

# LEGITIMACION ACTIVA DEL PROGENITOR PARA RECLAMAR LA FILIACION NO MATRIMONIAL SEGUN EL CODIGO CIVIL (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1997)

SUSANA QUICIOS MOLINA  
Profesora Ayudante de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. LA STS DE 9 DE MAYO DE 1997, EN EL PANORAMA JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS ACCIONES DE FILIACION. 1. Antecedentes de hecho y fallo. 2. Precisiones sobre la verdad biológica y la legitimación. II. LEGITIMACION ACTIVA DEL PROGENITOR PARA RECLAMAR LA FILIACION NO MATRIMONIAL. 1. Jurisprudencia. 2. El art. 133 Cc y el principio de verdad biológica. 3. El art. 133 Cc y el principio de igualdad. 4. Algunas consideraciones sobre el art. 134 Cc.

## I. LA STS DE 9 DE MAYO DE 1997, EN EL PANORAMA JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS ACCIONES DE FILIACION

### *1. Antecedentes de hecho y fallo*

El supuesto de hecho que desemboca en la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1997 (ponente: Exmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo), no es original: el sedicente progenitor biológico reclama la filiación no matrimonial respecto de un menor de edad, lo que implica enfrentar el problema de su legitimación activa, en función de la existencia o no de posesión de estado, a tenor de los arts. 131 y 133 del Código civil. Las resoluciones de instancia, estimatorias de la demanda, se apoyan en la concurrencia de la posesión de estado alegada por el actor (durante la gestación, parto y posteriormente hasta que la relación con la madre del menor fue prohibida por el padre de ésta, según se nos informa en los

antecedentes de hecho), dato al que se une, en la sentencia de la Audiencia, el elevado porcentaje de probabilidades de que el demandante sea el progenitor (98,32 por 100), una vez practicada la prueba biológica pedida por el Ministerio Fiscal para mejor proveer.

Resulta, pues, de estos antecedentes que el supuesto, por lo que a legitimación activa se refiere, se subsume dentro del art. 131 Cc, y es precisamente este precepto el que entiende indebidamente aplicado la madre, recurrente en casación, "porque de los hechos aducidos en la demanda y demostrados no puede obtenerse la declaración de que concurren los requisitos de *nomen, tractatus* y *fama*, que la jurisprudencia exige para afirmar que existe posesión de estado constante" (FD 2), motivo que a juicio del Ministerio Fiscal debe ser estimado, porque de la lectura de la demanda y de la sentencia impugnada "resulta claramente la inexistencia de la constante posesión de estado, manifestadora, *per se*, de la filiación, a que se refiere el art. 131 del Código civil, por lo que el reclamante de la paternidad carece de la acción a que tal texto se refiere".

La respuesta del Tribunal Supremo es concisa: "El motivo no debe prosperar, porque la declaración fáctica pronunciada por la Audiencia se ve en este caso acompañada del resultado del análisis biológico, en el que se declara que las posibilidades de paternidad alcanzan el 98,32 por 100" (FD 2), con lo que la Sala reconoce la legitimación del actor en este caso para ejercitar la reclamación de paternidad extramatrimonial (FD 3). Poco juego da, como se ve, este fallo, como no sea señalar que en casación, la posesión de estado suele contemplarse por el Tribunal Supremo como cuestión de hecho, de libre apreciación en la instancia (1), y así lo declaró en las sentencias de 5 de noviembre de 1987, con cita de otras anteriores, 10 de marzo y 30 de junio de 1988. Merece la pena también incidir en que, como veremos que ocurre en numerosas sentencias de forma más clara, da la impresión, sobre todo si tenemos en cuenta lo que a continuación se expondrá sobre el Fundamento de Derecho 2, de que la acreditación de la verdad biológica al final triunfa sobre la comprobación de una formalidad que debería ser previa como es la comprobación de la legitimación para accionar (2).

---

(1) Sobre esta jurisprudencia puede consultarse DOMINGUEZ PLATAS, "Las acciones de filiación. Encuadramiento general y funciones de la posesión de estado", *Revista de Derecho Privado*, 1996, pp. 457 y ss. En cambio, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra considera en su sentencia, de 16 de marzo de 1993 (FD 4) que la posesión de estado "es cuestión revisable por el Tribunal de casación, partiendo de los hechos en su propio y estricto sentido que se declaran acreditados en la resolución impugnada".

(2) Sobre la legitimación procesal, aunque en este tema de la filiación, que es una relación, los conceptos empleados, en función de derechos, resultan difíciles de aplicar, puede consultarse MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, ed. Civitas, 1994, en particular pp. 47, 89, 93 y 94, 97, 99, 101 y ss.

## 2. Precisiones sobre la verdad biológica y la legitimación

Lo que en realidad justifica la atención prestada a esta sentencia son las distintas afirmaciones que, a modo de "precisiones" (sobre el principio de verdad biológica, el principio de protección del interés del menor, el régimen de las acciones de reclamación de la filiación y, en especial, la legitimación del progenitor), se van hilvanando en el extenso Fundamento de Derecho 1. En los nueve apartados en los que este Fundamento de Derecho se estructura, el Tribunal Supremo vierte una serie de observaciones que, a medida que se van leyendo, generan en el lector, conocedor de la expansiva doctrina jurisprudencial sobre legitimación activa del progenitor en los procesos de filiación, la impresión de que se ha producido un cambio en el entendimiento de la misma; sin embargo, cuando se llega a la *ratio decidendi* contenida en los Fundamentos de Derecho 2 y 3, cuya parquedad, comparada con la extensión de las precisiones precedentes, llama la atención, se descubre, con alguna sorpresa inicial, que, a la postre, como ya hemos visto, el Alto Tribunal reconoce la legitimación activa del sedicente progenitor para reclamar la paternidad no matrimonial. Las "precisiones" que considera deben hacerse en este recurso "dimanante de juicio de reclamación de la filiación extramatrimonial a instancia de varón", son las siguientes, con los subrayados que me parecen más dignos de atención (3).

Comienza la sentencia aludiendo al art. 39 de la Constitución, concretamente a los preceptos contenidos en los apartados 1.º y 2.º del mismo, para pasar después a señalar que el Código civil, con lo dispuesto en el art. 127, se ha acomodado a la Constitución. Y en el apartado C) se apunta que dichos preceptos han provocado alguna declaración jurisprudencial y doctrinal "según la cual la búsqueda de la verdad material que ha de regir en los procesos de filiación es la determinante de la amplitud de los medios de prueba, lo que permite llegar a la *más que dudosa conclusión según la cual se atribuye al legislador el deseo de que la verdad biológica sea norma en las relaciones parentales. Pero tal conclusión no es en modo alguno absoluta, puesto que las normas sobre filiación, junto a la búsqueda de la verdad material a través de medios de prueba, tiene como contrapunto la preservación de la paz familiar*, por ello el Código establece limitaciones en orden a la legitimación para interponer acción de filiación (...), exige acompañar a la

---

(3) Ideas similares a las que va exponiendo el Tribunal Supremo se manejaron también, para apreciar la falta de legitimación activa del demandante en un supuesto de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial contradictoria, por las dos instancias previas a la STS de 8 de julio de 1991, que sí entró a conocer del fondo del asunto aunque desestimó el recurso de casación (*vid.* FD 1).

demanda principio de prueba de los hechos (...), establece plazos de caducidad para su ejercicio (...) *que no existirían si fuere la verdad material el bien jurídico protegido*".

