

# PRECISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional «ortodoxa»)

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de A Coruña

I. INTRODUCCIÓN: EL 2005 HA SIDO UN AÑO PROLÍFICO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FILIACIÓN. ALGUNAS «APARENTES» CONTRADICCIONES.—II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL QUE SE DERIVA DE LA STC 29/2005, DE 14 DE FEBRERO Y SU CONFRONTACIÓN CON LOS PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES.—III. LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN. 1. *Presupuesto: La libre investigación de la paternidad y de la maternidad.* 2. *Las presunciones judiciales de paternidad.* 3. *La «exceptio plurium concurrentium».* 4. *Las pruebas biológicas en la investigación de la filiación.* a) Supuestos en los que procede acordar su práctica. b) Naturaleza jurídica de las pruebas biológicas (o heredo-biológicas).—IV. LA NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA UNA VEZ HA SIDO ACORDADA. VALORACIÓN. 1. *La inviabilidad de su práctica coactiva.* 2. *Procedimiento probatorio.* 3. *Valor de la negativa a someterse a su práctica, una vez ha sido acordada.* a) La negativa constituye un indicio de especial valor o muy cualificado, pero no es una «*ficta confessio*». b) Presupuestos: Condición de parte y carácter personal, injustificado y suficientemente revelador de la negativa.—V. LA NEGATIVA A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA ES UNA PRUEBA INDIRECTA, PERO NO PLENA Y ABSOLUTA, QUE HA DE ESTAR ACOMPAÑADA DE OTROS INDICIOS.—VI. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL «PRINCIPIO DE PRUEBA» REQUERIDO PARA LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DEMANDA Y LA DOCTRINA DE LA STC 3/2005, DE 17 DE ENERO. 1. *El requisito de que se aporte con la demanda un «principio de prueba».* *La laxitud de su interpretación jurisprudencial.* 2. *La doctrina de la STC 3/2005, de 17 de enero: ¿Supone la admisión a trámite de la demanda, acordar la prueba biológica de forma automática si ésta ha sido solicitada?*

## RESUMEN

El objeto de este estudio está constituido por la doctrina que resulta de la STC 29/2005, de 14 de febrero, a tenor de la cual, la mera negativa del demandado en un procedimiento de determinación de la filiación —ordinariamente paterna— de someterse a la práctica de una prueba biológica no permite, por sí sola, en ausencia de otras pruebas o de otros indicios que pueda declararse la filiación pretendida. Se trata de la doctrina jurisprudencial con-

solidada en las resoluciones del TS y de los órganos jurisprudenciales de instancia. Esta doctrina contrasta, en parte, con la que resulta de la STC 3/2005, de 17 de enero, a tenor de la cual, admitida a trámite una demanda de determinación o de impugnación de la filiación y solicitada la práctica de la prueba biológica, ésta ha de ser admitida en todo caso, aun en orfandad de cualquier otra prueba o indicio del que pueda inducirse la filiación objeto del proceso. La consolidación de esta doctrina requiere una revisión del requisito de procedibilidad constituido por la aportación con la demanda en la que se ejercita una acción de filiación de un «*principio de prueba*».

**PALABRAS CLAVE:** Filiación; filiación paterna extramatrimonial, prueba en el proceso civil, prueba biológica, principio de prueba, disponibilidad y facilidad probatoria.

#### ABSTRACT

This article analyses the jurisprudence derived from the Constitutional Court decision number 29/2005, 14th February 2005. The main issue tackled in this decision lies in the value to be conferred to the refusal of a defendant to be subject to a biologic proof within a parents children relationship judicial proceeding. The Constitutional Court held that such refusal alone cannot be taken as an evidence determining the fatherhood of the defendant. This jurisprudence it is not in line with that established in previous judgements of the Court referred to above. Particularly, in his decision nº3/2005, 17 January 2005, the Constitutional Court decided that the practise of the biologic proof must be admitted by any Court even when there is no other evidence of the alleged fatherhood. Thus, the new approach or jurisprudence developed by the Constitutional Court requires a review of the procedure condition to set the fatherhood proceeding in motion, in the sense that a principle of proof (i.e., circumstantial evidences) must be adduced with the suit.

**KEY WORDS:** Parents children relationship, unmarried parents children relationship, burden of proof in the civil proceeding, biologic proof, principle of proof, ways of means of evidence.

### I. INTRODUCCIÓN: EL 2005 HA SIDO UN AÑO PROLÍFICO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FILIACIÓN. ALGUNAS «APARENTES» CONTRADICCIONES

La lectura de la doctrina del Tribunal Constitucional a lo largo de la primera mitad del presente año 2005 nos depara la presencia de tres Sentencias relevantes en materia de filiación. La primera de ellas, identificada con el núm. 3, de fecha 17 de enero de 2005 [RTC 2005\3], de la que ha sido ponente el Magistrado GAY MONTALVO, estima el recurso de amparo interpuesto por la presunta hija que había demandado a la viuda y herederos de su hipotético padre ejercitando una acción de filiación paterna extra-

matrimonial, al considerar vulnerado el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa que se deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE, pues la prueba biológica cuya práctica fue acordada por los órganos jurisdiccionales de instancia —se acordó por la Audiencia Provincial resolviendo recurso de apelación interpuesto por la actora contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia declarando la impertinencia de la prueba propuesta argumentando sobre «*el respeto debido al descanso eterno del fallecido*»— no llegó a practicarse, si bien no constaba la oposición expresa de los demandados a su práctica (1). Esta STC puede enmarcarse en la doctrina que resulta del Auto del Tribunal Constitucional núm. 149 de 14 de junio de 1999 [RTC 1999\149 AUTO], en virtud del que se acordó la inadmisión a trámite un recurso de amparo presentado frente a un Auto de un JPI de Huesca en el que se acordaba la exhumación de un cadáver para obtener muestras de «ADN» con las que obtener un principio de prueba para justificar una filiación. EL TC, de manera acorde a la línea jurisprudencial uniforme que ha mantenido en este aspecto, considera que la prueba pericial en cuestión es proporcional y adecuada a los fines perseguidos y que la alegada vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a la vida y al honor no se produce como consecuencia de su práctica.

La segunda es la número 29, de fecha 14 de febrero de 2005 [RTC 29\2005], de la que me voy a ocupar con mayor detenimiento en este estudio y de la que ha sido Magistrado ponente CONDE MARTÍN DE HIJAS, estima un recurso de amparo interpuesto frente a la Sentencia de la Sala de lo civil del TS de 20 de septiembre de 2002 [RJ 2002\8461], de la que fue Ponente el Magistrado O'CALLAGHAN MUÑOZ, que declaró la existencia de una filiación no matrimonial con fundamento únicamente en la negativa del presunto progenitor demandado a someterse a la prueba biológica de determinación de la paternidad solicitada por la actora y cuya práctica fue acordada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid, que conoció del asunto en la primera instancia. En este caso, la demanda de determinación de la filiación extramatrimonial paterna fue admitida a trámite al considerar integrado el requisito de procedibilidad exigido en el art. 767.1 de la LECiv (en términos similares al, ahora, formalmente derogado art. 127 del CC) por el mero ofrecimiento por la demandante de prueba testifical, que fue propuesta y declarada pertinente.

---

(1) Sobre la misma, puede verse, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «A vueltas con la investigación de la paternidad», *Ar. Civ.*, núm. 5, junio de 2005, págs. 11 a 13.

