los intereses de otros sujetos, muy afectados por el estado de ese vínculo jurídico, como pueden ser los restantes hermanos o descendientes en general del sujeto cuya filiación paterna se impugna, en cuanto sus derechos (hereditarios, también de alimentos, etc.) se pueden ver mermados por una filiación que no coincide con la real, sin que por otro lado nos salgamos de la esfera familiar, que es a donde siempre y en todo caso debería quedar circunscrito la lista de legitimados activos.

Por tal motivo, entendemos que, sea o no esa la regulación estricta del correspondiente Código Civil, el intérprete o aplicador del derecho debería considerar limitada de facto la legitimación activa para impugnar al círculo de familiares próximo conformado por padre/marido e hijo, excluyendo al resto de posibles interesados o perjudicados. Además de lo anterior, esa legitimación debería estar con más motivo limitada a la declaración de que no existe vínculo biológico entre padre presunto e hijo, dejando para un momento posterior a la mayoría de edad del menor, la producción de efectos, cuando menos en materia de alimentos.

3.5.- Los plazos para la impugnación de la filiación cuando el legitimado es el hijo:

Otro tema no suficientemente pensado por los legisladores en materia de filiación, es el tratamiento de la legitimación del propio hijo para impugnar su filiación paterna.

En España, el art. 137 CC, en su redacción anterior a la reforma de la Ley 26/2015, establecía que el hijo está legitimado para impugnar su filiación paterna (matrimonial) no biológica durante el año siguiente a su inscripción de la filiación, con el matiz de que, llegada la mayoría de edad, dispondría de ese mismo plazo de un año para impugnarla. Eso significa que, al ser un plazo de caducidad, transcurrido el mismo, tendrá el hijo vetada esa posibilidad de impugnar.

La reciente reforma del art. 137 CC operada por la Ley 26/2015, establece, en paralelo a lo que se ha hecho con la legitimación del padre, que ese plazo de un año puede empezar a computarse, no ya desde la inscripción registral, sino desde que conoce la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor. En concreto se establece en el nuevo apartado 3 del art.137 CC:

La modificación legal es razonable desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva del derecho del hijo de impugnar su propia filiación paterna, en cuanto que se estaría vedando de hecho el ejercicio de ese derecho si empezara a correr el plazo ignorando la realidad, y pudiendo concluir dicho plazo sin saber nada.

No obstante, esta modificación legal estaba ya en buena medida “descontada” por los Tribunales de justicia, que siempre han atendido al efectivo conocimiento de la divergencia entre filiación inscrita y realidad biológica.

En lo que no ha pensado el legislador, ni siquiera en esta reciente reforma legal, es en lo enormemente corto que es ese plazo, ni en el fundamento legal de esa concreta duración.

Empezando por esto último, debemos poner en tela de juicio las razones que justifican ese plazo tan breve para impugnar. Tradicionalmente se piensa que ese límite legal se refiere a los supuestos en que exista posesión de estado de filiación matrimonial, de modo que se alteraría gravemente la paz familiar por la interposición de la demanda de impugnación en cualquier tiempo, motivo por el cual debe reducirse el plazo. Esta justificación no tiene demasiado sentido visto con perspectiva actual, pues no puede anteponerse una suerte de “estabilidad familiar” que no se sabe en qué consiste, a la adecuación de lo inscrito a la realidad biológica. Además, siendo el hijo -ya mayor- el interesado en impugnar, es patente que al menos uno de los miembros de la relación no se considera vinculado con el otro, tras el conocimiento de la realidad, por lo que ni siquiera se puede pensar en una auténtica “posesión de estado”, la cual como es sabido, exige esos tres elementos típicos (nomen, fama y tractatus), y a la que le faltaría justamente el tercero de ellos.

A nuestro juicio, no tiene sentido ya, ni siquiera pensando en un presunto interés del padre formal de preservar su relación con su hijo no biológico, mantener ese plazo, por cuanto el hecho de estimarse la demanda de impugnación, no necesariamente le privará de su relación afectiva con el hijo (incluso aunque la impugnación la hubiera promovido la madre durante la minoría de edad del hijo).

Por otro lado, respecto de la brevedad del plazo (un año a partir de la mayoría de edad o del conocimiento de los hechos), de nuevo merece crítica el legislador. Pensando en una persona que acaba de cumplir los 18 años, incluso aunque en ese momento ya tuviera conocimiento de que su padre formal era el biológico, es muy poco apropiado concederle ese plazo tan corto, ya que se halla en un momento de su vida en el que, por su escasa madurez e inexperiencia, puede optar por una alternativa de la que a la postre, y con el transcurso del tiempo, pueda arrepentirse.

Por tal motivo, entendemos que no debe restringirse temporalmente la posibilidad del hijo de impugnar su propia filiación paterna, sea matrimonial o no matrimonial, siendo lo razonable disponer de un amplio período de tiempo para pensárselo; incluso no es descabellado concedérselo con carácter vitalicio, durante toda su vida.

3.6.- La impugnación de la filiación materna matrimonial y la restringida legitimación para su ejercicio:

Respecto de la impugnación de la filiación materna matrimonial, se observa igualmente en el Código Civil español una importante disfunción, dado que el art. 139 CC, incluso tras la reforma de la Ley 26/2015, sigue manteniendo la exclusiva para impugnar dicha filiación materna a la propia madre.

Esta normativa debería modificarse a la vista sobre todo de la realidad reciente de los llamados “niños robados” en España (trama en distintos centros de maternidad para hacer creer a madres de escasos medios el fallecimiento de sus hijos nacidos para luego darlos a familias pudientes, acaecida en la postguerra española y hasta los años 80 del siglo pasado), cuya simple existencia, al margen de su extensión, pone sobre la mesa la procedencia o improcedencia de la restrictiva legitimación activa para impugnar la filiación materna matrimonial en el artículo 139 CC.

Visto que es posible y previsible la presentación de demandas civiles por tales hechos, u otros similares, normalmente ejercitadas por los propios hijos ya mayores (ante el hecho de que los progenitores pudieran haber fallecido), nos lleva a considerar que carece de buen sentido en nuestro sistema jurídico, y seguramente conlleve una ampliación material de los sujetos legitimados.

De hecho, algún sector de la doctrina se ha manifestado mayoritariamente favorable a esa ampliación de sujetos legitimados para impugnar la maternidad matrimonial, para incluir al hijo o al padre formal, pero sin aludir a la madre o padre biológicos, del mismo modo que sucede con la filiación paterna. Y ello sin sujeción a condicionantes o circunstancias concretas, sólo a través del recurso a prueba biológicas que acrediten que no es acorde con la realidad esa concreta filiación materna inscrita.

3.7.- La eficacia de cosa juzgada *erga omnes* de las sentencias de filiación y el principio de protección de los hijos:

Este es también uno de los actuales caballos de batalla de la vigente regulación de las acciones de filiación, dado que el legislador español ha dado muestras de fuertes oscilaciones e incluso contradicciones a la hora de concretar la aplicación de este principio en el ámbito de los procesos de filiación.

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil española dispone en su art 764 LEC: **“Artículo 764. Determinación legal de la filiación por sentencia firme. 1. Podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil. 2. 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. Si la existencia de dicha sentencia firme se acreditare una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá de plano al archivo de éste.**

Esta norma legal parece la principal manifestación del principio de seguridad jurídica en el ámbito de los procesos de filiación, en cuanto que una sentencia firme sobre reclamación de filiación, una vez accede al Registro Civil, ya es oponible *erga omnes*, incluso frente a quienes no intervinieron en el proceso como partes.

Debajo de todo ello sin duda se halla, de forma adicional a la necesaria seguridad jurídica por la que debe velar nuestra legislación en general, un deseo patente del legislador de asegurar la llamada “paz familiar”, impidiendo sucesivas y reiteradas

reclamaciones judiciales que provoquen la desestabilización de las familias, por la incertidumbre derivada de nuevos procesos judiciales que pudieran plantearse.

Esa forma de entender la seguridad jurídica en el campo de las acciones de filiación plantea, entre otros, el problema de la indefensión que podría sufrir aquella persona directamente interesada en la filiación (por ej., el posible padre biológico), cuando no intervino ni fue llamado al primero de los procesos, o cuando lo hizo pero a través de un representante legal que no actuó con la debida diligencia en la averiguación del verdadero origen biológico del hijo.

Del mismo modo, pensando en el hijo (menor o mayor de edad), un proceso en el que su representante legal actuó con otras finalidades ajenas a los intereses del hijo, o de forma fraudulenta, puede lesionar de forma gravísima los intereses del hijo, si no se le concede, ya siendo mayor, la posibilidad de replantear un nuevo proceso sobre el mismo objeto.

3.8.- La posibilidad de impugnar los reconocimientos de complacencia de hijo no matrimonial y la protección de los menores:

También es uno de los asuntos más habitualmente tratados en la reciente jurisprudencia española, y exige un examen minucioso de la misma, y de los criterios utilizados. Cabe citar al respecto las SSTS de 29 de octubre y 5 de diciembre de 2008 y la más reciente de 4 de julio de 2011, entre otras.

Como es sabido, recientemente el Tribunal Supremo español se ha pronunciado, de forma ya inequívoca, acerca de si es viable o no ejercitar una acción de impugnación de la filiación no matrimonial paterna, cuando ésta había sido determinada mediante un reconocimiento de los denominados “de complacencia”. El criterio ha sido la admisión de esa acción impugnatoria ex art. 140 CC, al margen de la acción de impugnación por vicio del consentimiento (por error, básicamente) del acto de reconocimiento del hijo por parte del padre (o la madre), de acuerdo con el art. 141 C.Civil. Así pues, aunque esta última vía pudiera estar cerrada, por no existir realmente vicio del consentimiento, en cuanto que el reconocedor era perfecto conocedor de que no era hijo suyo el reconocido, no por ello estará vetada, según el T.Supremo español, la posibilidad de impugnar la filiación con base en la verdad biológica.

En relación a esta doctrina, cabe matizar o añadir lo siguiente:

- Un reconocimiento de complacencia implica un acto jurídicamente nulo, bien por no existir propiamente voluntad (ser simulada), bien por ser fraudulento (art.6.3 CC), en cuanto acto contrario a la ley (art. 6.2 CC) que utiliza una vía oblicua para conseguir un efecto legalmente prohibido. Por lo tanto, debería aplicarse sin problemas toda la doctrina jurisprudencial acerca de la legitimación activa para impugnar actos y negocios jurídicos nulos de pleno derecho, en la que se incluye a las propias partes que emitieron los consentimientos.

Existen, sin embargo, algunos autores que han venido señalando la conveniencia de aplicar el principio de buena fe (art. 7.1 CC), en su vertiente de aplicación de la

doctrina de los propios actos, imposibilitando la impugnación por parte del reconocedor, por considerar que se trata justamente de un acto ilícito, y nadie puede invocar con éxito ante los Tribunales su propia torpeza.

- Junto a lo anterior, la admisibilidad de la impugnación de estos reconocimientos de complacencia, con base en el artículo 140 CC, puede presentar el inconveniente de que podrían chocar contra el principio *favor filii*, de origen constitucional.