A continuación, en el mismo apartado C), se añade que "la legislación del Estado, *que como un solo Ordenamiento ha de contemplarse*, demuestra que en ocasiones separa el hecho biológico de la generación del vínculo de la paternidad y de las relaciones sexuales, así se comprueba en la adopción y también en las leyes de reproducción asistida, en la legislación del menor que aconseja oírle en cuanto le afecte, *atendiendo más a una nueva concepción de la paternidad fundada en la voluntad recíproca, junto a la derivada del hecho biológico*". El *leit motiv* que parece fluir por estas precisiones se esconde también en la afirmación que se recoge en el apartado D): "La protección del interés del menor, digna y obligada, está atribuida en primer lugar a los progenitores, *pero no es verdad absoluta entender que el bien del menor está en la obtención de una declaración de filiación paterna y materna*" (4).

En el apartado E) se inicia un repaso de la regulación de la legitimación activa para reclamar la filiación contenida en los arts. 131 a 134 del Código civil. Sobre el art. 133 se anota que "en consecuencia no habiendo sido ejercitada en este proceso ni por el hijo ni por su representante legal, *cualquiera que sea su resultado*, no privará a éste de la acción de reclamación al llegar a su mayoría de edad y *por su propia y voluntaria determinación*". Del art. 134 (apartado F) se destaca que el progenitor está legitimado para reclamar la filiación extramatrimonial pero "conforme a los arts. anteriores", añadiendo que, de acuerdo con el art. 131, se concede legitimación a cualquier persona con interés legítimo (también el progenitor). En el apartado G) simplemente se resume el contenido del art. 132, párr. 1.º, mientras que en el siguiente se especifica que "la reclamación de filiación extramatrimonial, *sólo la puede instar el padre* cuando goce de la posesión constante de estado". Por último, en el inciso I) se contiene una declaración de principios fundamental: "Cierto que la legitimación del progenitor se ha extendido generosamente a supuestos no expresamente comprendidos en el régimen de acciones anteriormente expuesto, pero en los distintos casos se advierte que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta determinadas y estrictas situaciones concretas y así valoró en algún supuesto que frente a la petición de paternidad, la madre mostraba su conformidad (STS de 30 de junio

---

(4) Parece ser otra la filosofía del Tribunal en su sentencia de 5 de noviembre de 1987 (FD 3), cuando señala que no cabe duda del rango constitucional del derecho a investigar la paternidad, en cuanto se estima más protegible, en interés del menor, la realidad, a la ficción formal (art. 39.2 de la Constitución), principio que además se acoge expresamente en los arts. 131, párr. 1.º, y 134 Cc.

de 1988) (5), o nada oponían ni la madre demandada ni su esposo (STS de 10 de marzo de 1988) (6), en otros identificó con el bien material y moral del menor la declaración de paternidad (STS de 3 de diciembre de 1988) (7), o el bienestar del orden familiar de hecho o legal creado por las personas interesadas (STS de 5 de noviembre de 1987) (8), o en la posesión de estado, como en la sentencia de 30 de junio de 1988. *Tal aportación jurisprudencial de ampliación de la legitimación debe mantenerse y respetarse, pero 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 (vid. STS de 5 de noviembre de 1987), el cual, ya se ha dicho, podrá siempre hacer valer su derecho en cuanto entienda que se corresponde con su 'status'.*

(5) Comentada por RIVERO HERNANDEZ, "La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación", *Poder Judicial*, n.º 13, marzo 1989, pp. 105 y ss. Admitida por la madre la paternidad del demandante, lo que no significa conformidad con la petición de paternidad, se estima la demanda del recurrente en casación "superando al respecto ciertas rigideces formales de carácter procesal nacidas de la alegación referida a la posesión de estado, pues ello conduciría, ante la peculiar singularidad del caso debatido, a un resultado ilógico y absurdo que repugnaría al Derecho y a un elemental razonar lógico" (FD 2), entendiéndose que las declaraciones y afirmaciones de la parte demandada, de valor y trascendencia sustancial y definitiva, "superan y desbordan la categoría misma de posesión de estado (*nomen, tractus y fama*). Categoría que no ha de olvidarse que propiamente sólo es —y esto es decisivo a los efectos de la presente casación— exigencia mínima de las previsiones contenidas en el Código en materia de acciones de filiación arts. 127 a 141, ambos inclusive) y que ha sido definida y conceptualizada por esta Sala, en fiel concordancia con lo anterior, como situación residual en que puede encontrarse un hijo frente a otras probanzas o declaraciones de mayor rango o eficacia jurídica".

(6) Referida a un supuesto de reclamación de paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial contradictoria, aparece igualmente probada la paternidad reclamada, y aunque el actor no apela a la posesión de estado para reclamar la paternidad extramatrimonial, el Tribunal Supremo estima que "reclamó la filiación extramatrimonial al amparo de estos preceptos (arts. 133 y 134 Cc), por partir del supuesto de ser el padre biológico del hijo concebido con mujer casada, quedando así patente la legitimación *ad causam*". Debe aquí matizarse que el esposo al que se refiere la STS de 28 de mayo de 1997 cuando cita esta sentencia es el propio demandante que, con posterioridad al nacimiento del hijo y a la nulidad del matrimonio previo de la madre, contrajo nupcias con ésta.

(7) Que no se pronuncia sobre la existencia o no de posesión de estado, volviendo a ser crucial la prueba de la filiación reclamada obtenida de la negativa de la madre demandada a someterse a pruebas biológicas junto a otros indicios.

(8) Comentada por RIVERO HERNANDEZ, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 15, pp. 5125 y ss. Aborda un supuesto de reclamación de filiación no matrimonial e impugnación de la matrimonial contradictoria, quedando demostrada la verdadera filiación no matrimonial por la prueba biológica y la posesión de estado.

Hasta aquí las observaciones contenidas en esta reciente sentencia que comentamos, que, en mi opinión, suponen un aldabonazo de atención sobre los resultados injustos a que puede conducir en ocasiones el mantenimiento de una jurisprudencia que, no sólo en materia de legitimación para reclamar la filiación, sino interpretando extensivamente otros preceptos, trata ante todo de que triunfe jurídicamente la verdad biológica (9). En este sentido, el art. 39.2 de la Constitución, amparador de la investigación de la paternidad, ha sido profusamente utilizado por el Tribunal Supremo para construir una definida doctrina interpretativa de las normas que regulan las acciones de filiación en el Código civil (arts. 127 a 141), tras su reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo (10). El reconocimiento —de forma expresa en el art. 127, párr. 1.º, Cc— del principio de veracidad biológica como informador del régimen instaurado de acuerdo con la Norma Suprema (“la ley posibilitará la investigación de la paternidad”), constituye el basamento de una jurisprudencia tendencialmente dirigida a la consecución de dicha verdad biológica y a la máxima proyección del mandato constitucional citado.

Dentro de esta tendencia cabe enmarcar la exégesis dada, por ejemplo, al segundo párrafo del art. 127 Cc, según el cual “el juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda” (11), con la finalidad evidente, y en princi-

---

(9) Además de lo que veremos a continuación, puede citarse para una cuestión diversa la STS de 1 de abril de 1997, en la que se razona que las medidas acordadas como diligencia para mejor proveer han de usarse por los Tribunales con moderación, evitando en lo posible suplir la desidia de las partes, pero que no cabe hablar de indefensión, cuando lo que se ventila en el proceso es una declaración de paternidad que se atribuye a quien ha reconocido haber tenido contactos sexuales con la madre, si “el juez, en uso de sus facultades, en interés de la hija y siguiendo el principio, según el cual en estos procesos se tiende a la mayor aproximación de la verdad material (no de modo absoluto, pues en tal caso no habría acciones prescriptibles), haya el Juzgado acudido a diligencia en cuya práctica no ha concurrido vicio alguno de los preceptos citados, que no le son de aplicación”.