Practicada esta prueba testifical en la instancia, en la persona de una tía, de un primo y de la esposa de éste, todos de la demandante, parece que no arrojó —desconocemos el acta del juicio celebrado en la instancia— un resultado positivo, al acreditar simplemente el conocimiento entre la madre y el demandando en el año 1983, pero sin corroborar la existencia de una relación íntima o afectiva entre ambos. Este hecho, determinó que tanto el Juzgado de Primera Instancia que conoció del asunto (el JPI núm. 17 de Madrid, siendo la Sentencia de fecha 3 de noviembre de 1995), como la Audiencia Provincial —que acordó no haber lugar al recibimiento del pleito a prueba en la segunda instancia— al conocer de la *litis* en la alzada, desestimasen la acción ejercitada (SAP de Madrid, Sección 22ª, de 17 de diciembre de 1996). El TC consideró que la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida en amparo vulneraba el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley (*ex art. 14 de la CE*), al suponer la ruptura singular y aislada de una doctrina jurisprudencial previa e, incluso, posterior —de conformidad con Sentencias del TS posteriores a la que fue objeto de recurso y anulación—, consolidada y uniforme.

La última de las Sentencias del TC a las que antes aludía, la núm. 138, de 26 de mayo de 2005 [RTC 2005\138], dictada resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Primera Instancia de Madrid, declaró la inconstitucionalidad del inciso final del párrafo 1º del art. 136 del CC, lo que viene a suponer que el plazo anual para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empieza a correr desde la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil, aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha inscrito como hijo suyo (2).

Con todo, el repaso de las resoluciones del TC en materia de filiación en el periodo de tiempo enunciado no se agota con las referidas Sentencias, pues ha de tenerse en cuenta que por Providencia de fecha 2 de febrero de 2005 se admitió a trámite una cuestión de constitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real sobre el artículo 133 del CC, con fundamento en la presunta vulneración de los arts. 14, 24, 39.1 y 2 de la CE (3). Por lo tanto, en el futuro inmediato la

---

(2) *Vid.* RUBIO TORRANO, E.: «Inconstitucionalidad del artículo 136.1, *in fine*, del Código civil», *Ar. Civ.*, núm. 9, 2005 («Tribuna»); CARRASCO PERERA, Á.: «Los hijos de mi mujer», *AJA*, núm. 683, 29 de septiembre de 2005, pág. 3. Argumenta la inconstitucionalidad *ex art. 14 de la CE*, por discriminatorio para el marido, en cuanto al plazo de impugnación de la filiación, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Acerca de cierta jurisprudencia relativa a acciones de filiación (¿Deconstrucción, reconstrucción de su régimen jurídico?)», *Revista Poder Judicial*, núm. 75, 3º trimestre de 2004, págs. 96 a 98.

(3) BOE núm. 45, de 22 de febrero de 2005.

doctrina constitucional puede depararnos novedades relevantes en materia de filiación.

## II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL QUE SE DERIVA DE LA STC 29/2005, DE 14 DE FEBRERO, Y SU CONFRONTACIÓN CON LOS PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES

La STC 29/2005, de 14 de febrero, resulta ser un exponente de la conocida doctrina jurisprudencial a tenor de la cual la mera negativa a someterse a la práctica de una prueba biológica, desnuda de cualquier otra prueba o indicio acreditado en el proceso que sea susceptible de ser interpretado en sentido estimatorio de la pretensión de declaración de la filiación, no resulta suficiente en orden a estimar la acción; sin que el mero hecho de que se haya admitido a trámite la demanda, para lo que se requiere la aportación del llamado «*principio de prueba*», resulte suficiente a estos efectos —aunque sí para acordar la práctica de este prueba de naturaleza pericial, a tenor de la doctrina que resulta de la ya referencia STC 3/2005, de 17 de enero—.

La doctrina, a tenor de la cual, el demandado en un proceso de filiación no matrimonial sólo podrá legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas o heredo-biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o cuando su práctica suponga un gravísimo quebranto para su salud (acogiendo argumentos ya utilizados en la STC 37/1989, de 15 de febrero, a propósito del sometimiento a una prueba forense para determinar la existencia de una intervención quirúrgica de interrupción de embarazo), es formulada por la STC 7/1994, de 17 de enero, que estimando el recurso de amparo interpuesto frente a la STS de 30 de abril de 1992 [RJ 1992\4473], la anula y acuerda confirmar la dictada por la Sección 10<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 26 de febrero de 1990, declarando la paternidad extramatrimonial del demandado, en un pronunciamiento que supuso un mayor rigor del TC en la valoración de la negativa infundada al sometimiento a la práctica de pruebas biológicas (4). La STS anulada por infringir el derecho a la investigación de la paternidad —y el derecho fun-

---

(4) NIETO ALONSO, A.: «El *iter* en la búsqueda de la verdad real frente a la presunta y el derecho a conocer el propio origen biológico», *Libro Homenaje al Profesor M. Albaladejo García*, T. II, Ed. CEPYME — UM, Murcia, 2004, pág. 3539. Sobre la STC 7/1994, de 17 de enero, *vid.*, entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, Ed. Atelier, Barcelona, 2001, págs. 133 a 137.

damental a no sufrir discriminación por causa de nacimiento (*ex art. 14 de la CE*)—, había razonado sobre la inocuidad de las pruebas generales —testimonios manifestados en escritura notarial que se diluyeron en el acto de la vista dado el conocimiento por referencia que declararon, fotografías irrelevantes en sí mismas consideradas, etc. practicadas en aquel procedimiento, de manera que la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica no podía prestar soporte probatorio bastante para la fundada y definitiva determinación de la paternidad del éste, por el mero hecho de haberse negado a tal colaboración. Los Autos del TC 103/1990, de 9 de marzo [RTC 1990\103 AUTO] y 221/1990, de 31 de mayo [RTC 1990\221, AUTO], vinieron a consolidar la doctrina constitucional, de conformidad con la cual «*cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el art. 135, «in fine», del Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE*» (5).

Esta doctrina constitucional fue ratificada por la STC 95/1999, de 31 de mayo que denegó el amparo frente a una Sentencia (de la AP de Cá-

---

(5) La doctrina del TC y del TS, asumida de manera uniforme por los órganos jurisdiccionales inferiores, no difiere en esencia de la doctrina jurisprudencial en materia de relevancia de la negativa al sometimiento a la práctica de pruebas biológicas en los casos del ejercicio de acciones de filiación que es propia de países de nuestro entorno jurídico-cultural, como es, *v.gr.*, significativamente el caso de Italia. En efecto, la «Corte de Casación» italiana ha consolidado la doctrina de conformidad con la cual, el rechazo injustificado a someterse a los exámenes hematológicos constituye un comportamiento relevante que, de conformidad con lo dispuesto en la última parte del art. 116 del *Codice di procedura civile* —relativo a la valoración de la prueba por los órganos jurisdiccionales—, puede concurrir a la formación de la convicción del juez, junto con las demás pruebas que hayan sido aportadas y practicadas, constituye un relevante elemento de integración (así, entre otras, pueden citarse las Sentencias de la *Corte di Cassazione* núm. 6217, de 28 de junio de 1994 [*Foro italiano*, 1996, I, c. 251 y ss., con nota de P. PORCARI]; núm. 2739 de 27 de abril de 1985 [m. 440514] y la núm. 6400, de 11 de diciembre de 1980), de manera que la falta de pruebas objetivas absolutamente ciertas acerca de la naturaleza real de las relaciones entre las partes, justifica el recurso a la prueba biológica, cuyo éxito permite excluir de un modo absoluto la paternidad impugnada; así como confirmarla con un grado de probabilidad que, de conformidad con los conocimientos científicos actuales supera el 99% (en este último sentido, *v.gr.*, Sentencias de la *Corte di Cassazione* núm. 6550, de 9 de junio de 1995 [*Arch. Civ.* 1996, págs. 207 y ss.]; núm. 432, de 14 de enero de 1995 y la núm. 6217, de 28 de junio de 1994 [*Foro italiano*, 1996, I, c. 251 y ss.]). *Vid.*, con mayor amplitud, UCCELLA, F.: *La filiazione nel diritto italiano e internazionale*, CEDAM, Padova, 2001, págs. 476 y 477.