Así, cuando la impugnación se efectúe por el padre reconocedor, en contra de la voluntad o de los intereses del hijo, podría cuestionarse la solución adoptada, por la prevalencia del mandato constitucional de protección del menor en este ámbito respecto de las reglas generales sobre legitimación para impugnar la filiación, contenidas en una ley ordinaria como es el Código Civil.

Es decir, en la medida en que se acredite que la impugnación no va seguida de una consiguiente reclamación de otra filiación paterna, la decisión del Juzgador acabará lesionando gravemente los intereses del hijo, sobre todo si es menor de edad, no sólo desde la perspectiva estrictamente afectiva, sino también desde la económica, al privársele de la asistencia patrimonial de quien se comprometió a ser formalmente su padre a todos los efectos, a sabiendas de que no lo era.

La doctrina del TS sobre esta materia se ha fundamentado indiscutiblemente en la idea de verdad material y de libre investigación de la paternidad. Sin embargo, cabe recordar cómo el mandato constitucional sobre investigación de la paternidad se orienta primordialmente hacia la protección de los intereses del hijo, como medio para asegurarse la obtención de asistencia por parte de los dos progenitores, pero no propiamente para permitir que ese hijo, a través de la legitimación de los padres formales para impugnar su propia paternidad mediante tales medios probatorios, quede sin la asistencia paterna. Máxime en un supuesto como éste de reconocimientos de complacencia, donde no parece muy justificada la tutela del interés del reconocedor fraudulento frente al del hijo reconocido.

La cuestión se puede tornar más preocupante, dado que la eficacia de esta doctrina jurisprudencial, desprotectora a la postre de los intereses de los hijos, alcanza sólo a los no matrimoniales, siendo bastante dudosa en su traslación a los casos de reconocimientos de hijos matrimoniales, anteriores o posteriores al matrimonio (arts. 117, 118 y 119 CC español), generando o pudiendo generar así una suerte de discriminación entre unos y otros.

MATERIAL JURISPRUDENCIAL

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 208/2012 de 11 abril

[RJ2012\5745](#)



FILIACION NO MATRIMONIAL: Acción de reclamación: Legitimación Activa: existencia: relación estable extramatrimonial de los padres de la actora a pesar de estar casados por separado, siendo inscrita como hija matrimonial del esposo de la madre: imprescriptibilidad de las acciones de filiación durante la vida del hijo: pretender ver abuso de derecho en el ejercicio de la acción tiempo después de haber conocido su origen biológico resulta contrario al principio de protección de la dignidad de la persona; Legitimación Pasiva de los herederos del padre biológico fallecido: existencia: ejercicio conjunto por la actora permitido por el art. 134.1 CC de

las acciones de reclamación de filiación no matrimonial en la que aquéllos son parte legítima y de impugnación de la filiación matrimonial contradictoria que no les influye. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: improcedencia: interpretación del art. 766 LECiv en el caso concreto en que la madre interviene como testigo manifestándose explícitamente a favor de la paternidad del padre biológico: no tiene que ser demandado quien dentro del proceso ha reconocido la legitimación del otro.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación 535/2011

Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías

Los antecedentes necesarios para el estudio de la Sentencia se relacionan en su fundamento de derecho primero. El TS **declara no haber lugar** al recurso interpuesto contra la Sentencia dictada el 03-12-2010 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, con imposición de costas a la parte recurrente.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Abril de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2ª por **Dª Benita , D. Benigno y D. Cipriano** , representados por la Procuradora de los Tribunales Dª. Miriam Martón Guillén contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y sección, el día [3 de diciembre de dos mil diez \(PROV 2011, 380115\)](#) , en el rollo de apelación nº 351/10, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba, en los autos de juicio de **filiación** nº 151/09. Ante esta Sala comparecen el Procurador Sr. Romero Ballester, en nombre y representación de Dª Elvira , en calidad de parte recurrida. La Procuradora Sra. Fernández Luna Tamayo ha comparecido y se ha personado en las presentes actuaciones en concepto de recurrente en nombre y representación de Dª Benita , D. Benigno y D. Cipriano . Asimismo ha comparecido el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reclamación de la **filiación** no matrimonial y accesoria de impugnación de **filiación** contradictoria Dª Elvira , contra los herederos de D. Guillermo , de los que son conocidos D. Jenaro , D. Mariano , D. Cipriano , D. Benigno , Dª Benita y D. Damaso . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"....por promovido juicio declarativo ordinario y por solicitado el reconocimiento de la **filiación** de mi representada Doña Elvira así como la impugnación de la **filiación** contradictoria previa".*

Admitida a trámite la demanda, fueron emplazados los demandados, presentándose escrito por la Procuradora Dª Miriam Martón Guillén en representación de D. Mariano , alegando la incapacidad de su hermana Dª Benita , dictándose con fecha 20 de marzo de 2009, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: *"Se nombra Defensor Judicial de Dª Benita , al Letrado D. Mariano , para que la represente en los presentes autos de*

Filiación instados por D^a Elvira , hasta tanto recaiga sentencia en los autos de incapacidad núm. 850/08 seguidos ante el Juzgado de 1^a Instancia núm. 5 de esta capital". Mediante el oportuno escrito comparecen ante dicho Juzgado D. Damaso , D. Jenaro , D. Mariano , D^a Benita , D. Benigno y D. Cipriano , representados por la Procuradora D^a Miriam Martón Guillen contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... dicte Sentencia desestimando la demanda y con expresa condena en costas a la parte actora".

El Ministerio Fiscal, presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...que teniendo por contestada la demanda, se siga el procedimiento, con desestimación de dicha demanda, salvo que sus pretensiones resulten acreditadas en la fase procesal oportuna".

Contestada la demanda se resolvió la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo por auto de fecha 3 de junio de 2009, en el sentido siguiente: "Se desestima la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada en el escrito de contestación a la demanda por la Procuradora de los Tribunales Sra. Martón Guillén, en nombre y representación de los herederos del Sr. Guillermo".

Convocadas las partes a la oportuna Vista, la misma tuvo lugar en el día y hora señalado, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las mismas, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Córdoba, dictó Sentencia, con fecha 9 de junio de 2010 y con la siguiente parte dispositiva: " FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora D^{ña}. Sofía Aguera Segura, en nombre y representación de D^{ña}. Elvira , contra los herederos de D. Guillermo , debo declarar (sic) y la paternidad extramatrimonial de D. Guillermo respecto de D^{ña}. Elvira , con todos los efectos inherentes a esta declaración, debiendo rectificarse la inscripción de nacimiento obrante en el Registro Civil en el sentido de sustituir el nombre del padre por el del actor (sic), como hija no matrimonial, sin efectuar declaración sobre las costas de esta instancia".

SEGUNDO

Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación los Herederos de D. Guillermo , D. Damaso , D. Jenaro , D. Mariano , D^a Benita , D. Benigno y D. Cipriano . Sustanciada la apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó Sentencia, con fecha [3 de diciembre de 2010 \(PROV 2011, 380115\)](#) , con el siguiente fallo: "Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^{ña} Miriam Martón Guillen en nombre y representación que ostenta (sic) contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2010 dictada en los autos de juicio de **Filiación** núm. 151/09 por el lltmo. Sr. Magistrado-Juez de 1^a Instancia núm. 2 de Córdoba, confirmamos la aludida resolución, sin pronunciarnos expresamente en cuanto a las costas de esta alzada. Se declara la pérdida del depósito realizado en su día para recurrir".

TERCERO

Anunciados recurso de casación por vía del interés casacional y recurso extraordinario por infracción procesal, por D^a Benita , D. Benigno y D. Cipriano , representados por la Procuradora de los Tribunales D^a. Miriam Martón Guillén, formalizó el recurso de casación, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.-Infracción por interpretación errónea del [art. 7.1 del Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) que exige que los derechos se ejerciten conforme a las reglas de la buena fé.

Segundo.-Infracción por inaplicación de lo dispuesto en el [art. 6.4](#) del Código Civil que proscribe el fraude de ley.

El recurso extraordinario por infracción procesal se formalizó articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.-Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia en base a lo dispuesto en el [art. 469.1.2º](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) .

1º.1 No aplicación del [art. 766](#) de la LEC.

Segundo.-Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia en base a lo dispuesto en el [art. 469.1.2º](#) de la LEC.

2º.1 Infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el apartado 4 del [art. 767](#) de la LEC.

Tercero.-Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia en base a lo dispuesto en el [art. 469.1.2º](#) de la LEC..

3º.1 Infracción del [art. 10](#) de la LEC, por falta de legitimación pasiva.

Cuarto.-Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia en base a lo dispuesto en el [art. 469.1.3º](#) de la LEC. Infracción por inaplicación del principio de presunción de inocencia recogida en el art. 24.2 de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836 \)](#) , e infracción del art. 118 CE .

CUARTO

Con fecha [6 de septiembre de 2011 \(PROV 2011, 329687\)](#) , la Sala dictó auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Dª Benita , D. Benigno D. Cipriano , contra la Sentencia dictada, en fecha [3 de diciembre de 2010 \(PROV 2011, 380115\)](#) , por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2º), en el rollo nº 351/2010 , dimanante juicio de **filiación** nº 151/2009, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Córdoba".

El Procurador D. Arturo Romero Ballester, en nombre y representación Dª Elvira , presentó escrito impugnando los recursos formulados de contrario, y solicitando su desestimación.

El Ministerio Fiscal presentó escrito impugnando los motivos formulados en ambos recursos, y solicitando su desestimación.

QUINTO

Se señaló como día para votación y fallo del recurso el quince de marzo de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmá. Sra. Dª. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

. Resumen de los hechos probados.

1º Dª María Luisa mantuvo una relación estable extramatrimonial con D. Guillermo, desde 1958 hasta el fallecimiento de éste, en 2008. Dª María Luisa se casó en 1968 con D. Remigio y durante el matrimonio, en 1970, nació la demandante en este pleito, Dª Elvira, que fue inscrita como hija matrimonial de D. Remigio .

2º Dª Elvira mantuvo relaciones con D. Guillermo, durante los periódicos encuentros que su madre y D. Guillermo mantuvieron a lo largo de su vida. Desde los 11 años sabía que D. Guillermo era su padre biológico. Este había pagado los gastos de educación de su hija y ésta había mantenido relaciones familiares con los hijos de la demandante.

3º D. Remigio falleció en 1992 y D. Guillermo, en 2008.

4º A la muerte de D. Guillermo, Dª Elvira demandó a sus herederos D. Jenaro , D. Mariano , D. Cipriano , D. Benigno , Dª Benita y D. Damaso , interponiendo una demanda de reclamación de la **filiación** no matrimonial y de impugnación de la **filiación** contradictoria, al amparo del Art. 131 CC.

Los demandados opusieron la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, al considerar que debían demandarse también a los herederos del padre D. Remigio y a la madre, Dª María Luisa. Además, alegaron que la acción se había interpuesto en forma tardía y que era contraria a la doctrina de los actos propios.