(10) La STS de 11 de marzo de 1988 habla en general, en su FD 3, de “criterio amplio de investigación de la paternidad de la legislación vigente”, citando los arts. 39.2 de la Constitución y 127, párr. 1.º, del Código civil.

(11) La regulación de esta cuestión en Navarra es distinta, pues la generalidad de la norma común, susceptible de una interpretación extensiva, no se corresponde con la concreción de los supuestos que deben acreditarse para poder interponer la demanda según la Ley 71 del Fuero Nuevo. Así, la STSJ de Navarra de 16 de marzo de 1993 (FD 4) establece que “la enumeración de la Ley 71 no se refiere, y por tanto no las limita, a las pruebas admisibles, sino a los hechos, situaciones y circunstancias que de forma taxativa permiten a los hijos no matrimoniales ejercitar la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad, sin por ello referirse a una especie de pruebas tasadas, relación en la que se comprenden las que en este litigio se han controvertido, la convivencia de la madre y el presunto padre y la posesión de estado, de modo que esta enumeración ni limita la prueba ni guarda en sí relación con el art. 135 del Código civil, sino con el último párrafo del art. 127 de dicho cuerpo legal que previene la necesidad de que, para que la demanda sobre filiación sea admisible, se presente un principio de prueba de los hechos en que se funde”.

pio acertada, de evitar los graves perjuicios que actuaciones desaprensivas, sin ninguna base, pueden causar a la persona y la familia, con las que se conecta ineludiblemente la filiación, institución que además, por su posible vinculación con relaciones sexuales extramatrimoniales (constante matrimonio), tiene profundas connotaciones sociales y morales. La aplicación práctica de esta regla requiere de una gran prudencia (12), porque su exigencia estricta no sólo puede hacer ilusoria la investigación de la paternidad, motor de las acciones de filiación como se deduce de la colocación del principio en el art. 127, párr. 1.º (primero de los reguladores de dicho régimen), sino también puede conculcar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución. La postura del Tribunal Supremo al respecto ha sido claramente flexibilizadora, bastando incluso, según una "interpretación espiritualizada" (así llamada por las SSTs de 3 de diciembre de 1991, 8 y 23 de octubre de 1993), la alegación en el escrito inicial de pruebas que puedan ser corroboradas en la fase probatoria (como las biológicas) (13).

La idea motriz de facilitar la investigación de la paternidad y, correlativamente, la determinación de la filiación, inspira igualmente la doctrina jurisprudencial sobre el art. 135 Cc, es decir, sobre la prueba de la filiación reclamada. Con espíritu realista, pues la prueba plena de la filiación es muy difícil de obtener, se respalda la prueba de presunciones (14) y se

---

(12) Como señala RIVERO HERNANDEZ, F., en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 484, esta norma "puede dar buen juego si es aplicada con prudencia".

(13) *Vid.*, por ejemplo, la STS de 12 de noviembre de 1987, en la que además se acompañó la demanda con unas fotografías, la STS de 3 de junio de 1988, la STS de 21 de diciembre de 1989, que admite ambos principios de prueba, la STS de 19 de enero de 1990, supuesto en el que también concurría la declaración, en documento, de un cura párroco, y las citadas en el texto. La STS de 23 de octubre de 1993 es ejemplificativa por su razonamiento (FD 1): "La Jurisprudencia de esta Sala es abundante y pacífica, aclarando que respecto a 'este principio de prueba', cabe sostener una interpretación 'espiritualizada', entendiendo que ni siquiera es necesario que la prueba deba plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado, y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de razonabilidad de la demanda. El requisito procesal del número 2 del art. 127 constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el art. 39.2 de la Constitución. La seriedad y razonabilidad de la pretensión que se ejercitó está hoy fuera de toda duda; luego resultaría contrario a la finalidad de la norma querida por el legislador, que aquel principio de garantía procesal se convirtiera en un impedimento u obstáculo del mandato constitucional...".

(14) *Vid.*, por ejemplo, la STS de 19 de enero de 1990 (FD 4): "Como han puntualizado recientemente las sentencias de 30 de noviembre y 21 de diciembre de 1989, la falta de una prueba directa de los hechos, hace entrar en juego las presunciones de la

hace uso del último inciso del precepto citado, que como cláusula general ofrece amplias posibilidades de desarrollo (15). Dentro de esta línea jurisprudencial debe mencionarse igualmente la relevancia probatoria que se concede en numerosísimas sentencias a la negativa a someterse a pruebas biológicas: no supone una *ficta confessio*, sino un indicio valioso de la filiación reclamada que debe conjugarse con otros materiales probatorios, doctrina, plenamente consolidada (16), que engarza, según la STS de 6 de

---

normativa general de los arts. 1249 a 1253 del Código civil, sin perjuicio de las normas específicas establecidas para casos concretos, como ocurre con el art. 135 del mismo Código que, por su especialidad, prima en su aplicación sobre las reglas generales al permitir inferir la filiación mediante el empleo de la analogía”, razonamiento que se repite en la STS de 5 de febrero de 1990.

(15) La STS, de 24 de octubre de 1996 (FD 4) señala al respecto que el último inciso del art. 135 “introduce en materia interpretativa un criterio de gran amplitud que autoriza al juez a acudir a las presunciones *seu iudicis*, facultando a poner en juego lo dispuesto en el art. 4.1 del expresado Código, como así se reconoció en las sentencias, entre otras, de 17 julio 1987 y 26 mayo 1988, pero sin que semejante amplitud pueda entenderse como una facultad discrecional, ya que siempre habrá que estar a las circunstancias concretas que concurren en cada caso, sopesándolas y ponderándolas cuidadosamente y, por supuesto, partiendo de los hechos estimados acreditados, por haber quedado incólumes en la casación”. Sobre el modo de operar esta regla ha mantenido la STS de 7 de octubre de 1995, que “la analogía a la que permite acudir el inciso final del citado art. 135 se refiere no a los hechos, sino al modo a como se infiere la filiación, es decir, no se trata de que la filiación se infiera de hechos análogos a los designados *nominatim* en el precepto, sino que la filiación se derive de modo análogo a como se infiere del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado o de la convivencia con la madre en la época de la concepción”.

(16) *Vid.*, entre otras, las SSTS, de 14 de octubre de 1985, 19 de junio de 1986, 27 de junio, 17 de julio y 14 de noviembre de 1987, 11 de marzo, 21 de mayo, 3 de junio y 23 de septiembre de 1988, 15 de marzo de 1989, 24 de marzo, 18 y 28 de mayo, 20 de julio y 26 de noviembre de 1990, 25 de abril, 6 de junio y 3 de diciembre de 1991, 25 de enero y 5 de octubre de 1992, 27 de enero, 4 de febrero, 8 y 30 de octubre de 1993, 8 de marzo, 8 de mayo, 28 de julio y 7 de octubre de 1995, y 14 de junio y 4 de julio de 1996, y, aplicando la misma doctrina las SSTSJ de Cataluña de 22 de julio de 1991 y 6 de julio de 1992. Parece considerar que esta negativa supone *ficta confessio* la STS de 24 de octubre de 1996. El valor probatorio de la negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas se ha extendido en algún supuesto a los procesos de impugnación de la filiación, como en la STS de 28 de marzo de 1994, en la que el progenitor había impugnado su paternidad no matrimonial reconocida, y ello con base igualmente en los arts. 39.2 de la Constitución y 127 Cc (no así en la cercanísima STS de 14 de marzo de 1994, que comenté para *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 36, pp. 873 y ss., en la que el reconocimiento que determinó la filiación era impugnado por los herederos del progenitor fallecido, disparidad jurisprudencial que da idea de la sujeción al caso concreto de las decisiones de nuestro Tribunal Supremo sobre cuestiones de filiación). Y aplicando la ya mencionada doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, también se ha tenido en cuenta, como indicio probatorio, la negativa a someterse a pruebas biológicas del varón que aparece como progenitor, en un supuesto de reclamación de paternidad acompañada de impugnación de la filiación contradictoria, en la STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 1991.

febrero de 1991, con el principio de libre investigación de la paternidad reconocido en el art. 127 Cc al desarrollar el art. 39.2 de la Constitución (17), y que ha merecido el apoyo del Tribunal Constitucional en la conocida Sentencia 7/1994, de 17 de enero.