diz, Sección 4<sup>a</sup>, de fecha 1 de octubre de 1993, frente a la que no se admitió recurso de casación) que había estimado la demanda de reclamación de la paternidad, habiéndose negado el demandado a la práctica de la prueba biológica. En el caso resuelto en este supuesto, la recurrente, madre de una niña, fue demandada en un juicio de menor cuantía por quien alegó ser el padre extramatrimonial de la menor, aportando con la demanda numerosas fotografías que recogen a la niña, en diversos momentos, con el actor y sus familiares, alegando que mantuvo relaciones sexuales con la demandada, así como otros hechos de los que los órganos judiciales han deducido la posesión de estado del padre de la menor. Entre estos hechos se acreditó que la madre, al inscribir a su hija en el Registro Civil, señaló como nombre del padre el de Enrique, que es el nombre del aquí demandado, y que éste, con posterioridad al nacimiento de la niña, abrió una cuenta a nombre de la recurrente, de la que ésta extrajo cantidades diversas en varias ocasiones. Tales extremos fueron ratificados por la prueba testifical propuesta por el demandante que también propuso, en tiempo y forma, una prueba pericial biológica a fin de determinar la relación de paternidad reclamada. La posterior STC 208/2001, de 22 de octubre [RTC 2001\208], supuso una reconfirmación de la doctrina constitucional someramente expuesta (6).

La doctrina que acaba de exponerse resulta, al menos, parcialmente contradictoria con la que constituye el fundamento de la Sentencia del mismo máximo órgano de control del respeto de los derechos fundamentales por las decisiones judiciales núm. 3 de 17 de enero de 2005, a tenor de la cual, admitida a trámite la demanda de reclamación de la paternidad, será admisible la investigación de la paternidad o, en su caso, de la maternidad, mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, cuya práctica estima procedente aun en ausencia de cualquier otra prueba que venga a constituir un indicio fundado de la identidad del padre —o de la madre—. Con todo, de inmediato ha de precisarse que, en el caso contemplado por esta última Sentencia del TC, el presunto progenitor había fallecido y la demandante pretendía la exhumación del cadáver de su presunto padre en orden a realizar la prácti-

---

(6) En este caso, si bien no se estima el recurso de amparo interpuesto, pues no se aprecia vulneración de derechos fundamentales en un supuesto en el que la Audiencia Provincial estimó la caducidad de la acción de impugnación de la filiación, el TC declaró que la falta de práctica de la prueba biológica que había sido propuesta y admitida, pero no practicada por causa imputable únicamente al órgano jurisdiccional, suponía una vulneración del derecho fundamental a utilizar todos los medios pertinentes para la defensa.



ca de las pruebas de «ADN», frente al supuesto contemplado por la STC 29/2005, de 14 de febrero, en el que el presunto progenitor que se negó a someterse a la prueba biológica está vivo. Este dato tiene especial relevancia por cuanto constituye un hecho en el que asienta el TC su razonamiento: la doctrina constitucional que exime de la práctica de las pruebas biológicas a los demandados en ausencia de la concurrencia de datos que hagan que resulte justificada la demanda y la práctica de las mismas, se establece en aras a evitar abusos, en defensa de los derechos a la integridad física, al honor, a la propia imagen, así como a la dignidad de la persona, que son derechos que el TC refiere en este contexto a las personas vivas. De esta manera, cuando el presunto progenitor haya fallecido, aun siendo titular de un derecho a la intimidad que puede verse, en alguna medida afectado, resultarían pertinentes la pruebas biológicas, aun en defecto de cualquier justificación de la demanda de reclamación de la filiación, siempre que ésta haya sido admitida a trámite, superando el requisito de la aportación del «*principio de prueba*» exigido por el art. 767.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en términos similares al formalmente derogado art. 127 del CC (sobre la interpretación de este requisito de procedibilidad, *vid., infra*, § VI.1). Parece que la potencial consolidación de esta doctrina exige replantear la flexibilidad, amplitud o liviandad con la que la doctrina jurisprudencial interpreta aquel precepto (7), so riesgo, en caso contrario, de revitalizar el trabajo de los desenterradores y forenses, así como un incentivo a la incineración.

### III. LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN

#### 1. *Presupuesto: La libre investigación de la paternidad y de la maternidad*

El art. 39.2 de la CE, después de proclamar la igualdad de los hijos ante la ley, cualquiera que fuera su filiación, prescribe expresamente

---

(7) Es frecuente encontrar en autores conocedores de la práctica forense afirmaciones del siguiente tenor: «*La consideración doctrinal y jurisprudencial de que el requisito de procedibilidad que exigía el art. 127 del CC y hoy el art. 767.1 LECiv, de que ha de ser interpretado de manera flexible y amplia, conectando con la finalidad del precepto, [...] lleva a hacer razonable y plausible la admisión de la demanda, cuando en esta se haga la oferta de practicar determinada prueba, aunque su corroboración deba hacerse efectiva en la fase probatoria*» (GOYENA SALGADO, F. J.: «Los procesos de filiación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, CGPJ, Madrid, 2001, pág. 357).



que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Este principio constitucional supuso la necesidad de modificar el CC en este aspecto pues, siguiendo a su modelo napoleónico, en la redacción original del art. 340 del *Code civil* —que fue reformado en virtud de la Ley de 16 de noviembre de 1912 y que se encontraba en entredicho ya en el momento en que se aprueba el Código español— y en contra del Derecho histórico español (también, *v.gr.*, del catalán, siguiendo los Derechos romano —baste recordar la virtualidad de la regla que se formula en el adagio «*creditur virgini parturienti*»— y canónico) —el modelo francés también acogió una regla que no se correspondía con la tradición existente hasta la Revolución (8)—, no admitía la investigación de la paternidad salvo en el caso de comisión de determinados delitos respecto de los que el Código Penal imponía el reconocimiento de la prole habida como consecuencia de los mismos y respecto de la investigación de la maternidad sólo si se probaba cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo. Las razones que históricamente se han ofrecido como fundamento de la interdicción de la investigación de la paternidad son fundamentalmente las dos que siguen y cuyo mero enunciado da idea del carácter endeble de los argumentos en que la regla se asentaba: 1ª) Las dificultades de prueba de la paternidad, que son puestas gráficamente de manifiesto por BIGOT—PRÉAMENEU, al decir que «*la nature a couvert d'un voile impénétrable la transmission de notre existence*», a lo que, años más tarde, BAUDRY—LACANTINERIE, replicaría precisando que la veracidad de la aseveración no permite derivar que la paternidad no sea susceptible de ser probada, sin perjuicio de que ello esté lleno de incertidumbres y de peligros. 2ª). La evitación de escándalos y el deseo de proteger a los «*hombres honorables*» frente a los chantajes de que pudieran ser objeto. Frente a este argumento, LAURENT pondría de manifiesto, antes de concluir el siglo XIX, que «*à force de protéger les honnêtes gens, on finit par donner une prime d'encouragement à ceux qui n'ont ni foi ni loi*».

Fruto de aquellas exigencias constitucionales fue la reforma de la filiación operada por la Ley de 13 de mayo de 1981 y, en concreto en el aspecto que nos ocupa ahora, los ahora formalmente derogados —en tanto que su contenido ha sido incorporado materialmente en el articulado de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil— arts. 127 y 135 del CC. El contenido de estos preceptos, fruto de la citada Ley de

---

(8) *Vid.*, por todos, BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de Droit civil*, T. I, Ed. L. Larose et Forcel, París, 1889, pág. 529 (§ 918); PLANIOL, M. / RIPERT, G.: *Traité pratique de Droit civil français*, T. II (*La famille*) (con la participación de A. ROUAST), Ed. LGDJ, París, 1926, pág. 747 (§ 885).