5º La sentencia del juzgado de 1ª instancia nº 2 de Córdoba, de 9 junio 2010, estimó la demanda. La cuestión del litisconsorcio pasivo necesario fue resuelta en sentido negativo por auto de 3 junio 2009. Respecto al fondo del asunto, después del examen de las pruebas, la sentencia de 1ª instancia dijo que se alcanzaba *"[...] la conclusión, por presunciones, de que es más que probable que D. Guillermo sea el progenitor de la actora, y es aquí, con el anterior acervo de pruebas, donde debe valorarse la negativa de los demandados a someterse a las pruebas biológicas interesadas de contrario"*, aunque no la trata como una *ficta confessio*, sino en conjunto con la prueba practicada.

6º Los demandados apelaron la anterior sentencia. La [SAP, sección segunda, de Córdoba, de 3 diciembre 2010 \(PROV 2011, 380115\)](#), confirmó la sentencia recurrida, con los siguientes argumentos: **a)** no puede estimarse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, porque lo que se reclamó fue la **filiación** paterna, no siendo cuestionada la materna y la madre, Sra. María Luisa , fue oída como testigo, por lo que la alegación de los recurrentes sobre la infracción del [Art. 766 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#), *"carece de fundamento y debe ser rechazada por considerar que lo que estos pretenden es ampararse en formalismos enervantes para impedir que se entre en el fondo de la cuestión debatida"*; **b)** de los actos de la Sra. María Luisa , madre de la demandante, *"se deduce con meridiana claridad estar conforme con la pretensión deducida por la hija"*; **c)** las pruebas no dejan lugar a dudas y la valoración efectuada no incurre en ningún error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción; **d)** no está justificada la negativa de los recurrentes a la prueba biológica en el hecho de que la actora actuaba de mala fe, puesto que ésta no se ha probado; **e)** la actitud obstruccionista a la prueba biológica produce infracción del Art. 118 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#), puesto que *"[...] en los supuestos de **filiación** prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, de acuerdo con la jurisprudencia del TS "*; **f)** la acción de reclamación de la **filiación** puede ser ejercitada por el hijo durante toda su vida y en este caso, se ejercitó 7 meses después del fallecimiento del padre biológico, lo que es suficiente para desestimar la alegación de que la demandante actuó de mala fe, y **g)** *"no es aplicable la doctrina del retraso desleal al presente supuesto, ni por tanto ha quedado acreditado que la actora actuara contraviniendo el principio de buena fe"*.

7º Dª Benita , D. Benigno y D. Cipriano presentan recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Figura el informe del Ministerio Fiscal, que se opone a los dos recursos.

SEGUNDO

En el [ATS de esta Sala de 6 septiembre 2011 \(PROV 2011, 329687\)](#) se acordó admitir el

recurso de casación, sin hacer ninguna referencia al extraordinario por infracción procesal. Se ha constatado por esta Sala la existencia de un error material, que se subsana en este momento, entendiéndose también admitido dicho recurso.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

TERCERO

Aunque se presenta a continuación del recurso de casación, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser examinado antes, en virtud de lo dispuesto en la DF 16, regla 5ª [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#).

El Motivo primero, al amparo del Art. 469, 1 , 2 LEC, denuncia la infracción del [Art. 766](#) LEC, porque no se demandó a la madre ni a nadie como heredero del progenitor legalmente determinado, que debe ser parte en el procedimiento, por lo que no se puede reservar al demandante la facultad de decidir sobre qué progenitor de los inscritos en el Registro civil debe ser demandado. Ello implica no respetar ni el principio de tutela judicial efectiva, ni el principio de seguridad jurídica. Deben ser demandados quienes aparezcan como progenitores suyos en virtud de la **filiación** legalmente determinada.

El motivo primero no se estima .

En las acciones de impugnación de la **filiación** , el [art. 766](#) LEC exige que se demande "a quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la **filiación** legalmente determinada", sustituyéndose por los herederos cuando alguno de ellos hubiese fallecido. Esta regla general crea un litisconsorcio pasivo necesario en este tipo de acciones, por lo que la ley exige que se demande a la madre y si no lo es, en principio, estará mal constituida la litis.

Ahora bien, para decidir el caso concreto, debe procederse a la interpretación de la norma, en este caso, el art 766 LEC, de acuerdo con su espíritu y finalidad, según dispone el art 3.1 [CC \(LEG 1889, 27 \)](#). Así, las razones por las que, a diferencia de lo que ocurría en el Código civil, se introdujo la necesidad de demandar a la madre en el art 766 LEC son: la primera, que en los procedimientos de impugnación de la paternidad se van a discutir cuestiones que afectan al derecho a la intimidad de la madre; en segundo lugar, que si no se la demanda, se puede producir indefensión, por lo que la necesidad de demandarla constituye una garantía procesal; y la tercera, porque la **filiación** es indivisible y la declaración de paternidad extramatrimonial afecta a la matrimonial de la madre también. Estas razones van más allá de un puro formalismo, que es el que late en las alegaciones de la parte recurrente desde el inicio del procedimiento, y teniéndolas en cuenta, hay que rechazar que en el presente supuesto se haya producido una falta de litisconsorcio pasivo necesario, que deba llevar a la anulación de todo el procedimiento. Una solución de este tipo implicaría volver al inicio, demandar a la madre y dilatar la solución que muy probablemente sea la misma que se ha producido en las sentencias recaídas hasta ahora.

Hay que tener en cuenta que:

1º Esta Sala ha manifestado reiteradamente que no tiene que ser demandado quien dentro del proceso ha reconocido la legitimación del otro. ([SSTS de 2 abril 1986 \(RJ 1986, 1789\)](#), y 16 julio 1985, entre otras).

2º La madre ha tenido oportunidad de declarar en el procedimiento sobre el núcleo de la cuestión discutida, es decir, si el progenitor biológico de su hija y demandante Dª Elvira era su marido, D. Remigio , o bien D. Guillermo , porque ha intervenido como testigo en el pleito y se ha manifestado explícitamente sobre la cuestión debatida y concretamente, a favor de la paternidad de D. Guillermo .

CUARTO

Motivo segundo . Infracción del [Art. 767 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) en cuanto establece que la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la **filiación** reclamada, siempre que existan otros indicios. Ellos no se negaron. Se va a examinar conjuntamente con el motivo cuarto , que denuncia la indebida aplicación de la doctrina jurisprudencial que permite la valoración de la negativa al sometimiento de la prueba biológica, junto con otras pruebas indirectas, para llegar a la determinación de la **filiación**. De los seis herederos, solo se señaló a tres para la celebración de la prueba biológica. Se hace recaer la negativa de los tres primeros sobre el resto de los demandados, que no fueron propuestos para la realización de la prueba. Con ello, se está condenando a los hermanos a los que no se dio la opción de pronunciarse sobre si estaban o no dispuestos a practicar esta prueba, por lo que se está vulnerando la presunción de inocencia.

Los motivos segundo y cuarto se desestiman.

Es doctrina consolidada que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una *ficta confessio* , sino que tiene la condición de un indicio probatorio que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada ([STC 14-2-2005 \(RTC 2005, 29\)](#) y [SSTS 27-2-2007 \(RJ 2007, 1868\)](#), entre otras). Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba.

En el presente litigio, se ha tenido en cuenta el conjunto de las pruebas aportadas y por ello la sentencia (PROV 2011, 380115) recurrida atribuye la paternidad al padre de los demandados, D. Guillermo , no fundada en una *ficta confessio* , sino en otras circunstancias a que se ha hecho referencia, entre las que puede encontrarse la negativa al sometimiento a la prueba biológica. Esta doctrina está de acuerdo con lo que dispone el [art. 767.4](#) lec, que la parte recurrente no tiene en cuenta. Esta norma dice que "la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la **filiación** reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o la maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios". De acuerdo con lo dicho, se ha cumplido el mandato del [art. 767.4](#) lec, por lo que no se ha producido la infracción denunciada.

QUINTO

En ningún caso puede acusarse a la sentencia (PROV 2011, 380115) recurrida de haber vulnerado el principio constitucional de la presunción de inocencia. Es también doctrina reiterada de esta Sala que la presunción de inocencia tiene su proyección en el derecho penal, no en el derecho civil ([SSTS 192/2002, de 8 marzo \(RJ 2002, 3282 \)](#) ; [634\[sic\]/2002 de 28 junio \(RJ 2002, 5508\)](#) ; [870/2006, de 21 septiembre \(RJ 2006, 8586 \)](#) y [187/2008 de 28 febrero \(RJ 2008, 5212 \)](#) , entre muchas otras) y más en este caso, en que lo que se discute es la determinación de la paternidad, cuya identificación no puede constituir nunca una sanción, al afectar al derecho de la personalidad del nacido, derecho protegido por medio del Art. 10 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) y del art. 39.2 CE , que permitió en su día la libre investigación de la paternidad de acuerdo con la protección de la personalidad.

SEXTO

Motivo tercero. Infracción del [Art. 10 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) . Aunque se ejercitan dos acciones, la de reclamación de la **filiación** no matrimonial y la de impugnación de la matrimonial, solo se demanda a los hijos del padre biológico, cuando la acción es distinta.

Los herederos de D. Guillermo no pueden considerarse parte legítima respecto de la acción de impugnación.

El motivo se desestima .

Es cierto que los herederos del Sr. Guillermo no son parte en la acción de impugnación, pero el [art. 134.1 CC \(LEG 1889, 27 \)](#) permite ejercitar conjuntamente las acciones de reclamación y de impugnación de la **filiación** contradictoria ([STS 618/2002 de 13 junio \(RJ 2002, 4890 \)](#)) y las allí citadas y también art. 235-22 [CCC \(LCAT 2010, 534\)](#)), por lo que ellos resultan demandados en la acción de reclamación de la paternidad ejercitada contra D. Guillermo y esta es una cuestión que no influye de ninguna manera en la acción de reclamación.

SÉPTIMO

La desestimación de todos los motivos de recurso extraordinario por infracción procesal, formulado por la representación procesal de D^a Benita , D. Benigno y D. Cipriano contra la [SAP de Córdoba, sección segunda, de 3 diciembre 2010 \(PROV 2011, 380115\)](#) , determina la de su recurso.

Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente, de acuerdo con lo establecido en el [art. 398.1 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , en relación con el art 394.1 LEC.

De acuerdo con lo dispuesto en la DF 16, regla 6^a LEC, debe procederse a examinar el recurso de casación.

II. **RECURSO DE CASACIÓN**

OCTAVO

Motivo primero. Interpretación errónea del [Art. 7.1 CC \(LEG 1889, 27 \)](#) , que exige que los derechos se ejerciten conforme a las reglas de la buena fe. El conflicto jurídico se produce porque "ha transcurrido un tiempo suficiente para permitir a la parte contraria confiar en que no se va a ejercitar la acción de reclamación de la **filiación**, habiéndose producido una acomodación a la actitud resultante de tal conducta pasiva". Se ha retrasado durante más de 20 años el ejercicio de la acción, lo que permitió al padre que nunca reconoció a la demandante, que ésta no iba a ejercitar la acción de reclamación. Se va a examinar conjuntamente con el motivo segundo, que denuncia la inaplicación del [Art. 6.4 CC](#), que proscribe el fraude de ley. La actora conoce la regla de la imprescriptibilidad y la utiliza a su conveniencia para elegir el momento de ejercicio de las acciones. La finalidad de la regla del [Art. 133 CC](#) es que el transcurso del tiempo no constituya un obstáculo para el ejercicio de la acción en el momento en que surja el conocimiento de la **filiación**. La imprescriptibilidad es una norma de cobertura dictada para fines distintos a los que se han utilizado y se ha burlado para conseguir otros derechos protegidos en el ordenamiento jurídico, como la seguridad, el derecho al honor y la intimidad familiar y el ejercicio de los derechos con arreglo a la buena fe.