Puede consultarse, por ejemplo, la STS de 23 de septiembre de 1996, en la que extensamente se aborda el valor de las pruebas biológicas (practicadas sobre parientes directos del pretendido progenitor al haber fallecido éste) y otras pruebas presuntivas o indirectas, que concurren “para reforzar la presunción, dotada de la máxima lógica, a la que llegó el Tribunal de Instancia”. Del mismo modo, señala la STS de 24 de junio de 1996 que la infundada negativa a la práctica de pruebas biológicas, unida a diversos indicios de la paternidad reclamada por el sedicente progenitor, “permiten de acuerdo con los criterios jurisprudenciales de esta Sala apoyar la formación de una convicción favorable a la paternidad, convicción que como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 noviembre 1995, sólo puede sustentarse en pruebas indirectas, con todos los riesgos que ello comporta, pero también con toda certidumbre que según el recto criterio humano, resulta exigible”. Es citada también con reiteración por otras posteriores la STS de 29 de abril de 1994 (FD 3), que a su vez se apoya en otras anteriores en cuanto a que la inviolabilidad del cuerpo humano no permite la extracción *manu militari* de sangre (STS de 14 de noviembre de 1987), o a que

---

(17) También en la STS, de 29 de abril de 1994 afirma que la negativa a someterse a pruebas biológicas conculca la declaración programática del art. 39.2 de la Constitución, cuando proclama que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Igualmente, relevante es la STS de 24 de junio de 1996 al señalar que “la relación entre indicios probatorios existentes sobre la paternidad y la negativa a someterse o permitir las pruebas sanguíneas demostrativas de la paternidad con un índice de fiabilidad extremadamente alto, exige siempre una ponderación jurídica para evitar que se convierta en ilusorio el principio de investigación de la paternidad reconocido con rango de norma constitucional (art. 39 de la Constitución Española)”, sin que el Derecho pueda amparar la actitud contraria a la práctica de dicha prueba (STS de 28 de noviembre de 1995), añadiéndose, en relación al derecho de defensa reconocido en el art. 24 de la Constitución, que en asuntos donde el interés público está presente, como ocurre en los procesos de filiación, “el ejercicio del derecho ha de tender a favorecer el descubrimiento de la verdad, sin que, desde luego, quepa sobrepasar manifiestamente sus límites con actos u omisiones como la negativa total a cooperar en el buen fin de las pruebas propuestas, admitidas y declaradas pertinentes por la autoridad judicial, en perjuicio, según los términos objetivos de la ley y al margen de respetables sentimientos del menor cuya paternidad se reclama”. El derecho a la tutela judicial efectiva, por otra parte, es también tenido en cuenta por la STS de 6 de febrero de 1991, al establecer que la actitud obstruccionista a la práctica de pruebas biológicas “hacen ilusorias las posibilidades que el legislador establece en el art. 24 de la Constitución Española para lograr la tutela efectiva de los derechos legítimos como los de filiación y concretamente el derecho primario del hijo a que se le declare su filiación biológica”.

la finalidad de la práctica de pruebas biológicas es la defensa, en primer lugar, de los intereses personales del hijo, tanto de orden material como moral (STS de 19 de noviembre de 1985) (18), o a que la intimidad de las personas no resulta atacada cuando la prueba esté permitida por la ley y se practique con las garantías procesales suficientes (STS de 14 de julio de 1988).

La consecución de la verdad biológica inspira igualmente las distintas decisiones jurisprudenciales que, como la sentencia que estamos estudiando reconoce, han extendido generosamente la legitimación para accionar a supuestos que no están expresamente comprendidos en el régimen de las acciones de filiación. En este epígrafe sólo apunto esta doctrina jurisprudencial porque de ella me ocuparé más detenidamente después: en síntesis, el Tribunal Supremo busca distintas justificaciones para amparar en cualquier caso la legitimación del progenitor no matrimonial, en los supuestos contemplados por los arts. 133 y 134 Cc, cuando resulta acreditada su paternidad. Y lo que interesa destacar, para concluir, es que si se conjuga la interpretación que se da al principio de prueba exigido y a la prueba de la filiación, con la extensión de la legitimación activa a supuestos no expresamente previstos, puede llegarse a soluciones que, si bien son consecuentes con la jurisprudencia mantenida, resultan muy discutibles y, como hemos adelantado, injustas. Por ejemplo, la STS de 28 de noviembre de 1995 (recurrida en amparo, que se inadmitió por falta de contenido constitucional por auto del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1996, reproducido en la sección de *Materiales* de este mismo número), en la que el que se presenta como padre biológico reclama la filiación no matrimonial, impugnando a su vez la matrimonial contradictoria, oponiéndose ambos cónyuges por falta de legitimación activa y negándose a la propuesta y práctica de cualquier prueba (por lo que no se pudo realizar ni la caligráfica, ni la biológica, ni la de confesiones solicitadas). En ambas instancias se había desestimado la demanda, pero no por carecer el actor de legitimación activa, y sin embargo el Tribunal Supremo accede a la reclamación declarando la paternidad no matrimonial, sin ninguna consideración al interés del menor cuya filiación se reclama, que se presume está perfectamente integrado en el hogar conyugal una vez solucionada la crisis que imaginamos hubo entre marido y mujer. Y este olvido del interés del menor, y de la familia en la que se integra, se produce en aras de la consecución de la verdad biológica, con los mismos

---

(18) En parecido sentido, la STS de 25 de abril de 1991 afirma que la justificación ético-social de la realización de pruebas biológicas "ha de buscarse en el carácter prioritario y fundamental que es el derecho de toda persona a determinar su origen biológico, con independencia de la clase de filiación".

argumentos que jalonan la copiosa jurisprudencia sobre la materia, que, como vemos, puede conducir a excesos (19).

## II. LEGITIMACION ACTIVA DEL PROGENITOR PARA RECLAMAR LA FILIACION NO MATRIMONIAL

### a) *Jurisprudencia*

El régimen legal de las acciones de filiación pergeñado en el Código civil plantea muchísimas dudas interpretativas, no siendo las menos importantes las referidas a la legitimación tanto activa como pasiva, discutiblemente regulada la primera y silenciada la segunda (20). La regulación de la reclamación judicial de la filiación se estructura en diversos supuestos normativos en función, en primer lugar, de la existencia o no de posesión de estado, y, en el caso de que falte dicha posesión de estado, de la matrimonialidad o no matrimonialidad de la filiación reclamada. En esencia, y atendiendo a dichos criterios, varía el círculo de personas titulares de la acción: si concurre posesión de estado, cualquier persona con

---

(19) Dice esta sentencia, prescindiendo de cualquier pronunciamiento sobre la legitimación del actor, que en los procesos de filiación "el ejercicio del derecho ha de tender a favorecer el descubrimiento de la verdad, sin que, desde luego, quepa sobrepasar manifiestamente sus límites con actos u omisiones como la negativa total a cooperar en el buen fin de las pruebas propuestas, admitidas y declaradas pertinentes por la autoridad judicial, en perjuicio, según los términos objetivos de la ley y al margen de respetables sentimientos, del menor cuya paternidad se reclama".