1981, ha sido trasladado literalmente a los núms. 2 y 3 del art. 767 de la LECiv/2000. El valor prevalente y superior, consagrado en el mencionado art. 39 de la CE, como proyección del interés del hijo, está constituido por la facilitación de la investigación de la paternidad (y, en su caso, de la maternidad), de manera que, en la contienda judicial que se suscite al respecto, tendrá supremacía el descubrimiento de la verdad material o filiación biológica, como ha tenido ocasión de subrayar el TS en distintas ocasiones (*v.gr.*, STS de 5 de junio de 1997 [RJ 1997\4605]).

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 767.2 de la LECiv/2000, en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, «*incluidas las biológicas*» (9). El párrafo siguiente de este mismo precepto, precisa que, aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

Dada la elevada dificultad del objeto de la prueba en este tipo de procesos —el hecho de la generación y la consiguiente identidad de las personas que intervienen en la relación paterno/materno-filial—, el legislador ha optado por conceder valor probatorio absoluto al obtenido por cualquier medio de prueba, incluido el reconocimiento expreso o tácito del afectado, la deducción del mismo en atención a circunstancias de hecho como es la posesión de estado, la convivencia con la madre en la época de la concepción o cualesquiera otros de los que se pueda inferir el hecho de la filiación. Se admiten expresamente las pruebas biológicas y son este tipo de pruebas las que suscitan las cuestiones más problemáticas, no en cuanto a la apreciación de sus resultados una vez practicadas, si no en cuanto a los efectos probatorios en el proceso de filiación que pueden inducirse de la negativa a su práctica una vez que ésta es acordada por el órgano jurisdiccional que conoce de la acción de filiación ejercitada.

---

(9) Este último inciso del precepto que el legislador procesal civil del año 2000 ha tomado literalmente del art. 127.1 del CC constituye una innecesaria redundancia, pues resulta obvio que la admisión de «*todas*» las pruebas incluye también las biológicas, revelándose éstas en la actualidad como las más relevantes en esta materia, en tanto que la práctica forense las considera como más eficaces —resuelven prácticamente todos los supuestos con altísimos porcentajes de afirmación o de negación— y fiables —por sus bajos márgenes de error—. La incorrección técnica en que incurre el texto del precepto ha sido denunciada, poniéndolo en relación con el art. 98 del *Código de familia catalán*, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, *op. cit.*, pág. 117.

## 2. Las presunciones judiciales de paternidad

El pf. 3º del art. 767 de la LECiv —cuyo tenor literal se corresponde con el del derogado art. 135 del CC, respecto de cuya redacción simplemente se ha suprimido la expresión «*de la generación o del parto*» que se situaba inmediatamente después de «*prueba directa*»—, se establecen una serie de presunciones «*hominis*» o judiciales —la prueba de la premisa no conlleva necesariamente la imposición de la consecuencia prevista—, pero las reglas del conocimiento humano permiten anudar a un hecho demostrado determinadas consecuencias (art. 386.1 de la LECiv), a las que el juzgador puede acudir en orden a declarar una determinada filiación cuando no hay prueba directa de la misma por no haberse podido practicar las pruebas biológicas (10): «*Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo*».

El legislador en este precepto no establece presunciones «*iuris tantum*» de paternidad, sino modos de razonar en orden a atribuir la filiación que no constituyen un sistema de «*numerus clausus*» y con los que se pretende evitar la declaración de una determinada filiación con fundamento en meras conjeturas, sino que ha de haberse acreditado un hecho del que con una verosimilitud similar a la que se desprende de los hechos enunciados en este artículo, se pueda inferir la paternidad o la maternidad (11) faltando la *prueba directa*, expresión ésta que parece re-

---

(10) Vid. BUSTO LAGO, J. M.: *Los procesos especiales en la LEC 1/2000 (Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial)*, Ed. M. Pons, Madrid / Barcelona, 2002, págs. 60 a 66.

(11) RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Comentarios al Código Civil* (J. RAMS ALBESA, Co-ord.), T. II-2º, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 1.327. La STS de 24 de febrero de 2005 [RJ 2005\2912], recuerda que la interpretación del art. 135 del CC a la luz de la más reciente jurisprudencia de la Sala, vino a quedar compendiada en la doctrina recogida en la Sentencia de 5 de abril de 1990 [RJ 1990\2701], que declaró que tras la reforma de los preceptos del CC relativos a la filiación por la Ley de 13 de mayo de 1981 (y en fiel concordancia de los principios sentados al efecto por la vigente CE, se ha consolidado ya una línea jurisprudencial, claramente superadora de actitudes restrictivas y formalistas, que proclama con acentuada unanimidad que los actuales arts. 127 y 135 del CC establecen y propician una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética, permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica y la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitivo, atendiendo, fundamentalmente,

ferirse en este contexto exclusivamente a la prueba biológica, pues no lo es el reconocimiento porque no prueba el hecho de la generación en sí y, además, si se le reconociese este valor, se estaría dejando al arbitrio de una parte la decisión sobre una materia indisponible.

El precepto permite inferir la filiación de los siguientes hechos:

1º) Del *reconocimiento expreso o tácito*. Reconocimiento expreso o tácito del padre de haber mantenido relaciones sexuales con la madre en época idónea para la concepción y, en el caso de la madre, de haber dado a luz a quien reconoce como hijo. En todo caso, se trata del reconocimiento de estas circunstancias sin reunir los requisitos exigidos para el reconocimiento formal y solemne que se estima como forma válida de determinación de la filiación extramatrimonial en el art. 120.1º del CC. La acción de reclamación de la filiación puede fundarse en un reconocimiento válido —formal y solemne— pero ineficaz por no haberlo consentido expresa o tácitamente el hijo mayor de edad (art. 123 del CC), su representante legal o el Juez con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente reconocido si el hijo es menor de edad o incapaz (art. 124, pf. 1º del CC) o sus descendientes si ha fallecido (art. 126 del CC). Entran también dentro del reconocimiento a que se refiere este artículo aquél que haya sido llevado a cabo en un documento público nulo por defecto de forma (*v.gr.*, el realizado en testamento ológrafo o cerrado no protocolizado, en testamento abierto declarado nulo por incompetencia del Notario autorizante, en cualquier documento público nulo por defecto de forma, etc.). La expresión «*reconocimiento expreso*» permite otorgar efectos a cualquier declaración de voluntad —directa o indirecta, entendiéndose por esta última aquella que no tiene como finalidad reconocer la filiación, pero su afirmación se infiere de la misma— de admisión de aquellos hechos sobre los que ha de recaer siempre que sea de origen indubitado y sin que se exija forma alguna de manifestación de la misma —puede ser escrita, sin necesidad de que

---

al espíritu y finalidad de éstas, que no es otro que la defensa de los intereses prioritarios de los hijos. Tal principio de libertad en la práctica de las pruebas y de razonable apreciación y valoración de las mismas por el Juzgador tiende, en definitiva, a buscar el principio de verdad material en el proceso, para lo cual resulta decisivo el último inciso del citado art. 135, que alude a «*otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo*» frase que, sin duda, remite a pruebas indirectas que son de especial significación cuando no se dan los hechos base que específicamente menciona a aquel precepto: (*reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción*)». La STS de 17 de noviembre de 1997 [RJ 1997\7896] concluye afirmando que del conjunto jurisprudencial relacionado se desprende que el art. 135 del CC establece criterios de gran amplitud acudiendo a presunciones «*seu iudicis*» para declarar o no la filiación reclamada.

se haga del propio puño y letra, u oral, siempre que se acredite, *v.gr.*, a través de testigos—. Esta declaración de voluntad aformal es también, como el reconocimiento solemne, irrevocable. Por «*reconocimiento tácito*» ha de entenderse el que se verifica a través de hechos concluyentes a través de los que se pone de manifiesto la relación de maternidad o de paternidad. A diferencia de la posesión de estado que requiere una sucesión de actos, puede resultar de un solo acto, existe con una sola afirmación, mientras que aquélla exige la concurrencia de los elementos que la configuran —«*nomen*», «*tractatus*» y «*fama*»—.