Los motivos primero y segundo se desestiman.

La parte recurrente denuncia la infracción de dos normas generales que chocan frontalmente con la regla de la imprescriptibilidad de las acciones de **filiación** durante la vida del hijo. Las razones por las que la ley declara imprescriptible una acción obedecen a la necesidad de proteger determinados principios o intereses generales que son superiores a otros presentes y absolutamente legítimos en el ordenamiento jurídico, pero que no tienen la preponderancia de aquellos especialmente protegidos. Siguiendo este argumento, la acción para reclamar la determinación de la **filiación** biológica constituye una manifestación del principio de protección de la persona, que es preferente en nuestro ordenamiento por declaración expresa del art. 10

[CE \(RCL 1978, 2836\)](#) y para ello, en el art. 39.2 CE, se determina que la ley posibilita la investigación de la paternidad, lo que va a abrir la puerta a las obligaciones impuestas en el párrafo tercero del propio art. 39 CE. Consecuencia de ello, el Código civil trata de forma distinta la prescripción en las acciones de impugnación y las de reclamación: estas son imprescriptibles para el interesado, es decir, el hijo, quien puede ejercerlas durante toda su vida.

La pretensión de que se considere abusivo o fraudulento que el hijo ejercite una acción de reclamación mucho tiempo después de haber conocido su origen biológico resulta contraria a los principios protegidos en el ordenamiento jurídico, que priman la dignidad de la persona frente a los otros derechos que los recurrentes consideran vulnerados.

No puede excluirse como regla general, que una reclamación de **filiación** pueda resultar efectuada en fraude de ley, pero para que pudiera declararse así, se requeriría la determinación de la norma defraudada y el resultado contrario que produciría en el ordenamiento jurídico español. Es obvio que ello no es lo que se pretende con la acción de reclamación ejercitada por D^a Elvira, quien ha ejercitado la acción en el momento que ha considerado oportuno, a la vista de sus circunstancias personales y familiares. Y, por supuesto, dentro del plazo previsto por la ley, es decir, durante su vida.

En apoyo de esta argumentación debe constarse también que la norma no es extravagante y se inserta en un contexto más amplio tanto en el propio Código civil, en el que también existen acciones imprescriptibles ([art. 1965 CC](#)), como en otros ordenamientos jurídicos (así, el Art. 248 Codice civile italiano y el Art. 235-21.1 [Código civil de Cataluña \(LCAT 2010, 534\)](#).)

NOVENO

La desestimación de los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Benita, D. Benigno y D. Cipriano contra la [SAP sección segunda, de Córdoba, de 3 diciembre 2010 \(PROV 2011, 380115\)](#), determina la de su recurso.

Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente, de acuerdo con lo establecido en el [art. 398.1 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), en relación con el art 394.1 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D^a Benita, D. Benigno y D. Cipriano contra la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección segunda, de 3 diciembre 2010 \(PROV 2011, 380115\)](#), dictada en el rollo de apelación nº 351/2010.

2º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Benita, D. Benigno y D. Cipriano contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección segunda, de 3 diciembre 2010, dictada en el rollo de apelación nº 351/2010.

3º No ha lugar a casar por los motivos aducidos, la sentencia recurrida.

4º Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.

5º Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA

pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1^a) Sentencia num. 707/2014 de 3 diciembre

[RJ\2014\6258](#)



FILIACION NO MATRIMONIAL: ACCION DE RECLAMACION: LEGITIMACION ACTIVA: Evolución jurisprudencial y constitucional de su régimen jurídico: la legitimación del progenitor sin posesión de estado se equipara a la del hijo sin sujeción a plazo; PROCEDENCIA: Ginecólogo que asistió a la madre de las niñas durante su embarazo y parto, consciente de que eran hijas suyas, pese a lo que no las reconoció ni asistió económica ni afectivamente, siendo reconocidas por el demandado con el consentimiento de la madre, y estando al frente de su educación y sostenimiento económico: no prescribe la acción del progenitor no matrimonial sin posesión de estado que conoce el nacimiento del hijo desde que éste se produce y él mismo se considera a sí mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria: las limitaciones a la legitimación corresponden al legislador, y a día de hoy no se han fijado. VOTO PARTICULAR.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación 1946/2013

Ponente: Excmo Sr. Eduardo Baena Ruiz

Los antecedentes necesarios para el estudio de la Sentencia se relacionan en su fundamento de derecho primero.El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la Sentencia dictada el 29-05-2013 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, sin imposición de costas.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Dulce , doña

Patricia , doña Beatriz y don Victorio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), de fecha 29 de mayo de 2013, en el rollo de apelación 322/2011 , dimanante de los autos de juicio verbal nº 247/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ubrique.

Han comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente, doña Dulce , doña Patricia , doña Beatriz y don Victorio , representados por la procuradora doña Elisa María Sainz de Baranda Rivas.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida don Bruno , representado por la procuradora doña Gloria Mesa Teichman. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera Instancia.

1

. La procuradora de los tribunales doña María Fernández Roche en nombre y representación de don Bruno , presentó demanda de juicio verbal, en reclamación e impugnación de filiación matrimonial, ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Cádiz (antiguo mixto 8), contra doña Beatriz , contra la menor Patricia , Dulce y contra don Victorio , suplicando al Juzgado

"Que teniendo por presentado este escrito con los documentos acompañados y copia de todo ello, se sirva admitirlo, requiera a don Bruno para que comparezca y me otorgue el correspondiente apoderamiento "apud acta", y verificado tenga por formulada, en representación del mismo, demanda de juicio verbal en reclamación e impugnación de filiación matrimonial de Dulce y Patricia contra las mismas, doña Beatriz , don Victorio y con citación del Ministerio Fiscal, y seguido el juicio por sus trámites legales, dicte sentencia en su día, por la que:

A) Declare que mi representado, don Bruno , es el padre biológico de Dulce y Patricia .

B) Declare, en consecuencia, que don Victorio , no es el padre de Dulce y Patricia .

C) Declare que los apellidos de Dulce y Patricia son, por tanto, Vicente .

D) Ordene la rectificación en el Registro Civil de la inscripción de nacimiento de Dulce , que figura inscrita en el Registro Civil de Ubrique, Sección NUM000 , Libro NUM001 , Folio NUM002 , y de la inscripción de nacimiento de Patricia , que figura inscrita en el Registro civil de Ubrique, Sección NUM000 , Libro NUM003 , Folio NUM004 , en el sentido de que:

D.1. Se haga constar que el padre de las mismas es don Bruno .

D.2. Se haga constar que el primer apellido de Dulce y de Patricia es el de Vicente .

E) Con expresa imposición de costas a los demandados, si se opusieran a esta demanda."

2

La procuradora de los tribunales doña Dolores Godoy Gálvez, en nombre y representación de doña Dulce , doña Patricia , doña Beatriz y don Victorio , contestó a la demanda formulada de contrario, suplicando al Juzgado:

"Que teniendo por presentado este escrito junto con las copias que se acompañan, los admita, con devolución del poder original que se precisa para otros usos, previo testimonio para su unión a autos, y se tenga por comparecido y parte en la representación que ostento a la Procuradora doña Dolores Godoy Gálvez, en nombre de doña Dulce y doña Patricia , doña Beatriz y de don Victorio , entendiéndose conmigo las sucesivas actuaciones, y teniendo por

contestada la demanda de juicio verbal de reclamación de **filiación** no matrimonial con impugnación de la **filiación** contradictoria y tras su sustanciación, con intervención del Ministerio Fiscal, dicte resolución por la que inadmita demanda y archive las presentes actuaciones por la falta de aportación del principio de prueba y, en su defecto, dicte Sentencia por la que estime las excepciones procesales de prescripción de la acción y de falta de legitimación activa invocadas, con los efectos legales inherentes a tales excepciones procesales, y subsidiariamente dicte Sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, absuelva a mis representados de las pretensiones formuladas en su contra, todo ello con expresa condena de las costas del presente procedimiento al actor."

3

El fiscal contestó a la demanda interesando al Juzgado se le tenga por comparecido, y por opuesto a las pretensiones en ella deducidas, salvo que llegaran a probarse los hechos en los que se basa la misma.

4

El Juez de Primera Instancia e Instrucción número uno de Ubrique dictó Sentencia con fecha 1 de septiembre de 2010 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Josefa Salas Gómez en nombre y representación de don Bruno , debo declarar y declaro no haber lugar a las pretensiones de la parte actora; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas."

Tramitación en segunda instancia.

5

La anterior resolución fue recurrida en apelación por la representación procesal de don Bruno , cuya resolución correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz que dictó sentencia el 29 de mayo de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

"Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por don Vicente contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Ubrique en fecha 1 de septiembre de 2010 y desestimando la impugnación de sentencia deducida por doña Beatriz , don Victorio , doña Dulce y doña Patricia ,

a).- *Declaramos que don Bruno es el padre biológico de doña Dulce y doña Patricia . Y en consecuencia don Victorio no es el padre de aquellas.*

b).- Los apellidos de doña Dulce y doña Patricia serán en adelante Vicente .

c).- Recfíquense en el Registro Civil de Ubrique, Sección Primera, las inscripciones de nacimiento de doña Dulce (Libro NUM001 , Folio NUM002) y doña Patricia (Libro NUM003 , Folio NUM004) en el sentido de hacer constar que el padre de las mismas es don Bruno y el primer apellido de ambas el de Vicente .

d).- *Se imponen a la parte demandada las costas procesales de la primera instancia. En cuanto a las costa de esta alzada, no ha lugar a especial pronunciamiento respecto a las propias del recurso principal, imponiéndose las de la impugnación de sentencia a los impugnantes."*

Interposición y tramitación del recurso de casación.

6

Contra la anterior resolución, la representación procesal de doña Dulce , doña Patricia , doña Beatriz y don Victorio , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Cádiz, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 447.2, ordinal tercero de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , infringiendo el [artículo 1964](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) .

Segundo: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477 2, ordinal tercero de la LEC , infringiendo el [artículo 7.1 y 2](#) del Código Civil .

Tercero: Al amparo de lo dispuesto en el art 477.2, ordinal tercero de la LEC , infringiendo el [artículo 133](#) del Código Civil .

Cuarto. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC . por infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en al [artículo 18.1](#) de la [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) .

Quinto. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC , infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en al [artículo 18.1](#) de la CE

7

Por diligencia de ordenación de 31 de julio de 2013 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días, para comparecer.

8

Esta Sala dictó Auto el 1 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

" ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de doña Dulce , doña Patricia , doña Beatriz y don Victorio , contra la sentencia dictada, con fecha 29 de mayo de 2013, por la audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) en el rollo de apelación nº 322/2011 , dimanante de los autos de juicio verbal nº 247/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ubrique."