(20) En este estudio no pueden abordarse todas las cuestiones, pero sí me gustaría recoger algunas resoluciones judiciales en las que se han tratado puntos oscuros. Por ejemplo, sobre la legitimación prevista en el art. 140, párr. 1.º, Cc para impugnar la filiación no matrimonial cuando falta en las relaciones familiares la posesión de estado, la STS de 23 de septiembre de 1996 ha aclarado, además de que se refiere tanto a la paterna como a la materna, que establece "un supuesto amplio al referirse a todos aquellos a quienes perjudique, cuando falte posesión de estado, y que hay que proyectar no sólo sobre perjuicios económicos sino también a los de condición moral". En cuanto a la legitimación pasiva en el caso anterior, en la misma sentencia se ha considerado que la tiene necesariamente la viuda del progenitor cuya filiación se reclama, "pues no sólo ha de atenderse a los derechos sucesorios de la herencia del padre-causante (...), sino a intereses familiares ineludibles que pueden estar afectados por la declaración de paternidad postulada y atribuyen condición de posible perjudicada a dicha codemandada". Sobre inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario en un proceso de reclamación en el que no se demanda ni al Ministerio Fiscal, ni a la esposa ni al hijo del demandado, *vid.* la STS de 17 de marzo de 1993. También resuelve problemas de litisconsorcio pasivo necesario la STS de 16 de febrero de 1989. Afirmaciones generales sobre legitimación pasiva se contienen igualmente en la STS (revisión) de 19 de febrero de 1990 y en la STS de 19 de enero de 1990.

interés legítimo (art. 131, párr. 1.º), con independencia de que la filiación sea matrimonial o no matrimonial; a falta de posesión de estado, el padre, la madre o el hijo si se trata de una filiación matrimonial (art. 132, párr. 1.º), y el hijo si se trata de una filiación no matrimonial (art. 133, párr. 1.º). Se completa esta regulación sobre legitimación activa para reclamar la filiación con lo dispuesto en el art. 134, párrafo 1.º, según el cual el ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria.

En cuanto a la interpretación del art. 133 Cc, hay que decir que a pesar de la claridad de su tenor literal, el Tribunal Supremo ha extendido la legitimación prevista en el precepto, en ausencia de posesión de estado, para reclamar la filiación no matrimonial al progenitor (21), cimentando su doctrina, que, como más flexible y amplia contrapone a una versión literalista, tanto en la llamada legitimación *ad causam*, diferente de la mera legitimación *ad procesum*, que correspondería no sólo al hijo sino también a los progenitores biológicos como titulares de la acción en defensa de un interés legítimo protegido por la Constitución, como en una interpretación sistemática que se deduciría de la relación entre los arts. 133 y 134 del Código civil (22). Del mismo modo, la jurisprudencia también ha enten-

---

(21) El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sentencias de 18 de febrero y 22 de julio de 1991 y 6 de julio de 1992) hizo lo propio aplicando el art. 4 de la Compilación catalana, que tampoco concedía acción al progenitor para que se declarase la filiación, basándose en el principio tradicional catalán de la libre investigación de la paternidad y en la consideración de que el padre tiene el mismo derecho que el hijo a que se reconozca su condición. Sobre investigación de la paternidad y legitimación, en un supuesto de acumulación de acciones de reclamación e impugnación de filiación paterna, con desestimación de la demanda en ambas instancias por la defectuosa formación de la relación jurídico-procesal al no haberse demandado también al progenitor que constaba registralmente, *vid.* la STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 1997 que desestima el recurso de casación interpuesto por la madre-demandante.

(22) En alguna ocasión la argumentación que sirve de soporte a la legitimación activa del progenitor, aun sin posesión de estado, ha sido sorprendente y, en mi opinión, muy defectuosa. Así, la STS de 22 de marzo de 1988 (FD 2), habiendo reclamado la madre que se declarase su maternidad en relación a dos niñas que habían sido reconocidas únicamente por su padre, y alegada por el recurrente la falta de legitimación activa de la demandante, considera que resulta de aplicación el art. 129 Cc, de modo que la actora, como madre natural de las menores, puede representar a éstas en el juicio (¿acaso la representación legal no se atribuye al progenitor cuya filiación ya está legalmente determinada o, a lo sumo, goza de la posesión de estado, y las hijas no ocupan la posición procesal contraria a la demandante?), atribución procesal que se deduce igualmente del art. 4 de la Compilación catalana (entonces vigente) para evitar una indefensión de los hijos durante su minoría de edad (¿es que las hijas no están defendidas por su padre y representante legal?). Ilumina la comprensión de este ilógico razonamiento el presupuesto (la verdad biológica) del que parte el Tribunal, y del que se nos

dido que cualquier progenitor, concurra o no posesión de estado, está legitimado para ejercitar la acción mixta de reclamación-impugnación (23) prevista en el art. 134 del Código civil. En cualquier caso, el fundamento último está, como en las líneas jurisprudenciales más arriba apuntadas, en el principio de verdad biológica y de investigación de la paternidad, sancionado por los arts. 39.2 de la Constitución y 127, párrafo 1.º, del Código civil (24).

Además de las sentencias citadas por la que estamos viendo aquí, conforman esta jurisprudencia (25), entre otras, la STS de 24 de junio de 1996 (cuyos razonamientos se encuentran ya en la STS de 8 de julio de 1991), que, en contra de lo sostenido en las dos instancias sobre carencia de legitimación activa del actor, pretendido padre biológico, por falta de acreditación de la posesión de estado correspondiente, considera infringidos los arts. 133 y 134 Cc, así como la doctrina jurisprudencial que genera ambos preceptos, razonando que “la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del art. 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aun en casos, en que no haya “posesión de estado” el ejercicio de la acción

---

informa a continuación: la condición maternal de la demandante “no ha sido negada por el recurrente y resulta sobradamente acreditada en autos según apreciaron ambas sentencias de instancia, apreciación que esta Sala de casación acepta, y reconoce sus consecuencias jurídicas”.

(23) Sobre la denominación dada a esta acción, o la consideración de que estamos ante una acumulación de acciones, *vid.* QUESADA GONZALEZ, “Acumulación de las acciones de reclamación y de impugnación de paternidad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, pp. 930-931.

(24) Esta interpretación del Tribunal Supremo, tan pendiente del principio de verdad biológica y empeñado en sortear prácticamente cualquier obstáculo que se presenta, no ha sido asumida por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en relación a la Ley 71 del Fuero Nuevo, que sólo concede legitimación activa para ejercitar la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad no matrimonial, en los casos fijados, al hijo y a sus descendientes cuando aquél ha fallecido durante su minoría edad o en estado de incapacitación. Véase al respecto el FD 5 de la sentencia de este Tribunal de 22 de diciembre de 1994.

(25) Sin entrar expresamente en la legitimación propia de la madre para reclamar la filiación, y centrándose en su actuación como representante legal del menor aunque otorgue el poder para pleitos en su propio nombre, la STS de 11 de abril de 1990 afirma que, como tiene dicho la STS de 21 de abril de 1988, si a la madre no casada se le negase el derecho a que se reconozca la paternidad de un hijo por excesivos formalismos, se quebrantaría el art. 24.1 de la Constitución, y que los arts. 129 y 133 Cc requieren una interpretación no restrictiva, en tanto el interés sobre el estado civil es público, no una cuestión estrictamente personal de los particulares a quienes afecta. En esta STS de 21 de abril de 1988 se entiende también que la madre no matrimonial ha ejercitado la acción amparada en el art. 127 Cc, en el art. 39.2 de la Constitución y en los arts. 129 y 133 Cc, pues en el contenido de la demanda la actora había señalado que actuaba en interés de su hija menor.

de reclamación de la filiación no matrimonial”, pues “si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este art. 134 sobre el sentido restrictor (...) en punto al art. 133”; la STS de 29 de abril de 1994 (26) y la STS de 23 de febrero de 1990 (27).