2°. De la *posesión de estado*. Además de ser un factor condicionante de la legitimación activa en orden a ejercitar las acciones de filiación (arts. 131 y ss. del CC) y un modo de acreditación de ésta subsidiario de segundo grado *ex art.* 113 del CC —actúa como título de legitimación de la filiación en defecto de inscripción en el Registro Civil—, la posesión de estado actúa también como elemento de prueba indirecta en orden a probar la filiación en un proceso judicial en el que se debata ésta. En todo caso, sea cual fuere la función que la posesión de estado desempeña en el caso concreto, el concepto es único, configurándose a través de la concurrencia de los mismos elementos, de acuerdo con la elaboración que del mismo han realizado doctrina y jurisprudencia, en defecto de un concepto normativo: «*tractatus*» —comportamiento material y afectivo típicamente paterno, solventándose la controversia suscitada en torno a si estos actos habrían de proceder del propio progenitor o podían ser realizados por su familia a través del último inciso del precepto que se comenta—, «*nomen*» —uso habitual por el hijo del apellido del supuesto progenitor (STS de 25 de abril de 1991 [RJ 1991\3030], uso en los boletines de notas del colegio), si bien la jurisprudencia no requiere necesariamente la presencia de este requisito— y «*fama*» o «*reputatio*» —proyección de la relación paterno/filial hacia terceros de forma notoria, de manera que en el entorno social próximo al hijo, éste sea reconocido como descendiente del presunto progenitor—. No es imprescindible la convivencia del progenitor con el hijo, precisando el TS que no se exige para la apreciación de la posesión de estado a estos efectos que los actos reveladores de la misma sean muy numerosos ni practicados con plena publicidad, pero sí que habrá de durar cierto tiempo, aun siendo incompatible con alguna interrupción, al tiempo que no se requiere que sea actual en el momento en que sea invocada, siendo suficiente su constancia en el pasado próximo (STS de 14 de noviembre de 1992 [RJ 1992\9403]).

3°. De la *convivencia con la madre en la época de la concepción*. La convivencia se convierte en un hecho del que puede inferirse la paternidad

tanto cuando se reclama la paternidad matrimonial —en los supuestos en los que no rija la presunción *iuris* de paternidad matrimonial cuyos efectos, si no es desvirtuada, consisten en la determinación por sí sola de la filiación— como la extramatrimonial. El tenor literal del precepto parece exigir una convivencia basada en una relación afectiva dentro de la que pueda presumirse la existencia de relaciones sexuales prolongada durante un cierto tiempo aun sin necesidad de llegar a considerarse como una unión de hecho, calificada ésta por la existencia de una «*affectio maritalis*» que no tiene por qué concurrir en el supuesto que contempla el art. 767.3 de la LECiv. El precepto no exige publicidad ni notoriedad de la convivencia y tampoco que conlleve la fidelidad sexual de los convivientes. Por ello el demandado podrá invocar la excepción de «*plurium concubentium*», caso en el cual, si resultasen acreditados los hechos en que funda la «*exceptio*», las pruebas biológicas resultarán decisivas. La convivencia ha de coincidir con el periodo legal de concepción —los ciento veinte primeros días de los trescientos que preceden al nacimiento, salvo prueba de embarazo anormalmente corto o largo—. En otro caso, podría incluirse en la cláusula de cierre que contiene este mismo precepto (12) y que se analiza a continuación.

4º. De otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo. Esta cláusula de cierre de los modos indirectos en los que el juzgador puede fundar su juicio de determinación de la filiación, singular desde la perspectiva del Derecho comparado, implica que estemos en presencia de un sistema abierto de investigación de la paternidad / maternidad. La finalidad de su establecimiento es la de facilitar la declaración de la filiación, posibilitando al juzgador que funde su juicio en hechos de los que se pueda inferir ésta sin que respondan exactamente a ninguna de las descripciones típicas hechas por el legislador. La analogía de la que habla ha de ponerse en relación no con los hechos que expresamente cita a efectos de derivar de ellos el hecho de la filiación —reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado, convivencia con la madre en la época de la concepción—, sino en relación con circunstancias que permitan inferir con análogo grado de verosimilitud esta circunstancia —*hechos suficientemente vehementes* (13)—, evitando realizar una enumeración con pretensiones

(12) RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Comentarios al CC*, T. II-2º, *op. cit.*, pág. 1.335.

(13) CUADRADO IGLESIAS, M.: «La investigación de la paternidad y la maternidad», en *Centenario del Código Civil*, Vol. I, Ed. CEURA-APDC, Madrid, 1990, pág. 630. En sentido contrario, DE LA CÁMARA («Comentario de los artículos 127 a 130 del CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* [M. Albaladejo / S. Díaz Alabart, Dirs.], T. III, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, 2000 [2ª edic.], págs. 522 y ss.) considera que, aun



exhaustivas que resultaría, en cualquier caso y por muy prolija que fuese, incompleta, amén de que privaría al juzgador de un mecanismo flexible y amoldable a la infinitamente diversa realidad. Por estas razones, la cláusula que nos ocupa ha merecido el beneplácito doctrinal (14).

La interpretación que de la cláusula que nos ocupa ha realizado la generalidad de la doctrina civilista que se ha ocupado del estudio del ahora derogado art. 135 del CC, ha recibido expresa confirmación jurisprudencial. Así, en la Sentencia de 7 de octubre de 1995 [RJ 1995\7180], el TS ha declarado que «*la analogía a la que permite acudir el inciso final del art. 135 —el ahora inciso final del núm. 3 del art. 767 LE-Civ— 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*». De acuerdo con esta interpretación resulta que el juzgador puede estimar probada la filiación cuando resulten acreditados hechos de los que pueda derivarse ésta con el mismo grado de certeza y verosimilitud que los expresamente enunciados. Un ejemplo de estos hechos que, a juicio del juzgador, aportan análogo grado de verosimilitud a la filiación son los contemplados en la STS de 21 de mayo de 1988 [RJ 1988\6543]:

*«Mal se comprende, y es en consecuencia ilógico, que a quien se le atribuya públicamente, mediante inserciones en publicaciones periódicas y reportajes, como consecuencia de relaciones sexuales reconocidas como mantenidas con la demandante, Dña A.E.V.C., no muestre oposición alguna al hecho de asignarse al niño, que esta tuvo en época inmediatamente próxima a tales relaciones, y dentro del ciclo normal de concepción, su primer apellido y tenga relación con tal niño, en etapas de su vida proyectada en alguna fotografía, y publicaciones periodísticas no contradichas al publicarse, dando origen con ello a hechos que, aun no reflejando prueba directa de la generación, hacen inferir la filiación, a tenor de lo prevenido en el art. 135 “in fine” del CC, y consideran en su interpretación las Sentencias de esta Sala de 12 y 14 noviembre 1987 (RJ 1987, 8396 y 8401)».*

---

sin la claridad deseable, el art. 135 del CC establece la necesidad de que haya una cierta analogía entre alguno de los hechos enumerados en el precepto que constituyen el presupuesto de la presunción *iuris* que establece y los hechos que el Juez tome en consideración para inferir la filiación.

(14) *V.gr.*, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Comentarios al CC*, T. II-2º, *op. cit.*, pág. 1.336.