9

Dado traslado a las partes el Ministerio Fiscal impugnó el recurso interpuesto, interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

10

La representación procesal de don Bruno , presentó escrito ante esta Sala, manifestando su oposición al recurso formulado de contrario.

11

Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de noviembre, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1. En el presente litigio se ejercita por la representación de la parte actora, don Bruno , una acción de reclamación de filiación no matrimonial y acción de impugnación de filiación contradictoria contra doña Beatriz , doña Patricia , doña Dulce y contra don Victorio , solicitando que se declare que don Bruno es el padre biológico de Dulce y Patricia y, en consecuencia, se declare que don Victorio no es el padre de Dulce y Patricia , y todo ello con el consiguiente cambio de apellidos y rectificaciones en el Registro Civil.

2. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, si bien contiene como hechos relevantes acreditados no contradichos por la sentencia recurrida que i) don Victorio y doña Beatriz comenzaron su relación en el año 1981, antes del nacimiento de la primera hija, que fue en 1986, así como que el Sr. Victorio ha estado al frente de la educación y sostenimiento económico de Dulce y Patricia, además de las buenas relaciones afectivas existentes como padre e hijas; ii) que entre doña Beatriz y don Bruno han existido relaciones sentimentales.

3. Victorio nació el NUM005 de 1986 y Patricia el NUM006 de 1991 e inscritas en el Registro Civil de Ubrique más tarde como hijas no matrimoniales de don Victorio, en virtud del reconocimiento llevado a efecto por éste último ante el correspondiente Juez-Encargado, recogido en acta de 27 de septiembre de 1996, con el consentimiento de la madre de las entonces menores doña Beatriz .

4. Contra la sentencia de la primera instancia interpusieron recurso de apelación ambas parte, en vía principal el actor y en vía impugnatoria o adhesiva, en palabras de la Audiencia, los codemandados. El actor insistiendo en la prosperabilidad de la acción y los codemandados, por haberlo negado la sentencia, en lo relativo a la prescripción de las acciones de reclamación e impugnación de filiación deducidas en el pleito y la caducidad de esta última, así como la falta de legitimación activa oportunamente invocada, solicitando, subsidiariamente, caso de no prosperabilidad la impugnación, la desestimación de la demanda.

5. La sentencia recurrida, resolutoria del recurso de apelación, dictada el 29 de mayo de 2013 por la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, al plantear el ámbito de la alzada en los términos recogidos, se inclina por la solvencia y fundamento del recurso principal e inconsistencia de los argumentos obstativos de los impugnantes, puntualizando que se replantean ante la Sala las mismas cuestiones procesales y sustantivas que se hicieron valer ante el Juzgado.

6. La prescripción de la acción la rechaza por aplicación de la jurisprudencia de esta Sala, con cita de las sentencias de 24 de junio de 1996 , 20 de junio y [2 de octubre de 2000 \(RJ 2000, 7037\)](#) , entre otras, por extenderse la legitimación del hijo, al amparo del [artículo 133 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , al padre y a la madre en aplicación de criterios de flexibilidad, decantados en la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2005 , que declara inconstitucional impedir al progenitor no matrimonial la reclamación de filiación en los casos de inexistencia de la posesión de estado.

7. La caducidad de la impugnación tampoco la estima, razonando que el ejercicio de la acción de reclamación permite en todo caso, y a su vez precisa, del ejercicio de la acción contradictoria, significando que el [artículo 134](#) del Código Civil es de aplicación tanto a la filiación matrimonial como a la no matrimonial. Al ejercer la acción de reclamación puede y debe ejercer la de impugnación, en acumulación de acciones en que la impugnación es

accesoria a la reclamación, que es la principal.

8. A propósito de la discutida legitimación activa del demandante se desestima su ausencia por referirse al [artículo 10](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) a la "condición de parte legítima" y añade que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". Será, pues, la relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quienes son partes legitimadas. Al presentarse el actor como padre biológico de las codemandadas doña Dulce y doña Patricia para su reclamación de paternidad, se encuentra legitimado para la acción que ejercita por autorizarlo la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo.

9. Al estimar la acción principal y, por ende, la reclamación de paternidad, motiva que i) la negativa de las demandadas a colaborar a la prueba biológica, pues el demandado sí se presentó, impide según la doctrina constitucional y la jurisprudencia del [Tribunal Supremo \(Sentencia 11 de abril de 2012 \(RJ 2012, 5745\)\)](#) que se declare la paternidad con base única y exclusivamente a tal negativa, si bien tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria existente en el proceso; ii) a partir de tales pautas y facilidad de las demandadas para despejar las dudas que sobre la paternidad reclamada se infiriese de otras pruebas, se valora la amplia documental aportada por el actor (historia clínica de evolución y desenlace gestacional con ocasión de ambos nacimientos, asistidos por el Sr. Calixto como médico ginecólogo, despacho telegráfico remitido a la madre en relación con la inscripción y apellidos de la niña, sentencia de separación de él con su esposa que se fundamenta en la infidelidad pública y conocida del primero, conjunto de fotos de distintas épocas en que aparecen don Bruno y doña Beatriz juntos y en unión de las hijas de ésta); iii) testifical de doña Genoveva, auxiliar de don Bruno y amiga de doña Beatriz, con sólidas y convincentes declaraciones; iv) cartas dirigidas por doña Beatriz a don Bruno en relación con las hijas de ella.

10. El actor llegó a contraer matrimonio con la madre de sus pretendidas hijas a finales del año 2004.

11. Contra meritada sentencia interpuso recurso de casación la representación de todas las partes demandadas, por interés casacional puesto que la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, formulando a tal fin cinco motivos.

RECURSO DE CASACIÓN.

SEGUNDO

Los motivos que formula son los siguientes:

1. Motivo Primero. Enunciación y Planteamiento.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 447.2, ordinal tercero de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), el recurso presenta interés casacional, ya que infringe el [artículo 1964](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) (por su inaplicación e inobservancia en el caso de autos) que establece que las acciones personales que no tengan plazo especial de prescripción prescriben a los quince años, así como también infringe el [artículo 133](#) del Código Civil (por su errónea interpretación y consiguiente errónea aplicación en el caso de autos) que establece que sólo el hijo tiene acción durante toda su vida para la reclamación de la **filiación** no matrimonial cuando falta la respectiva potestad de estado, puestos en relación con el principio general de seguridad jurídica del [artículo 9.3](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#), debiendo fijarse como doctrina la de que en casos como el presente en los que el progenitor no matrimonial sin posesión de estado que conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como

padre no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria dentro del plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales, la acción prescribe.

En su planteamiento se afirma que no existe jurisprudencia directa para el caso del progenitor que reclama una filiación no matrimonial sin posesión de estado y que concurre el carácter extraordinario de interés casacional de crear jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado. Pretende, en esencia, que su acción no sea imprescriptible, como lo es para el hijo, sino sujeta a la prescripción de 15 años.

Subsidiariamente, sin cita jurisprudencial, entiende que se declare la caducidad de la acción de impugnación.

2. Motivo Segundo. Enunciación y Planteamiento.

Al amparo de lo dispuesto en el art. 477 2, ordinal tercero de la LEC , el recurso presenta interés casacional, ya que se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo el [artículo 7.1 y 2](#) del Código Civil (por su inaplicación al caso de autos) que establece como principio general del Derecho la buena fe en el ejercicio de los derechos, la prohibición de ir contra los propios actos, el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que unánimemente viene interpretando tal precepto en dichos apartados, puesto en relación con el [art. 11.2](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) , que impone a los Jueces y Tribunales rechazar las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho, debiendo fijarse como doctrina la de que los Juzgados y Tribunales rechazarán las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado en aquellos supuestos en que el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera a sí mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea, sino que lo hace de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento, máxime cuando se trata de la reclamación de la paternidad de dos hijos.

En su planteamiento acude a que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe así como a que la Ley no ampara el abuso del derecho.

Según la parte recurrente no cita ni aporta jurisprudencia, a efectos de acreditar el interés casacional, por ser un principio general al que se opone la sentencia recurrida, sentencia que, por otro lado, afirma que ha obviado pronunciarse sobre dicho principio, incurriendo en incongruencia omisiva con evidente vulneración del artículo 24 de la Constitución Española que contiene el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva.

Recoge que supondría en todo caso un flagrante abuso de derecho y un ejercicio antisocial del mismo por ejercicio extemporáneo e intempestivo que no puede ser tutelado por los Tribunales de Justicia en ningún caso, pues colisiona gravemente con el derecho e interés de mis representadas, doña Dulce y doña Patricia (cuyo interés en tanto que hijas debe ser el prevalentemente protegido por el ordenamiento) en cuanto a la preservación de su propia identidad, de los vínculos familiares, de los afectivos y sociales y la estabilidad de su estado civil, así como de su propia intimidad personal y familiar, que ya cuentan con su apellido, Campanario, en definitiva, de la seguridad jurídica en el marco de las relaciones de parentesco y familiares, lo que supone un grave atentado a la posesión de estado familiar que durante todos estos años (desde su nacimiento) han mantenido los cuatro codemandados a que represento, cuando por el contrario, el actor que no ha convivido ni tratado ni a Dulce ni a Patricia , a las que ni tan siquiera ha conocido (sólo las ha conocido en fechas recientes), y a las que ni ha mantenido económicamente ni alimentado, ni educado, ni se ha preocupado por

sus estudios ni su salud, ni las ha cuidado ni protegido, ni les ha procurado una formación, aparece ahora de forma sorpresiva, inoportuna, extemporánea e intempestiva

Finalmente denuncia en su planteamiento que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz ahora recurrida en casación ha obviado y omitido pronunciarse sobre el motivo de oposición a la demanda y al recurso de apelación consistente en la invocación y aplicación al caso de la norma del [artículo 7.1 y 2](#) del Código Civil atinente a la buena fe en el ejercicio de los derechos, la prohibición de ir contra los propios actos, al abuso de derecho y al ejercicio antisocial del derecho, y a la doctrina jurisprudencial del TS sobre dicho precepto, lo cual sin duda supone una incongruencia omisiva de la citada Sentencia (no resuelve un motivo de la oposición a la demanda debidamente planteado por esta parte demandada tanto en la instancia como en la apelación) y que supone una vulneración del derecho fundamental de mis mandantes a la tutela judicial efectiva del art. 24. de la CE .

3. Motivo tercero. Enunciación y planteamiento.

Al amparo de lo dispuesto en el art 477.2, ordinal tercero de la LEC , el recurso presenta interés casacional, ya que se opone a determinada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo el [artículo 133](#) del Código Civil (por su errónea interpretación y consiguiente errónea aplicación en el caso de autos) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene interpretando que la reclamación de **filiación** extramatrimonial sólo la puede instar el padre cuando goce de la posesión constante de estado (como se deduce del [art. 133](#) del Código Civil , que solo la atribuye al hijo) y aunque no desconoce la doctrina jurisprudencial del propio TS que ha extendido también al padre o madre tal acción no puede ampararse indiscriminadamente en generalizaciones que puedan dañar seriamente pacíficas situaciones personales constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor y del menor mismo, por lo que hay que ponderar otros intereses que puedan justificar la restricción de la legitimación, según se recoge expresamente en la doctrina jurisprudencial citada en las [SSTS de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 28 de mayo de 1997 \(RJ 1997, 4326\)](#) (Recurso 1858/1993) y de fecha 1 de Febrero de 2002 (Recurso 2524/1996), debiendo fijarse como doctrina la de que en orden a la legitimación en la reclamación de la **filiación** no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado cuando el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la **filiación** contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea el mismo -el pretendido padre o progenitor- carece de legitimación activa, ya se trate como falta de legitimación activa "*ad processum*" o como falta de legitimación activa "*ad causam*" cuando acciona reclamando su paternidad no matrimonial y consiguiente impugnación de la **filiación** contradictoria de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento.