La valoración de esta jurisprudencia exige previamente esbozar algunas ideas sobre la regulación positiva de la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial. De esta normativa debe destacarse, a los efectos que aquí nos interesan, la diferencia que literalmente resplandece de la comparación entre los arts. 132 y 133 Cc, es decir, el distinto trato recibido por los progenitores en el punto de poder instar o no la determinación de la filiación en defecto de posesión de estado, utilizando como criterio de distinción de los mismos, que aparecen como una de las partes de la relación paterno/materno-filial que se pretende establecer, la matrimonialidad o no matrimonialidad de la filiación a determinar. Resulta de estos

---

(26) En el FD 2 se establece, en un supuesto de reclamación de la paternidad no matrimonial por la madre de un menor, que “la legitimación activa y el evidente interés jurídico de la recurrida para reclamar la paternidad a favor de su hijo menor de edad deriva no sólo de una inequívoca relación de naturaleza moral y física, sino del Derecho positivo vigente y de la jurisprudencia de esta Sala. Así las sentencias de 5 noviembre 1987, 10 marzo 1988 y otras sientan claramente la legitimación *ad causam* basada en los arts. 133 y 134 del Código civil para reclamar la filiación extramatrimonial por partir del supuesto de paternidad biológica, declarándose expresamente la legitimación de la madre, de acuerdo con el art. 134 del Código civil, del que deriva o se reconoce el interés legítimo protegido por la Constitución (art. 39). No es dudoso que el precepto legal civil sustantivo mencionado incluye la acción de reclamación tanto a favor del hijo como del progenitor, en este supuesto la madre, sin hacer distinción ni exclusión alguna en caso como el ahora debatido, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 133 para que durante toda su vida pueda el hijo reclamar su filiación no matrimonial. Así pues, no son admisibles las alegaciones del motivo que se examina, en tanto la madre en este caso litigioso puede por sí en su nombre, o como representante legal de su hijo menor de edad, ejercitar las acciones de reclamación de filiación no matrimonial”.

(27) Comentada por RIVERO HERNANDEZ, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 23, pp. 473 y ss. En el FD 2.º se razona que “La aparente antinomia entre los arts. 131 y 134 del Código civil, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, ya que el propio art. 134, permite, sin paliativos, la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el art. 134, deviniendo avalada por el principio de veracidad biológica o en el de posesión del estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica”.

datos esquemáticamente anotados que la exclusión del progenitor no matrimonial de la legitimación activa para reclamar la filiación, a tenor del art. 133 Cc, debe contemplarse críticamente desde dos perspectivas: la de su adecuación al principio de investigación de la paternidad demandado por el art. 39.2 de la Constitución, y la de su adecuación al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución.

## 2. *El art. 133 Cc y el principio de verdad biológica*

¿Es conforme con el principio de investigación de la paternidad la concesión de la acción para reclamar la filiación sólo al hijo, y no al progenitor? Para resolver este interrogante hay que tener en cuenta que la Constitución, en su art. 39, conecta la investigación de la paternidad con la protección de los hijos, con el derecho que éstos tienen a recibir asistencia paterna de todo orden, de modo que pudiera entenderse cumplido por el legislador el mandato constitucional ("la ley posibilitará la investigación de la paternidad"), concediendo en todo caso acción al hijo para que su filiación quede determinada (28). Que el hijo deba tener esta acción siempre, deriva además del derecho a conocer el origen biológico como emanación de la dignidad de la persona (art. 10 de la Constitución) (29). Pero cuando se trata de conceder la misma acción al progenitor, que, como parte de la relación paterno/materno-filial, ostenta igualmente un interés directo en la investigación de la paternidad, han de valorarse otros intereses que pueden relativizar el valor de este principio, concretamente los del hijo tomados expresamente en consideración por la Constitución (por ejemplo, puede ser un interés digno de protección, a costa de la investigación de la paternidad pretendida por el progenitor biológico, la integración del hijo en una familia que le ha dispensado los cuidados negados por su verdadero progenitor).

Que la investigación de la paternidad, si el sujeto activo es el progenitor, no sea un principio absoluto, implica que puedan estar justificadas restricciones a la misma, como la limitación de la legitimación para accionar en

---

(28) Este es el parecer del Ministerio Fiscal en la STS de 28 de mayo de 1997 que se comenta, abogando por la estimación del recurso interpuesto por la madre: "El art. 133 del Código civil (para cuando falta la posesión de estado) es un texto inequívoco y básico, además de concordante con el art. 39.2 de la Constitución, que al programar que la 'la ley posibilitará la investigación de la paternidad', lo hace en el contexto de la protección integral de los hijos y de las madres".

(29) *Vid.* sobre esta construcción el trabajo de QUESADA GONZALEZ, "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *Anuario de Derecho Civil*, 1994, II, pp. 237 y ss.

determinados supuestos en los que deban salvaguardarse, por ser más dignos de protección, los intereses del hijo. Este equilibrio que debe buscarse entre el interés del progenitor en determinar la filiación y los intereses del hijo, no se ha conseguido en el Código civil, porque el art. 133, literalmente, parece negar en cualquier caso la legitimación para accionar al progenitor no matrimonial, sin distinción de supuestos, sin los matices que deben tenerse en cuenta, en la medida de lo posible, en un tema tan delicado como la filiación. Siendo rigurosos en la interpretación, la falta de *constante* posesión de estado (cfr. sistemáticamente arts. 131 y 133 Cc) cerraría el camino al progenitor no matrimonial para que se declarase su filiación, cuando en muchas ocasiones la existencia de tal posesión de estado no depende del progenitor, sobre todo si se trata del padre, que puede verse privado, en contra de su voluntad, de cualquier contacto con el hijo.

En la dirección apuntada, de relativización del principio de verdad biológica cuando quien inicia el proceso de reclamación es el progenitor, van encaminadas las "precisiones" ya reseñadas que establece la STS de 28 de mayo de 1997, que se cuida de enfatizar la posibilidad que siempre le queda al hijo de reclamar su filiación biológica. Cabe deducir de ellas que los preceptos que pueden entenderse como restrictivos de la investigación de la verdadera filiación (limitaciones de la legitimación, exigencia de un principio de prueba, plazos de caducidad), no son meros formalismos que puedan sortearse siempre que la verdad biológica haga acto de presencia, ya que derivarían de otro principio informador del régimen de la filiación, contrapunto del principio de verdad biológica: la preservación de la paz familiar. Alguna aclaración merece esta expresión, porque trae a la memoria la famosa frase "respeto a la paz y tranquilidad de las familias" (30) que servía de justificación para cercenar la investigación de la paternidad en el régimen de la filiación derogado, y evidentemente la paz familiar de la que habla la sentencia no puede asimilarse a la paz familiar (sinónima de matrimonial) burguesa que inspiró los Códigos decimonónicos (31).

La preservación de la paz familiar ha de integrarse con el principio que verdaderamente debe ser, en mi opinión, el contrapeso del principio de verdad biológica: me refiero a la protección del interés del hijo (32),

---

(30) Recordada por la STS de 17 de marzo de 1995 (FD 10).

(31) *Vid.* como muestra de la evolución producida el supuesto enjuiciado por la STS de 23 de septiembre de 1996, en el que aparecen como demandados la viuda y los hijos del pretendido progenitor.