Obvio ha de resultar que, partiendo de esta interpretación, dentro de la cláusula de cierre que se comenta se consideren incluidos aquellos supuestos que, por no reunir los requisitos específicos de los enunciados expresamente como hechos de los que indirectamente puede inferirse la filiación, sí guarden una relación de analogía con ellos: cartas o documentos en los que sin reconocer al hijo sí permitan inferir un tratamiento como tal, los supuestos de posesión de estado incompleta, relaciones sentimentales estables y completas durante la época de la concepción. Respecto de este último hecho, la doctrina parece coincidir en afirmar que las relaciones sexuales estables y continuas durante la época idónea para la concepción han de reputarse como hecho análogo que puede incluirse en la cláusula contenida en el último inciso del art. 767.3 de la LECiv. Mayor controversia suscita la inclusión en esta misma cláusula de las relaciones sexuales esporádicas —la cohabitación aislada—. El TS ha considerado que *«no alcanza el rango de hecho análogo a la convivencia el acceso sexual aislado que, por carecer del carácter de estado continuado, no ofrece unas garantías de paternidad tan grandes como aquélla (...) por ello carece, por sí mismo, de eficacia probatoria suficiente para acreditarla, si bien, lógicamente, puede ser tenido en cuenta como un medio que acrecienta la convicción judicial de la paternidad derivado de un hecho que, por ser análogo a los incluidos en el art. 135, puede alcanzar relevancia probatoria legal»* (STS de 27 de junio 1987 [RJ 1987\4825]). Sin embargo, parece más atinado el parecer de RIVERO. A juicio de este autor, la cohabitación aislada debe ser suficiente para que se declare la paternidad cuando este hecho permita al Juez llegar a la conclusión de que es muy verosímil y no exista ningún otro dato o hecho que la contraríe como podría ser la prueba de que en la época idónea para la concepción la madre mantuvo relaciones idóneas a estos efectos con distintos sujetos (15). En efecto, lo que parece subyacer como dato común a los hechos expresamente contemplados como pruebas indirectas en las que el Juzgador puede fundar su juicio acerca de la filiación es el dato de la probabilidad de que hubiese cohabitación y fruto de la misma fuese el hijo cuya filiación pretende ser determinada. Siendo esto así, resulta mucho más verosímil pensar que el hijo es fruto de una úni-

---

(15) RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El nuevo régimen de familia*, Vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 74; *ibidem*, *Comentarios al CC*, T. II-2º, *op. cit.*, págs. 1.337 y 1.338. Su parecer es compartido por CUADRADO (*op. cit.*, pág. 631). En sentido contrario, se han pronunciado: RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «La filiación», *RDN*, 1983, pág. 341; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «Comentario de los artículos 127 a 130 del CC», *op. cit.* (2ª edic.), pág. 525.

ca cohabitación habida en época idónea si no se han mantenido más y, en consecuencia, no puede apreciarse continuidad ni reiteración —que son los datos en los que el TS parece asentar la analogía con la convivencia— que si hubo un número incierto de cohabitaciones pero a la pluralidad de ésta se añade la pluralidad de parejas. Por otra parte, exigir que las relaciones sexuales hubiesen estado dotadas de continuidad y de habitualidad suscita el problema de precisar cuándo —*rectius*, cuántas son necesarias para merecer aquella adjetivación— pueden calificarse como tales.

### 3. La «*exceptio plurium concubentium*»

Se trata de una excepción oponible por el demandado en una acción de reclamación de la paternidad que consiste en alegar y probar que durante el periodo de concepción legal del hijo cuya filiación se pretende determinar, la madre ha mantenido relaciones sexuales con otro o con otros posibles padres. Pese a que ni el CC (16) —lo está en el *Codi de Família* catalán (art. 101) (17) pero no en la CDCFN— (a diferencia, *v.gr.*, del art. 340.1 del *Code civil*, si bien tras la reforma de este precepto por la Ley de 3 de enero de 1972, se permite desvirtuar la «*exceptio*» mediante un análisis de sangre o mediante cualquier otro método médico que con certeza determine que un individuo no puede ser el padre (18) ni la LECiv la contemplan expresamente, no existe duda de que puede oponerse y operar frente a cualquier acción de reclamación de la paternidad y que puede esgrimirse también en los procesos de impugnación de la filiación ya determinada.

Habitualmente la «*exceptio*» que nos ocupa será opuesta por el varón demandado en una acción de reclamación de la paternidad, pero

---

(16) Únicamente se ha contemplado en el borrador de la Ley de 13 de mayo de 1981 elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación.

(17) El art. 101 (antiguo art. 16 de la Ley de 27 de abril de 1991, sobre filiaciones, del *Codi de Família* de 15 de julio de 1998, bajo la rúbrica *la excepción de relaciones sexuales con otras personas*, prescribe que «*la prueba de las relaciones sexuales de la madre con un hombre distinto al demandado durante el período legal de concepción no es motivo suficiente para destruir su presunción de paternidad*». En este supuesto, «*debe declararse padre aquel cuya paternidad resulte más verosímil en el correspondiente proceso. Sin embargo, si la probabilidad de paternidad entre los posibles padres es parecida, no puede declararse la paternidad de ninguno de ellos*».

(18) *Vid.* HAUSER, J. / HUET-WEILLER, D.: *Fondation et vie de la famille*, en *Traité de Droit civil* (J. Ghestin, Dir.), Ed. L.G.D.J., París, 1989, pág. 457 (§ 706).

nada obsta que sean la propia madre o el hijo quienes la opongan cuando el varón demandante es el que pretende que se le declare padre. En todo caso, su alegación y prueba competen a quien aparece como demandado en el proceso —parece evidente que la ausencia de relaciones de la madre con un tercero en la época de la concepción es un hecho negativo de imposible o, al menos de muy difícil, prueba—, si bien la «*exceptio plurium concubentium*» puede alegarse como fundamento de una acción de impugnación de la filiación —tanto matrimonial determinada en atención a la presunción de paternidad, como extramatrimonial determinada extrajudicialmente, como en el caso de ejercicio de la acción *mixta*—. La prueba podrá ser, de ordinario, de naturaleza testifical o documental (cartas, escritos, etc.), sin que pueda estimarse como una injerencia atentatoria al derecho a la intimidad y a la vida privada de la madre en virtud del carácter prevalente del interés del hijo en que se determine su filiación (19).

En cuanto a su alcance y valoración, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto su falta de valor de prueba tasada en nuestro Ordenamiento jurídico, al tiempo que admite su ponderación y valoración libre por el juzgador en consonancia con el conjunto de las pruebas que se aporten en el pleito, sin que invalide el indicio relevante que supone el hecho de que el demandado se niegue a someterse a las pruebas biológicas. En este sentido, se han pronunciado, entre otras, las Sentencias del TS de 27 de junio de 1987 [RJ 1987\4825], de 14 de junio de 1996 [RJ 1996\4773] y de 24 de octubre de 1998 [RJ 1998\7554] (20).

(19) QUESADA GONZÁLEZ, M<sup>o</sup> C.: *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad (La exceptio plurium concubentium)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 118.

(20) Así, el FJ 2<sup>o</sup> de la STS de 14 de junio de 1996 [RJ 1996\4773], se declara expresamente que «la llamada «*exceptio plurium concubentium*» no da lugar en nuestro derecho al rechazo de cualquier demanda sobre declaración de paternidad, como tal *exceptio* no está siquiera considerada en el Código Civil, aunque la prueba del acceso carnal con otros podrá ser considerada por el juzgador para llegar a sus conclusiones sobre la paternidad que se reclama, ni mucho menos invalida el indicio relevante que supone que el demandado se niegue a someterse a las pruebas biológicas. La Sentencia de esta Sala de 27 junio 1987 (RJ 1987\4825) dijo que «la «*exceptio plurium concubentium*» no está contemplada expresamente por nuestro Código Civil (a diferencia del francés), por lo que, al carecer tal excepción de carácter de prueba tasada, debe ser libre y ponderadamente apreciada por el Tribunal de instancia, que en el caso que nos ocupa, aun admitiendo como posible tal acceso con persona distinta al demandado... entendió —con cierto— que la conducta procesal del recurrente, al negarse a contribuir al esclarecimiento del hecho, sometiéndose a las pruebas biológicas, cuando tan fácil le hubiera resultado por medio de ella descartar su negada paternidad, integraba un indicio más en favor del acogimiento de la declaración de la filiación solicitada».