En su planteamiento insiste en la vulneración del [artículo 133](#) del Código Civil así como la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las sentencias citadas en el enunciado.

Niega que en caso de falta de posesión de estado el padre tenga legitimación para reclamar la **filiación** no matrimonial, entendiéndolo que sólo el hijo tiene legitimación.

Afirma la parte recurrente ser conocedora de la jurisprudencia de la Sala al respecto como de la doctrina del Tribunal Constitucional, pero añade que la ampliación de la legitimación debe hacerse sin generalizaciones que puedan dañar muy seriamente a pacíficas situaciones personales y posesorias constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor, que en definitiva pudiera afectar negativamente a la paz familiar y seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares, con perjuicio para los hijos.

4. Motivo Cuarto. Enunciación y Planteamiento.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2, ordinal tercero de la LEC , el recurso presenta interés casacional, por infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en al [artículo 18.1](#) de la CE que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto en relación con el 9.3 de la CE relativo a la seguridad jurídica, el [artículo 10](#) de la CE relativo a la dignidad de la persona: derechos inviolables que le son inherentes; libre desarrollo de la personalidad y el artículo 39 apartados 1 , 3 y 4 de la CE , preceptos que también han sido infringidos, debiendo fijarse como doctrina la de que el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares prevalece sobre el derecho a la investigación de la paternidad del último inciso del [artículo 39.2](#) de la CE -que cede frente a los anteriores derechos- en supuestos como el de autos en que cuando el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la **filiación** contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea la acción de **filiación** matrimonial sin posesión de estado del pretendido padre o progenitor no puede estimarse por los Tribunales por prevalencia de los indicados derechos fundamentales del hijo y para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares y la posesión de estado familiar, incluido el apellido del que viniera disfrutando, cuando el pretendido progenitor acciona reclamando su paternidad no matrimonial y consiguiente impugnación de la **filiación** contradictoria de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento

En su extenso alegato hace un planteamiento que, desde la cita de preceptos constitucionales que amparan derechos fundamentales de la persona, insiste en la afectación que sufrirían estos si se amplía generosamente la legitimación del progenitor en caso de falta de posesión de estado para reclamar la **filiación** extramatrimonial.

Finaliza este planteamiento con la afirmación de que la sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de las demandadas cuya **filiación** se declara y lo dispuesto en los [artículos 9.3 y 10](#) de la Constitución Española , puestos en relación con el artículo 39 en sus apartados 1, 2 y 4, incurriendo también en infracción del artículo 24 de la Constitución Española que contiene el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por haber incurrido en incongruencia omisiva al no dar respuesta a este motivo de oposición a la demanda planteado por ella tanto en la instancia como en la alzada.

5. Motivo Quinto. Enunciación y Planteamiento.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2, ordinal tercero de la LEC , el recurso presenta interés casacional, por infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en al [artículo 18.1](#) de la CE que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto en relación con el 9.3 de la CE relativo a la seguridad jurídica, el [artículo 10](#) de la CE relativo a la dignidad de la persona dignidad de la persona: derechos inviolables que le son inherentes; libre desarrollo de la personalidad y el artículo 39 apartados 1 , 3 y 4 de la CE , preceptos que también han sido infringidos junto al [artículo 767.3 y 4](#) de la LEC , debiendo fijarse como doctrina la de que está justificada la negativa a someterse a la prueba biológica cuando el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la **filiación** contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea sino que lo hace de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento por prevalencia de los indicados derechos fundamentales del hijo y para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares y la posesión de estado familiar, incluido el

apellido del que viniera disfrutando.

En su planteamiento insiste, pero ahora para justificar la negativa de las demandadas a someterse a la prueba biológica, en la circunstancia de ejercitar el progenitor la acción de reclamación de filiación no matrimonial, sin existir posesión de estado, de forma intempestiva y extemporánea.

TERCERO

Consideraciones Previas.

Antes de dar respuesta a los motivos formulados con el contenido que más adelante se expondrá, conviene hacer unas previas consideraciones para concretar el ámbito del debate y para servir de soporte a la decisión de la Sala.

1. La [Ley 11/1981, de 13 de mayo \(RCL 1981, 1151\)](#) impuso un novedoso régimen para la filiación. El legislador pretendió equilibrar los delicados intereses en conflicto y proteger la certeza de la filiación matrimonial. El matrimonio no se prima respecto a los efectos de la filiación, pero su existencia o no si influye a la hora de discriminar los títulos de su determinación así como para articular el sistema de acciones. Como dice la exposición de motivos del proyecto de Ley "haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación". Otro factor en que incide la reforma en cuanto al régimen de las acciones es el de la existencia o no de la posesión de estado. Con esos pilares aborda la diferenciación de plazos y legitimación activa para facilitar la adecuación de la filiación legal a la social, esto es, la que se vive por la posesión de estado, y poner trabas o límites a la impugnación de la filiación matrimonial.

Sobre todo ello es ilustrador lo que afirma la exposición de motivos del proyecto de Ley: "Al regular la determinación del vínculo jurídico de filiación, la presente ley refleja la influencia de dos criterios encontrados. De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco".

En esta fase legislativa postconstitucional destaca: i) la no discriminación de la filiación no matrimonial; ii) la admisión de la investigación de la paternidad y iii) algo de sumo interés, cual es, la consideración de que el interés del hijo es preeminente respecto al del progenitor, como se desprende de que aquél siempre esté legitimado para el ejercicio de las acciones de filiación así como que el mayor de edad pueda negarse al reconocimiento por su progenitor.

2. Motivos de tipo social y jurídico, destacando de entre los últimos la interpretación de los derechos fundamentales llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en los últimos años, ha provocado un cambio inacabado en la evolución del régimen jurídico de la filiación, con importantes sentencias, que afectan sustancialmente a las acciones de aquella, como son la de impugnación de presunción de la paternidad marital y la de reclamación de la filiación extramatrimonial. En esta evolución la investigación de la paternidad que se incorpora como un medio de defensa del hijo contra la irresponsabilidad del progenitor, se ha venido a poner también a disposición de éste, concediéndole que pueda obtener la declaración de paternidad así como la impugnación de la incierta. Con este reconocimiento de los derechos fundamentales del progenitor deja de ser el hijo el centro de estas acciones de filiación y queda como compartiéndolo con el progenitor.

3. En este estadio de la evolución reseñada se contempla la cuestión esencial del presente

recurso relativa a la reclamación de paternidad del padre biológico. Se contraponen la interdicción de la investigación de la paternidad por el progenitor con la finalidad de proteger la defensa de la familia legítima con el derecho de aquél de ver legalmente determinada la relación paterno-filial. Como decimos, y así sobrevuela sobre todo el recurso, el progenitor pasa a tener un papel activo con el peligro de irrumpir en una realidad familiar ya asentada. En nuestro ordenamiento jurídico el punto de partida sobre la reclamación de paternidad del padre biológico se sitúa en el [artículo 133.1 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) que dispone claramente que "la acción de reclamación de filiación no matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida", con lo que queda excluida la "legitimación" del progenitor sin posesión de estado.

4. El Tribunal Supremo, sin embargo, a partir de los años 90 se inclinó mayoritariamente por reconocer la "legitimación" del progenitor, contrariando la dicción literal del precepto, apoyándose en una antinomia entre el artículo 133.1 y el artículo 134, que resuelve acudiendo a una interpretación lógica y sistemática.

Es cierto que la [sentencia de fecha 28 de mayo de 1997 \(RJ 1997, 4326\)](#), (Recurso 1858/1993), partiendo de que la jurisprudencia debe mantenerse y respetarse, advierte que sin "hacer uso de ella sin generalizaciones que puedan dañar muy seriamente a pacíficas situaciones posesorias constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor", así como que la de fecha 1 de febrero de 2002 (Recurso 2524/1996), sobre la base de no tener por acreditada la paternidad, añade que, aún permitiéndose la investigación de la paternidad, "no se ha llegado a introducir en nuestro sistema jurídico la investigación indiscriminada que resulta perturbadora en el orden interno familiar y contraria al estado civil y posesión de hecho del mismo".

Poco después se dicta por la Sala la [sentencia de 22 de marzo de 2002 \(RJ 2002, 2282\)](#) (Recurso 3112/1996) en la que cita la de 24 de junio de 1996 (Recurso 3379/1992), recogiendo que en años posteriores a esta tal interpretación se ha mantenido sin fisuras, citando como representativa la de 20 de junio de 2000 (Recurso 2392/1998), para concluir que no ha infringido el párrafo primero del [artículo 133](#) CC en relación con el artículo 39.2 de la Constitución, ni desde luego la jurisprudencia (motivo primero), porque de lo razonado anteriormente se desprende que dicho precepto constitucional es precisamente uno de los más importantes fundamentos de la doctrina consolidada de esta Sala; tampoco se infringe el [artículo 134](#) CC en relación con el párrafo primero de su artículo 133 (motivo segundo) porque asimismo se desprende de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior que la relación entre ambos preceptos constituye otro de los fundamentos de la jurisprudencia de esta Sala para reconocer legitimación al progenitor biológico para reclamar la paternidad extramatrimonial pese a faltar la posesión de estado; y tampoco se infringen los apartados 2, 1 y 4 del artículo 39 de la Constitución ni el artículo 24 de la misma (motivos tercero y cuarto, numerado "quinto" en el recurso), porque igualmente resulta de la jurisprudencia de esta Sala que como más beneficioso para el menor se considera la determinación de su paternidad, máxime cuando en este caso resulta que el demandante inicial falleció después de interpuesta la demanda y no se derivarían ya para el menor los perjuicios que de la personalidad conflictiva de aquél se predicen en el recurso.

En ellas late, en ocasiones, el peligro que pudiera derivarse del ejercicio de la acción pero sin establecerse concretas limitaciones al mismo, a salvo la exigencia legal que con la demanda se acompañe un principio de prueba de los hechos en que se funda a efectos de admisión ([artículo 767](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) vigente) o la doctrina jurisprudencial sobre la prueba de investigación biológica en caso de negativa injustificada para someterse a ella.

5. Sentada esta doctrina por el Tribunal Supremo se dicta la [sentencia del Tribunal](#)

[Constitucional, Sala Pleno, 273/2005, de 27 de octubre \(RTC 2005, 273\)](#) declarando que la privación al progenitor para reclamar la **filialión** no matrimonial faltando la posesión de estado es incompatible con el mandato de investigación de la paternidad ([artículo 39.2](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#)) y con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la constitución Española).