(32) Búsqueda de la verdad biológica e interés del hijo no están reñidos cuando el que reclama la filiación es el propio hijo, por sí o por su representante legal, de ahí que la STS de 11 de marzo de 1988 (FD 5) anote que "la finalidad de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto de orden mate-

también mencionado por la sentencia que se analiza (33). La paz familiar que contrarresta la búsqueda de la verdad material debe ser, pues, aquella que beneficia al hijo porque éste verdaderamente se encuentre en paz en la familia que ha podido formarse al margen de la verdad biológica. No creo que se trate de preservar a toda costa las situaciones posesorias de las que habla la STS de 28 de mayo de 1997, por más que generosamente se hayan creado por quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad, sino sólo de aquellas en las que esté plenamente integrado el hijo, que efectivamente supongan un bien para el menor. De ahí que resulte fundamental en los procesos de filiación la audiencia del menor, de acuerdo con el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. La protección de la familia así entendida, como seno en el que felizmente se halla integrado el menor, tendría el mismo apoyo constitucional que el principio de investigación de la paternidad, pues ambos principios se recogen en el art. 39 de la Constitución.

La sentencia que sirve de base a este trabajo aporta otra razón para bajar de su pedestal el principio de verdad biológica, fundamento, como hemos visto, de la doctrina jurisprudencial que ahora se matiza sobre legitimación activa del progenitor no matrimonial. Se alude a una nueva concepción de la paternidad, fundada en la voluntad recíproca (filiación adoptiva, filiación derivada de técnicas de reproducción asistida...), que coexistiría con la derivada del hecho biológico, pero esta interpretación sistemática de la legislación del Estado no creo que sea decisiva a los efectos pretendidos: en definitiva, se trata de filiaciones que están informadas por distintos principios, y la admisión de la adopción (que puede coexistir plenamente con la determinación de la filiación por naturaleza a tenor del art. 180.4 Cc) o de las técnicas de reproducción asistida en nada afecta a la subsistencia del hecho biológico como sustrato de la filiación derivada de relaciones sexuales, sustrato natural que debe prevalecer jurídicamente

---

rial como moral, como ya declararon las sentencias de esta Sala de 19 de noviembre de 1985 y 14 de noviembre de 1987".

(33) También emplea estas variables en su razonamiento la ya citada STSJ de Cataluña de 6 de julio de 1992 (FD 3), aunque con distinto alcance: "En materia de investigación de la relación paterno-filial o materno-filial el principio que debe prevalecer es el de veracidad material en su vertiente de verdad biológica, procurando hacer coincidir la filiación jurídica con la real, si bien el legislador puede introducir alguna atemperación por atendibles razones de seguridad jurídica y paz familiar. Una vez determinada la generación, cuestión eminentemente fáctica, entra en juego el segundo gran principio regulador de la materia: el del *favor filii*. Con la aplicación del principio de *favor filii* los Tribunales deben impedir que la constatación del hecho biológico produzca al hijo más inconvenientes que los inevitables que en ocasiones puede acarrear la mera declaración de paternidad o maternidad".

siempre que sea posible (34) o salvo que se estime otro interés más digno de protección.

### 3. *El art. 133 Cc y el principio de igualdad*

¿Es conforme con el principio de igualdad que el art. 132 conceda acción para reclamar la filiación matrimonial al padre, a la madre o al hijo, y el art. 133, para reclamar la filiación no matrimonial, al hijo y no al progenitor? Está claro que el único dato motivador de la distinción de los supuestos de hecho es la matrimonialidad o no matrimonialidad de la filiación a determinar, por lo que debemos preguntarnos si este hecho justifica el trato desigual dado. Si estamos a los motivos que pudo tener el legislador para mantener esta distinción (que ya aparece en el Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio), será de utilidad recordar la Exposición de motivos de este proyecto, que después no acompañó a la Ley 11/1981, de 13 de mayo: se dice que la circunstancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio es importante para la determinación legal de aquélla, pues “no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación”.

El matrimonio confiere certeza a la paternidad. ¿Es esto correcto? ¿Es verdaderamente el matrimonio el que confiere certeza a la paternidad, o, más exactamente, la convivencia entre los cónyuges (presumida por el art. 69 Cc) en el momento de la concepción, de la que deriva, en la mayoría de los supuestos, la presunción de paternidad del marido de la madre? Piénsese que si la concepción es prenupcial (concretamente, cuando el hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio), la ley no considera que el matrimonio dote de gran certeza a la paternidad, ya que permite al marido destruir la presunción de paternidad extrajudicial-

---

(34) En mi opinión, si la filiación no matrimonial se determina extrajudicialmente, la voluntad recíproca de los sujetos que integran la relación paterno-filial sí ostenta una importancia decisiva, en detrimento de la verdad biológica, imposible de obtener salvo en casos manifiestos fuera de un proceso contencioso en el que pueda aportarse todo tipo de pruebas. Pero ello no quiere decir que la verdad biológica no sea objetivo a conseguir si se acude a la vía judicial, porque aunque debe cohonestarse con otros intereses, no cabe duda de que la investigación de la paternidad es un principio fundamental del régimen de las acciones de filiación. El desarrollo de estas ideas lo expuse en la obra *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 151 y ss.

mente (cfr. art. 117 Cc), y si el nacimiento se produce, constante el matrimonio, pero transcurridos trescientos días desde la separación entre los cónyuges, es decir, cuando en el momento de la concepción la presunción de convivencia ya ha decaído, es necesario el consentimiento del marido —que en esencia sólo puede configurarse como un reconocimiento, título de determinación normal de la filiación no matrimonial (art. 120.1 Cc)— para que su filiación quede determinada y, debido al vínculo matrimonial que todavía le une con la madre del nacido, la filiación pueda inscribirse como matrimonial (cfr. art. 118 Cc).

En resumen, fuera de los supuestos en que opera plenamente la presunción de paternidad del marido de la madre, el matrimonio, por sí, no otorga certeza a la paternidad, de modo que desaparece la justificación que la ley pretende dar a la distinción marcada por los arts. 132 y 133 Cc, por lo que a la legitimación activa del progenitor para accionar se refiere. Y en cuanto a la maternidad, olvidada en la Exposición de motivos, he defendido ya en otra ocasión (35) que su determinación es independiente de su calificación posterior como matrimonial o no matrimonial, de modo que este criterio adjetivo tampoco sirve para justificar el diferente trato que la madre recibe, en los arts. 132 y 133 Cc, para instar la determinación judicial de la filiación faltando la correspondiente posesión de estado. ¿Cabe alguna otra defensa de la discriminación que asoma en el art. 133 Cc? Aunque se ha acudido en alguna ocasión (36) a otro de los principios informadores del régimen de la filiación, el del *favor filii*, entiendo que resulta inócua a estos efectos, pues en definitiva nos encontramos, en ambos preceptos, en un supuesto de ausencia de posesión de estado, es decir, de desapego del progenitor, tanto matrimonial como no matrimonial, e incumplimiento de sus deberes paternos. El interés del menor exi-

---

(35) Comentando la RDGRN de 30 de abril de 1994 para *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 38, pp. 441 y ss.