#### 4. Las pruebas biológicas en la investigación de la filiación

##### A) Supuestos en los que procede acordar su práctica

Tanto el actor, en orden acreditar la veracidad de la filiación que reclama, como el demandado en una acción de reclamación de la filiación para demostrar lo contrario, pueden proponer la práctica de las pruebas biológicas (21). Por el contrario, no se encuentra legitimado para proponer la práctica de dicha prueba un tercero que haya sido llamado al proceso en concepto distinto del de parte (caso de un sujeto llamado como testigo con ocasión de un proceso de impugnación, por haber cohabitado con la madre en época idónea para la concepción, en tanto no sea demandado y se produzca, en su caso, la acumulación con la acción de determinación de la filiación). La cuestión dudosa que surgía bajo la vigencia de la LECiv de 1881 en relación con la posibilidad de que el Juez proponga «*ex officio*» la práctica de las pruebas biológicas (la respuesta a esta cuestión en relación con este tipo de pruebas era aplicable a cualesquiera otras que estime adecuadas para resolver el asunto enjuiciado), ha desaparecido con el texto vigente, pues esta posibilidad se contempla en el pf. 2º del art. 752.1 de la LECiv/2000 y el art. 339.5 de la misma previene expresamente que «*El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales*» (22).

---

(21) Decidir si son indispensables o no y si su práctica resulta proporcionada de acuerdo con la finalidad perseguida es una facultad que corresponde al órgano jurisdiccional. En la Sentencia de 2 de octubre de 2000 [RJ 2000\7038], en un supuesto de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial determinada, ante la negativa a su práctica por el matrimonio demandado en primera instancia y antes del fallecimiento del hijo cuya filiación se cuestionaba, el TS consideró que no procedía ordenar la práctica de la prueba biológica al ser necesaria la exhumación del cadáver del hijo menor de edad fallecido durante la sustanciación del procedimiento. El argumento decisivo resulta del art. 39.2 de la CE, del que se deriva que la investigación de la paternidad es instrumental respecto de la protección de los hijos, no siendo una finalidad en sí misma (ROCA i TRIAS, E.: *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 245; QUICIOS MOLINA, S.: «Comentario de la STS de 2 de octubre de 2000 (Acciones de filiación)», CCJC, núm. 55, enero/marzo de 2001 [§ 1501], especialmente la pág. 299).

(22) Entre otros, BUSTO LAGO, J. M.: *Los procesos especiales en la LEC 1/2000 (Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial)*, op. cit., pág. 48. La amplitud con que se formula el precepto constituye el soporte de algunas críticas doctrinales desde la perspectiva que ofrece la doctrina jurisprudencial que interpreta y aplica el art. 729 de la LECrim. Vid. CORDÓN MORENO, F.: «Comentario al artículo 752 de la LECiv»,

Con anterioridad a la entrada en vigor de este precepto, existía acuerdo doctrinal en considerar que, en los procesos penales en los que el pronunciamiento acerca de la filiación es un contenido exigido en la sentencia en la que se deciden (*ex art. 193 del CP*), el Juez podía solicitar, de oficio, la realización de todas las pruebas biológicas que estimase necesarias y ello en virtud de la vigencia del principio inquisitivo propio de este tipo de procesos. Dado que en los procesos de filiación rige este mismo principio, encaja perfectamente con su naturaleza la previsión expresa de que el Juez podrá ordenar, por su propia iniciativa, la práctica de las pruebas biológicas —lo que habrá de hacer especialmente cuando no habiéndola solicitado ninguna de las partes, incluido el Ministerio Fiscal, el demandado haya alegado la «*exceptio plurium concubentium*»—. Dada aquella previsión expresa para los procesos de filiación, entre otros, no cabe que se plantee el consabido problema de índole procesal referido al momento procesal oportuno para realizar las pruebas no propuestas por las partes y que el órgano judicial estime necesarias, que se deriva de que las diligencias finales previstas en el art. 435 de la LECiv, que parece que sería este momento adecuado, no están previstas para el juicio verbal —recuérdese que el art. 753 de la LECiv establece como procedimiento por el que han de tramitarse los procesos de filiación, el juicio verbal, si bien se regulan, a continuación, importantes especialidades procesales— y, como es sabido, la LECiv ya no contempla las diligencias para mejor proveer, sin perjuicio de que se presente como especialmente debatida, entre los estudiosos del Derecho procesal, la viabilidad de la adopción de oficio de las diligencias finales reguladas en el art. 435.2 de la LECiv en el ámbito del juicio verbal y en los procesos especiales no dispositivos (23).

---

en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (F. Cordón Moreno / T. Armenta Deu / J. J. Muerza Esparza / I. Tapia Fernández, Coords.), Vol. II, Ed. Aranzadi, S.A., Elcano, 2001, págs. 758 y 759.

(23) La cuestión es ampliamente desarrollada por LUMBRERAS MARTÍN, E. M<sup>º</sup>: «Diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC: Su adopción en el juicio verbal y en procesos especiales no dispositivos», en *Problemas actuales de la prueba civil* (X. ABEL, / J. PICÓ, Coords.), Ed. J. M<sup>º</sup> Bosch, Barcelona, 2004. En este sentido, entre las conclusiones de la Reunión celebrada el día 4 de diciembre de 2001 entre los Magistrados de las Secciones 22 y 24, de familia, de la Audiencia Provincial de Madrid, con la asistencia del Ilmo. Sr. Presidente de dicha Audiencia, se encuentra la siguiente: «No habiendo previsto la nueva Ley la posibilidad de acordar diligencias finales en dicho proceso, tal omisión debe suplirse aplicando el artículo 752, párrafo segundo de la Ley, de manera que la Sala podrá acordar las diligencias y pruebas que estime necesarias, sin perjuicio de que la práctica de las mismas se desarrolle en la vista, conforme al artículo 464 de la Ley» (6<sup>a</sup>).

Tampoco procede la práctica de las pruebas biológicas en los casos de fecundación asistida con material reproductor de un donante —fecundación heteróloga— cuando se haya prestado el consentimiento previa y expresamente a determinada fecundación, pues la impugnación no procede si la causa alegada es precisamente la fecundación asistida a la que el marido o compañero de la madre ha prestado su consentimiento en la forma legalmente prevista (*ex art. 8.1 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida humana*). La solución no parece demasiado justa en el caso de que la madre haya mantenido relaciones sexuales con un tercero, resultando el hijo ser fruto de éstas y no de la inseminación artificial heteróloga (24).