Recoge la sentencia que "...Pues bien, a la hora de plasmar el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad, en el concreto extremo de la determinación de la **filialión**, el legislador pretendió reflejar en la regulación introducida en el Código Civil por la Ley 11/1981 dos criterios encontrados: "De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco. E intentando equilibrar estos dos criterios, se confería especial relevancia a la posesión de estado, 'tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen (exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código Civil)..."

"...De esta forma, el Código Civil establece una amplia legitimación ("cualquier persona con interés legítimo") para reclamar la **filialión** manifestada por una constante posesión de estado (artículo 131), esto es, cuando existe una situación en la que, pese a no contar con una paternidad o maternidad no matrimonial reconocida formalmente, se tiene el concepto público de hijo con respecto al padre o la madre, formado por actos directos de éstos o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (SSTS de 10 de marzo y 30 de junio de 1988), situación que también se ha identificado doctrinalmente a través de la concurrencia de alguno de los requisitos de nomen, tractatus y fama o reputatio..."

"...En cambio, cuando falta el presupuesto de la posesión de estado, el [art. 133](#) CC sólo otorga la legitimación al hijo durante toda su vida y, bajo determinadas condiciones, también a sus herederos, mas no -en la literalidad del precepto- al progenitor. Se ha primado así el interés del hijo, dotándolo de los instrumentos necesarios para el establecimiento de la verdad biológica que hagan efectivo el mandato del constituyente de impedir la existencia de discriminaciones por razón de nacimiento y que permitan obtener el cumplimiento por parte de los padres de sus deberes respecto de los hijos menores, en especial, el de prestarles la asistencia precisa durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda ([art. 39.3](#) CE). Al mismo tiempo, y en conexión con el favor filii, el legislador ha dado mayor relevancia a la seguridad familiar, evitando que puedan llevarse a los Tribunales pretensiones abusivas carentes del respaldo de una situación fáctica que les otorgue un fundamento cierto..."

"... Así pues, resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos ([artículo 39.2](#) CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica ([artículo 9.3](#) CE) en el estado civil de las personas.

Ahora bien, en tal ponderación, en relación con el supuesto que ha dado origen a la presente cuestión, el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. 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 24.1CE), 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. Pues bien, 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 LEC](#) y, anteriormente, el derogado [artículo 127 CC](#))."

"... En suma, 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 [artículo 39.2 CE](#) de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción. ..."

Meritada sentencia no anula el [artículo 133.1](#) del Código Civil porque sería dañar, sin razón alguna, a quienes la ostentan en virtud de tal precepto, limitándose a declarar la inconstitucionalidad por negarse tal legitimación al progenitor que reclame la **filiación** no matrimonial sin posesión de estado. Hace, sin embargo una afirmación relevante para el presente recurso cuando afirma que "...En suma, resuelta en los términos señalados para el caso concreto la cuestión planteada, la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática ([STC 55/1996, de 28 de marzo \(RTC 1996, 55\)](#) , FJ 6), el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la **filiación** no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la **filiación**, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1CE)".

Más tarde se dictó por el Tribunal Constitucional sobre cuestión idéntica la [sentencia 52/2006, de 16 de febrero \(RTC 2006, 52\)](#).

6. Tras dictarse la primera sentencia citada del Tribunal Constitucional se dictó sentencia por esta Sala el 14 de diciembre de 2005 (Recurso 56.25/2000) en la que acude al contenido de la sentencia que hemos mencionado de 22 de marzo de 2002 .

Recoge que "de acuerdo con la citada sentencia de 22 de marzo de 2002 , hay que señalar que esta tesis se ha mantenido en las sentencias posteriores, de modo que "al superarse la literalidad del [artículo 133](#) del Código Civil que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la **filiación** , como a su finalidad y toda vez que el [artículo 134](#) del Código civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la **filiación** contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de **filiación** extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación del padre biológico" (sentencia de 22 de marzo de 2002 . Además, sentencias de 2 de octubre de 2000 , 13 de junio de 2002 , 17 de junio de 2004 y 8 de julio de 2004 , entre las más recientes).

Esta jurisprudencia está en la línea de otras disposiciones semejantes en el derecho comparado. Así el [artículo 339.3](#) del Código civil francés considera que cuando existe la

posesión de estado durante 10 años, no se puede impugnar el reconocimiento, a no ser que la acción la interpongan el hijo o aquellos que pretenden ser los auténticos padres (de ceux que si prétendent les parents véritables). El artículo 104.2 del Codi de Família de Catalunya legitima para la reclamación de la **filialión** no matrimonial al padre o a la madre cuando el reconocimiento previamente efectuado no haya producido eficacia por falta de consentimiento de los hijos o de aprobación judicial".

Más adelante recoge la doctrina del Tribunal Constitucional que hemos transcrito y concluye que "aunque el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente para evitar la declaración de inconstitucionalidad, la interpretación correctora que este Tribunal ha realizado del [artículo 133](#) del Código civil , lo cierto es que después de la sentencia 273/2005 y a falta de la necesaria reforma legal del [artículo 133.1](#) del Código civil , esta Sala, con mayor razón, debe seguir sus propios precedentes en relación con la legitimación del progenitor no matrimonial para interponer la acción de reclamación de la **filialión** extramatrimonial".

Contiene además dicha sentencia otro pronunciamiento relevante para el presente recurso en relación con la caducidad de la acción de impugnación, al afirmar que "la recurrente olvida que el actor interpuso en su día dos acciones: la de reclamación de la **filialión** y la de impugnación de la **filialión** contradictoria. Se trata de una acción mixta que "debe quedar sometida al régimen de la acción de reclamación", porque la finalidad de ésta última es la de determinar la **filialión** , a la que se opone, de manera formal, la que consta en el Registro civil, y por ello debe ser impugnada, tal como establece el [artículo 113.2](#) del Código civil . Por ello esta Sala ha considerado que la acción de impugnación es accesoria, instrumental e inevitable cuando se reclama una **filialión** que contradice la inscrita. Esta doctrina es unánime en la jurisprudencia de esta Sala, como puede comprobarse en las sentencias de 3 de junio de 1988 , 20 de diciembre de 1991 , [17 de marzo de 1995 \(RJ 1995, 1961\)](#) , 13 de junio y [9 de julio de 2002 \(RJ 2002, 8237\)](#) , entre otras. Todo ello lleva a la conclusión de que al ser la acción de reclamación imprescriptible por tratarse de una acción de estado, no se le puede aplicar el plazo de caducidad del [artículo 140](#) del Código civil para las acciones de impugnación ejercitadas de forma aislada".

7. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando existen intereses contrapuestos entre el del progenitor a ver declarada su paternidad y la situación familiar que vive el hijo, legítima los límites que las legislaciones nacionales hayan establecido para la satisfacción del interés del progenitor. Se cita a tal fin aquellas soluciones adoptadas por los Estados, protegiendo la seguridad jurídica y afectiva del hijo inserto en una familia frente a la pretensión de quien afirma ser progenitor biológico. (Decisión de inadmisión de la Comisión de 6 de abril de 1994 -M.B. Contra Reino Unido-, la del Tribunal de 29 de junio de 1999 - Nylund contra Finlandia-, la SEEDH de 8 de octubre de 2002- Yousef contra Países Bajos-), decisiones que no cita nuestro Tribunal Constitucional pero que debió tener presente cuando exige, que ante la insuficiencia normativa del precepto, sea el legislador el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la **filialión** no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, <con inclusión, en su caso de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la **filialión**, siempre dentro de los límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1.CE)>.

Al no haberse llevado a cabo por el legislador tal exigencia la situación actual en España es de legitimación abierta al progenitor sin plazo, con independencia de la existencia o no de posesión de estado.

De ahí, que la doctrina científica sostenga que se hace imprescindible una modificación legislativa que señale límites a la legitimación del progenitor, para evitar un ejercicio abusivo de su derecho.

A juicio de esta doctrina tales límites pueden ser: i) temporales; ii) tener en cuenta su conducta precedente a la reclamación; iii) que el reconocimiento sea meramente formal, limitándose los efectos de la declaración.

En nuestro país se han hecho previsiones en tal sentido en la legislación catalana, ya citada, y en la Compilación de Navarra, pero no con carácter general como exigía el Tribunal Constitucional.

CUARTO

Desestimación del Motivo PRIMERO.

Hemos de partir de que el motivo se formula por presentar interés casacional, infringiendo la sentencia el [artículo 1964](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) que prevé el plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales.

El [artículo 477.3](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) dispone que *<se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.*

Cuando se trata de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.>

Consecuencia de ello es que a la denuncia de infracción de normas sustantiva haya de añadirse la concurrencia de alguno de los tres supuestos de interés casacional previstos en la Ley, lo que no sucede en el presente motivo.

Se cita la norma sustantiva pero no la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se estima infringida.

Concedora la parte recurrente de tal carencia pretende que la Sala fije doctrina por la que "en casos como el presente en los que el progenitor no matrimonial sin posesión de estado que conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la **filialción** contradictoria dentro del plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales, la acción prescribe".

Excepcionalmente cabe la posibilidad de que se admita un recurso por interés casacional cuando, como aquí sucede, lo pretendido sea que el Tribunal modifique su propia jurisprudencia anterior.

Sin embargo en el presente supuesto tal modificación no cabe, pues, como se ha recogido en el fundamento precedente de cuestiones previas, sobre todo a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional allí citadas, en tanto en cuanto el legislador no dé respuesta a la exigencia que en ellas se recoge, la legitimación del progenitor sin posesión de estado para reclamar la paternidad no matrimonial se encuentra equiparada a la del hijo, conforme a la interpretación que se hace del [artículo 133.1](#) del Código Civil y, por tanto, sin sujeción a plazo. Téngase en cuenta, además, que el plazo puede ser una limitación para el ejercicio de la acción, pero el legislador puede optar por otras, como ya hemos expuesto, siendo por tanto este y no la Sala la que debe dar cumplimiento a la exigencia del Tribunal Constitucional como con toda claridad se expresa éste.

Tampoco puede prosperar el motivo respecto de la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad, pues, con independencia de los óbices procesales para su admisión, se plantea para el supuesto de que se considere dicha acción como independiente o autónoma de la de reclamación, sin que así suceda, pues, según la doctrina de la Sala, ya recogida (sentencia 14 de diciembre de 2005), "se trata de una acción mixta que debe quedar sometida al régimen de la acción de reclamación."

QUINTO

Desestimación del Motivo Segundo.

Ni la sentencia de primera instancia ni la resolutoria del recurso de apelación, objeto del presente de casación, hacen pronunciamiento alguno sobre si la acción de reclamación de paternidad ejercitada se adecua o no al principio general del Derecho sobre la buena fe en el ejercicio de los derechos o si incurre o no en abuso de derecho, cuestiones estas que, basta el examen de la contestación de la demanda así como el escrito de oposición e impugnación del recurso de apelación, para constatar que fueron alegadas y planteadas con la necesaria fundamentación.

Siendo ello así difícilmente la sentencia recurrida ha podido infringir doctrina jurisprudencial de esta Sala, pues se ignora las motivaciones en que pudiese fundar su no acogimiento, con independencia de que no se cite una concreta sentencia sobre el abuso de derecho en el ejercicio de esta concreta acción, limitándose a generalizaciones más propias de alegaciones en la instancia que en casación, aún entendiéndose que son razonables y en sintonía con las reflexiones recogidas en el fundamento de derecho de las consideraciones previas.