(36) La concordancia del art. 133 con la Constitución ha sido mantenida en la STS de 1 de diciembre de 1993, dictada en un supuesto en el que era de aplicación el antiguo art. 4 de la Compilación catalana, muy semejante al actual art. 133 Cc en cuanto a la legitimación activa para accionar diseñada. En ambas instancias se le había negado al sedicente progenitor no matrimonial de las menores, adoptadas por otro varón y que convivían con la madre, legitimación activa, acusándose en casación infracción del ordenamiento jurídico, en especial los arts. 14 y 24 de la Constitución, en relación con los arts. 131 y siguientes del Cc y de los arts. 5 y 7 de la LOPJ. La respuesta del Alto Tribunal es que el mandato contenido en el art. 39.2 de la Constitución se respetaba en los derogados arts. 4 y 5 de la Compilación “sin que las restricciones de la legitimación activa —no ajenas al régimen del Código Civil— en unos y otros supuestos sean arbitrarias o infundadas sino que, en el extremo que interesa ahora, se deben evidentemente a la consideración de situaciones familiares, y al propio *favor filii*, muy estimables que, por lo mismo, no suponen indefensión en el sentido del art. 24 de la Constitución”.

giría, consecuentemente, un mismo tratamiento normativo de la legitimación del progenitor para reclamar la filiación.

Abortada, creo, cualquier excusa justificativa, aparece el principio de igualdad claramente conculcado en perjuicio de los progenitores no matrimoniales, lo que sirve como argumento para respaldar, siempre que se sopesen adecuadamente los respectivos intereses del hijo y del progenitor porque la restricción de la legitimación para accionar puede estar justificada en algunos casos, y a la espera de un pronunciamiento constitucional o de una reforma legislativa, la jurisprudencia ya citada que, en materia de legitimación activa del progenitor no matrimonial, desborda los límites fijados por el tenor literal, y puede que también el espíritu, de la ley. En relación a las razones que se aportan para defenderla, voy a detenerme en el estudio del recurso al art. 134 Cc para interpretar a partir de él el art. 133 Cc, ya que me permite recalcar en la exégesis del precepto el hecho de que a pesar de que en el caso enjuiciado por la sentencia objeto de análisis no existía filiación paterna contradictoria que hubiese que impugnar, como trámite imprescindible para que quedase determinada la filiación paterna no matrimonial reclamada, se dedica atención precisamente a este supuesto en uno de los apartados ya transcritos al inicio de estas páginas.

#### *4. Algunas consideraciones sobre el art. 134 Cc*

El art. 134 Cc, como muy bien señala la STS de 28 de mayo de 1997, necesariamente debe conectarse con los artículos anteriores, de modo que estrictamente la legitimación que se concede al hijo y al progenitor para reclamar una filiación que contradiga otra ya determinada, está supeditada a que verdaderamente la tengan de acuerdo con los arts. 131, 132 y 133 Cc. Teniendo esta legitimación, lo que habilita estrictamente el art. 134 Cc es la impugnación en todo caso de la filiación contradictoria, por lo que resultan inoperantes en este caso las reglas sobre legitimación y plazos de caducidad establecidas en los arts. 136 y siguientes; solución que no parece ofrecer dudas, ya que la impugnación en el supuesto previsto por el art. 134 es accesoria de la reclamación, y consecuentemente queda sometida al régimen de estas acciones, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de 28 de noviembre de 1992 (FD 2) se expone que “la acción de reclamación ejercitada por el hijo o por uno de sus progenitores “permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria” (art. 134.1); lo que significa, en cuanto ahora interesa, por un lado, que la impugnación es accesoria de la reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y, por otro, que en modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, como acción

principal, el plazo de prescripción o de caducidad que señala el art. 137 del mismo Código civil para la de impugnación" (37).

El problema aparece cuando se acude al art. 131 Cc, si la filiación reclamada, contradictoria con la determinada que es preciso impugnar, viene corroborada con la posesión de estado, pues el párrafo segundo del artículo, que contempla precisamente esta hipótesis, sólo establece que "se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada", lo que únicamente permite interpretar que no toda persona con interés legítimo puede reclamar una filiación manifestada por la constante posesión de estado si contradice otra legalmente determinada, pero no aclara qué concretas personas están legitimadas. Quesada González, siguiendo a Peña, y dando por supuesta sin mayores razonamientos la legitimación del hijo, considera que "dicha excepción a la concesión de legitimación activa al progenitor no matrimonial en cuanto "persona con interés legítimo" no entra aquí en juego, porque al propio tiempo que el progenitor ejercita la acción de reclamación promueve la acción de impugnación de la filiación contradictoria, de tal suerte que sólo si triunfa ésta puede prosperar aquélla, con lo que simultáneamente se remueve el obstáculo que representa la filiación contradictoria a efectos de admitir la legitimación activa del progenitor no matrimonial *ex art. 131.1*" (38). Solución que parece ha seguido la STS de 28 de mayo de 1997, pues en el epígrafe F) apunta que "en los artículos anteriores se concede a cualquier persona con interés legítimo (también el progenitor) legitimación para instar la filiación manifestada por la constante posesión de estado (art. 131)".

Al margen de esta solución, sólo se me ocurren dos posibilidades que conducen a resultados insatisfactorios. Podría pensarse que nos encontramos ante una auténtica laguna legal si interpretamos que la mención del hijo y del progenitor en el art. 134 tiene un valor meramente adjetivo o de mera remisión a los artículos precedentes, es decir, sólo estarán legitimados, no porque así lo establece dicho precepto, que no completaría la norma del art. 131, sino porque lo dispone el precepto precedente aplicable. La integración de esta laguna por medio de la analogía *legis*, recurriendo a los arts. 132 y 133 Cc, no parece aceptable, porque la existencia o inexistencia de posesión de estado que marca la diferencia entre los supuestos de hecho es lo suficientemente relevante como para desechar la

---

(37) Iguales precisiones encontramos en la STS de 20 de diciembre de 1991, y la misma idea preside las SSTS de 8 de julio de 1991, 23 de febrero de 1990, 10 de marzo de 1988 y 5 de noviembre de 1987. *Vid.* también la más reciente STS de 17 de marzo de 1995, que resuelve también problemas de Derecho transitorio y hereditario.

(38) QUESADA GONZÁLEZ, *Acumulación de las acciones de reclamación e impugnación de paternidad*, *cit.* p. 942.

identidad de razón exigida por el art. 4.1 Cc En cuanto a la analogía *iuris*, podría servir para conceder la legitimación en todo caso al hijo, también al progenitor matrimonial pero más dudoso al progenitor no matrimonial, aunque también pueda defenderse como concordante con el principio constitucional de investigación de la paternidad y el trato de favor con que se regula la reclamación de la filiación coincidente con posesión de estado.

La segunda posibilidad consistiría en entender que el art. 131 se remite al art. 134 en cuanto a legitimación activa, si interpretamos que en este caso la mención del hijo y del progenitor en el último precepto citado tiene un valor sustantivo, integrador de la declaración contenida en el párrafo segundo del art. 131. Pero esta segunda opción aparecería entonces como un círculo vicioso: el art. 134 se remitiría al art. 131 y éste, a su vez, al art. 134.

La jurisprudencia, como hemos visto, otorga un claro valor sustantivo, por lo que respecta a la legitimación, al precepto contenido en el art. 134 Cc, prescindiendo del inciso que ordena estar a los artículos anteriores. De este modo, soluciona el problema planteado por el art. 131 Cc, y de paso amplía la legitimación prevista en el art. 133 Cc no sólo para los supuestos de reclamación-impugnación, sino siempre que el progenitor no matrimonial reclame la paternidad/maternidad biológicas. Como mero apunte, me parece un poco chocante que, predicada la accesoriedad de la impugnación respecto de la reclamación, se extraiga el criterio regulador de la legitimación para reclamar, pretensión principal, precisamente de la habilitación que en todo caso se concede para ejercitar la pretensión accesoria. Pero la verdad es que pocas opciones tienen los Tribunales para escapar de la desafortunada regulación legal de las acciones de filiación, en especial de la legitimación, con el fin de garantizar el triunfo de la verdad biológica y, sobre todo, el principio de igualdad entre los progenitores.