En realidad lo que la parte pretende es que la Sala, a través de este motivo de casación, subsane la incongruencia omisiva de la sentencia recurrida, como con toda claridad se desprende del penúltimo párrafo del planteamiento del motivo.

Tal pretensión no es posible legalmente, ya que la incongruencia omisiva no encaja en los motivos de casación sino en los de infracción procesal al amparo del [artículo 469.1.2º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) por infracción del artículo 218.1 del mismo Texto legal .

Pero aún así, y siendo la cuestión de gran relevancia y merecedora de una determinada y pormenorizada respuesta en atención a las singularidades fácticas que rodean el supuesto, la parte debió agotar los medios posibles para la denuncia o subsanación de la infracción o defecto procesal, solicitando previamente la aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia (Auto de 7 de octubre de 2014; Sentencia de 30 de septiembre de 2014 , 14 de marzo de 2012 , 11 de noviembre de 2011 , entre otras).

SEXTO

. Desestimación del Motivo Tercero.

Al admitir la sentencia recurrida que el actor tiene legitimación activa para ejercitar la acción de reclamación de paternidad no matrimonial sin posesión de estado, al amparo del [artículo 133](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , la parte recurrente entiende que infringe tal precepto sustantivo y la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de esta Sala de 28 de mayo de 1997 y 1 de febrero de 2002 , que huyen de generalizaciones de legitimación en supuestos como el presente.

Ya se ha recogido lo relativo a la legitimación en el fundamento de derecho frontispicio de la respuesta a cada motivo de casación, y en él se recoge el estado actual de la doctrina del Tribunal Constitucional. Conforme a tal doctrina el progenitor tiene legitimación sin plazo para

ejercitar la acción de reclamación de paternidad no matrimonial sin posesión de estado. También nos hemos hecho eco de los peligros que para la seguridad jurídica y la paz familiar puede suponer tal legitimación sin límites, pero dejando constancia que la elección y concreción de tales limitaciones corresponde al legislador, y al día de hoy no se han fijado.

Por todo ello el motivo se desestima.

SÉPTIMO

Desestimación del Motivo Cuarto.

Procede su desestimación por idénticas razones que las expuestas en el anterior motivo. Resulta difícil encajar en la infracción de preceptos de la Constitución la legitimación del progenitor en los términos planteada, cuando es el intérprete de ella el que se la ha otorgado en su [Sentencia de Pleno 273/2005, de 27 de octubre \(RTC 2005, 273\)](#) y en la 52/2006, de 16 de febrero .

Insiste la parte dentro del planteamiento de este motivo en haber incurrido la sentencia de instancia en incongruencia omisiva, remitiéndonos a lo ya expuesto al dar respuesta al motivo segundo.

Procede, pues, la desestimación del presente motivo.

OCTAVO

Desestimación del Quinto Motivo.

La referencia a la vulneración de los derechos fundamentales de las hijas, alegados para justificar su negativa, no es admisible, porque a partir de la [STC 7/1994, de 17 de enero \(RTC 1994, 7\)](#) , existe el deber de soportar estas pruebas siempre que sean consideradas indispensables por la autoridad judicial y no entrañen un grave quebranto para la salud, por lo que "atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física y a la intimidad del afectado". La falta de la prueba biológica acordada no permite, por si misma, declarar la **filiación** , porque como afirma la Sentencia de este [Tribunal de 20 de septiembre de 2002 \(RJ 2002, 8461\)](#) , "en definitiva: si hay prueba suficiente, se declara la **filiación** , pese a una negativa de prueba biológica, si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que unido a los indicios, permite declarar la **filiación**" (ver asimismo las sentencias de 1 de julio , 19 de diciembre de 2003 , y 27 de octubre de 2005 entre otras).

Con dicha doctrina debe decaer el motivo que, además, entiende como causa justificada de la negativa a la realización de la prueba biológica la falta de legitimación del progenitor por las circunstancias del caso concreto, a lo que ya se ha ofrecido cumplida respuesta.

De otra parte se ha de tener en cuenta que la "*ratio decidendi*" de la sentencia para declarar la paternidad no reside, con carácter relevante, en la mencionada negativa sino en las pruebas documentales valoradas, entre las que se encuentran las cartas de la madre, en principio negadas y luego reconocidas, así como la testifical. A ello naturalmente se une la negativa a la prueba biológica, sin motivos de salud que justifiquen la renuncia, cuya práctica facilitaría conocer precisamente lo que las demandadas niegan, esto es, la paternidad del actor, solventando las hipotéticas dudas.

NOVENO

En atención a todo lo expuesto procede la desestimación del recurso de casación, pero teniendo en cuenta las especiales circunstancias fácticas y jurídicas recogidas a lo largo de la

presente resolución en un tema tan relevante como es el estado civil de las personas a efectos de **filiación** , conforme al artículo 398 en relación con el artículo 394, ambos de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , no se hace expresa imposición de las costas del recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Dulce , doña Patricia , doña Beatriz y don Victorio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), de fecha 29 de mayo de 2013, en el rollo de apelación 322/2011 , dimanante de los autos de juicio verbal nº 247/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ubrique.

2

No hacer imposición de las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLA **TIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas .- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O 'Callaghan Muñoz .- Jose Luis Calvo Cabello.-**

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:4/12/2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DE ESTA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2014, RECAÍDA EN EL RECURSO Nº 1946 DE 2013 .

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria expresada en la sentencia. Expreso a continuación las razones de mi discrepancia.

1

Se aceptan los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia a la que se opone el presente voto particular.

2

El magistrado que formula el presente voto particular entiende estimables los motivos esgrimidos con los números tercero, cuarto y quinto, todos relacionados con la falta de legitimación del demandante, debiendo entenderse infringido el [art. 133 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) .

3

El demandante Don. Bruno carece de interés legítimo (art.133, en relación con el art. 131 del C. Civil), pues como se deduce del resumen de antecedentes que expresamente se ha aceptado, el demandante, de profesión ginecólogo asistió a la madre de las niñas durante su embarazo y parto, consciente de que eran hijas suyas, pese a lo que no las reconoció ni asistió económica ni afectivamente. Dichas niñas (entonces) nacidas en 1986 y 1991, hoy demandadas, fueron reconocidas por el Sr. Victorio el 27 de septiembre de 1996, con el consentimiento de la madre, de forma que las hijas han tenido como padre al referido Sr. Victorio , que ha estado al frente de su educación y sostenimiento económico. El Sr. Victorio comenzó su relación con D.^a Beatriz (madre de las demandadas) en el año 1981. Al estar reconocidas por el Sr. Victorio las demandadas ostentan como primer apellido el de " Carlos Manuel ".

4

No consta cuál sea el "interés legítimo" que pretende ostentar el demandante, pues hizo abandono ostensible de sus obligaciones como progenitor, conociendo que lo era, posibilitando que las entonces menores consideraran como padre Sr. Victorio , y ostentaran su apellido, cual si padre biológico fuese.

5

Cuando las hijas son mayores de edad, en un contexto familiar ajeno al demandante, pretende modificar su estatus jurídico-familiar, alterando sus apellidos que son la forma de ser conocidas en sociedad, alterando la seguridad jurídica a la que razonablemente podían aspirar, siendo la referida seguridad jurídica un valor constitucional que se recoge en los arts. 1, 9.3, 10, 24 y 117, entre otros (Tribunal Constitucional, Pleno, [sentencia núm. 273/2000 de 15 Noviembre de 2000 \(RTC 2000, 273\)](#) , rec. 565/1994).

6

Dicho cambio de apellidos, al que otras legislaciones se oponen, como se refiere en la sentencia de esta Sala, provocan una grave afectación de su derecho a la intimidad, en cuanto manifestación del necesario respeto a su dignidad como persona. Igualmente se produce una intolerable y odiosa perturbación de su marco familiar de referencia, por lo que se violaría el art. 39 de la Constitución .

7

En suma, el demandante no está legitimado al carecer del necesario interés legítimo que exige el [art. 133 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , en relación con el art. 131 del mismo texto legal , ejercitando la acción con la decidida oposición de las demandadas y de su madre, que pretenden evitar el reconocimiento de una **filiación** que no ha estado acompañada del ejercicio de las obligaciones que ello conllevaba, sin causa alguna que lo justificase. Junto a la manifiesta pasividad del demandante en lo relativo a sus obligaciones paternofiliales nos encontramos con la constitución de un legítimo y efectivo núcleo familiar alternativo, con proyección registral y pública, que pretende desmantelarse con afectación de derechos fundamentales de las demandadas sin causa legítima que lo justifique.

8

El Tribunal Constitucional declaró (STC Pleno 273/2005 de 27 octubre (cuestión de inconstitucionalidad 1687/1998):

...en la ya citada STC 138/2005 hemos señalado que el mandato del constituyente al legislador de posibilitar la investigación de la paternidad «guarda íntima conexión con la dignidad de la persona ([art. 10.1 CE \(RCL 1978, 2836\)](#)), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona».

Al mismo tiempo, y en conexión con el favor filii, el legislador ha dado mayor relevancia a la seguridad familiar, evitando que puedan llevarse a los Tribunales pretensiones abusivas carentes del respaldo de una situación fáctica que les otorgue un fundamento cierto.

Así pues, resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos ([art. 39.2 CE](#)), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica ([art. 9.3 CE](#)) en el estado civil de las personas.

En suma, resuelta en los términos señalados para el caso concreto la cuestión planteada, la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática ([STC 55/1996, de 28 de marzo \(RTC 1996, 55\)](#) , FJ 6), el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la **filiación** no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la **filiación**, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1CE).

En el mismo sentido STC Pleno 52/2006 de 16 Feb . (cuestión de inconstitucionalidad 3180-2004, respecto al art. 133, párrafo primero del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#)).

9

De la referida doctrina constitucional se extrae apoyo interpretativo de los preceptos mencionados en el sentido de que hay que velar por la seguridad jurídica, proscripción de pretensiones abusivas, dignidad de la persona, protección de la seguridad familiar y otorgando prevalencia al hijo.

10

En la sentencia contra la que se plantea el voto particular, se argumenta que el abuso de derecho es una cuestión nueva no invocada en la instancia pero obvia el análisis del "interés legítimo", necesario para ostentar legitimación a la hora de interponer la demanda, cuestión que sí se ha debatido, entendiendo el magistrado que formula el presente voto particular que dicho "interés legítimo" brilla por su ausencia, tal y como se ha razonado.

11

Debería haberse tenido por estimado el recurso de casación, imponiendo al demandante las costas de la primera instancia y las de la apelación, y sin expreso pronunciamiento en las de casación ([arts. 394 y 398 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#)).

Se habría de proceder a la devolución del depósito para recurrir.

En consecuencia, se debería haber estimado el recurso de casación interpuesto por Sras. Patricia Dulce y por la Sra. Beatriz , casando la sentencia recurrida en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por Don. Bruno . Procediendo imponer al demandante las costas de la primera instancia y las de la apelación, y sin expreso pronunciamiento en las de casación.

Madrid a 4 de diciembre de 2014.

Francisco Javier Arroyo Fiestas

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.