*b) Naturaleza jurídica de las pruebas biológicas (o heredo-biológicas)*

La biológica es un tipo de prueba pericial —sin perjuicio de especialidad (*v.gr.*, SSTS de 21 de diciembre de 1989 [RJ 1989\8858] y de 6 de junio de 1991 [RJ 1991\4423])— (25) que, como tal, encuentra su acomodo en el art. 631 de la LECiv/2000, cuya práctica presenta un notable grado de complejidad, pero cuyos resultados aportan un notable grado de certeza acerca de la filiación, sobre todo cuando estos resultados son negativos en orden a excluir la paternidad o la maternidad. Si el resultado del dictamen pericial afirma que es posible, con un determinado grado de certeza, la paternidad o la maternidad, es cuando el juez ha de completar la valoración de este dictamen con otras pruebas indirectas que se hayan podido aportar y practicar a lo largo del procedimiento. Sin embargo, ha de señalarse que, en el momento presente, la posibilidad de descifrar el código genético de cada individuo encerrado en el núcleo de sus células —pruebas de «ADN»— ha superado el grado de fiabilidad que ofrecía el análisis de los marcadores polimórficos de las tradicionales pruebas hematológicas o de grupos sanguíneos.

(24) En este sentido, CUADRADO IGLESIAS, M.: «La investigación de la paternidad y la maternidad», en *Centenario del Código Civil*, Vol. I, CEURA-APDC, Madrid, 1990, pág. 633.

(25) Sobre la naturaleza de prueba pericial de las biológicas de determinación de la filiación, LLEDÓ YAGÜE, F.: «Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad», *La Ley*, 1986-I, pág. 1074; QUESADA GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> C.: *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad (La exceptio plurium concubentium)*, *op. cit.*, pág. 230; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, *op. cit.*, págs. 123 a 125; BUSTO LAGO, J. M.: *Los procesos especiales en la LEC 1/2000 (Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial)*, *op. cit.*, págs. 58 y 59.



os, permitiendo afirmar con una probabilidad de acierto cercana al 100 por 100 el rechazo de la paternidad dudosa y superior al 99 por 100 la confirmación de la misma, llegando, por esta razón, a afirmarse que cuando las pruebas biológicas rechazan o confirman una paternidad, el juez no puede abrigar ninguna duda al respecto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (26). Con estos porcentajes científicos de probabilidad, si el resultado de las pruebas biológicas practicadas confirma o rechaza una determinada paternidad parece que no sería razonable, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, resolver el pleito en un sentido diverso (27). Pero la valoración de las pruebas biológicas es el problema de resolución más sencilla de los muchos que suscitan.

#### IV. LA NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA UNA VEZ HA SIDO ACORDADA. VALORACIÓN

##### 1. *La inviabilidad de su práctica coactiva*

La fundamental de estas otras cuestiones conflictivas suscitadas por las pruebas biológicas de paternidad es la negativa al sometimiento a las mismas y la valoración judicial de esta negativa. Un sector de la doctrina ha mantenido que este tipo de pruebas pueden ser susceptibles de

---

(26) Entre otros, *vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, *op. cit.*, págs. 119 a 123; APARICIO AUÑÓN, E.: «Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad», en *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de enjuiciamiento civil* (Aparicio Auñón / Crespo Allué / Guilarte Gutiérrez / Guilarte Martín-Calero / Pérez Martín), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003 (2ª edic.), págs. 402 y 403. En cuanto a las obras y estudios científicos realizados por biólogos que pongan de manifiesto estas conclusiones, puede verse, entre otras, CARRACEDO, Á. / BARROS, F.: *Problemas bioestadísticos en genética forense*, Ed. Imprenta Universitaria, Santiago de Compostela, 1996, pág. 101.

(27) Sin embargo, el TS ha declarado que tampoco en estos casos la prueba biológica puede considerarse como una prueba directa plena y absoluta aun en el caso de que haya sido practicada por un órgano técnico oficial como es el Instituto Nacional de Toxicología, dependiente del Ministerio de Justicia, debiendo acompañarse de la prueba de la posibilidad de que los hechos desencadenantes de la concepción pudiesen haber tenido lugar en época idónea. En este sentido, SSTS de 26 de septiembre 1997 [RJ 1997\6863] y de 20 de mayo de 1991 [RJ 1991\3717] y la SAP Asturias (Sección 6ª) de 13 de julio de 2000 [AC 2000\1543], en la que se resuelve sobre el resultado positivo arrojado por la práctica de la prueba de ADN a un fallecido que en vida se había negado a someterse a la misma, habiéndose acreditado testificalmente la circunstancia de convivencia del demandado con la madre en la época de la concepción.



ser calificadas como inconstitucionales en tanto que supondrían un quebranto de los arts. 15 y 18 de la CE, en los que, como es sabido, se acogen los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral y a la intimidad personal. A juicio de quienes así piensan, la extracción de sangre o una toma de muestra de la saliva, necesarias para la realización de estas pruebas, supondría una violación de la integridad física (28). Sin embargo, parece que los principios, también de raigambre constitucional, de protección de los hijos —el art. 39.3 de la CE establece el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad (*v.gr.* y a estos efectos, STS de 28 de febrero de 1997 [RJ 1997\1392] y SSTSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 1998 [RJ 1999\1339] y de 22 de febrero de 1999 [RJ 2000\4123])— y la posibilidad de investigar la paternidad que cuenta asimismo con el respaldo constitucional, así como el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad habría de primar sobre la débil lesión que se podría causar a aquéllos derechos fundamentales que, en todo caso, estaría supeditada a la existencia de una causa justificada y a la tuición de un interés más relevante (Sentencias del TC de 17 de enero de 1994 [RTC 1994\7] y de 31 de mayo de 1999 [RTC 1999\95]):

*«Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el art. 127 del CC, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del art. 39.2 CE, según el cual «La ley posibilitará la investigación de la paternidad», autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación» (art. 39.2 CE), y la obligación de los padres de*

---

(28) Se trata de una opinión doctrinal minoritaria sostenida, *v.gr.*, por OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: *La filiación en España*, Ed. Comares, Granada, 1993; de la que se hace eco también, aunque sin pronunciarse abiertamente, HERRERA CAMPOS, R.: «La filiación», en *Curso de Derecho civil* (B. Moreno Quesada, Coord.), T. IV (*Derecho de familia y sucesiones*), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 305.

«prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» (art. 39.3 CE). Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado» (SSTC 7/1994, FJ 3º y 95/1999, FJ 2º).

En este sentido milita también la doctrina constitucional sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa que viene a resumir la STC 165/2004, de 4 de octubre (FD 3º), y que reitera, a propósito precisamente de la ausencia de práctica de la prueba biológica en un proceso de filiación, la STC 3/2005, de 17 de enero (FD 5º).

En todo caso, lo cierto es que doctrina (29) y jurisprudencia (30) coincidían en afirmar, bajo la vigencia de la Ley procesal civil de 1881, que no se podía imponer coactivamente la práctica de las pruebas biológicas —en nuestro sistema judicial no es posible imponer a la fuerza la práctica de la prueba biológica, a diferencia, *v.gr.*, del alemán en el que el § 372 del ZPO lo prevé y lo permite— en atención a los derechos a la integridad física y a la libertad personal. El panorama legal no ha mudado con el advenimiento de la vigente LECiv/2000 y, en consecuencia, aquella afirmación continúa vigente. Sin perjuicio de ello, ha de tenerse en cuenta que de lo dispuesto en el art. 118 de la CE se deriva la imposición al demandado de colaborar con los tribunales en el curso del proceso y de contribuir a facilitar la fuente de prueba, siendo ésta una prescripción que resulta especialmente relevante en el ámbito de las ac-

---

(29) *Vid.*, por todos, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios», en *Internamientos involuntarios (Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios)*, Ed. CGPJ — MSC, Madrid, 2000, pág. 223.

(30) Entre otras, Sentencias del TS de 27 de junio de 1987 [RJ 1987\4825], de 14 de noviembre de 1987 [RJ 1987\8401], de 3 de junio de 1988 [RJ 1988\4736], de 14 de julio de 1988 [RJ 1988\5690], de 18 de mayo de 1990 [RJ 1990\3740], de 25 de abril de 1991 [RJ 1991\3030], de 14 de mayo de 1991 [RJ 1991\3666] y de 13 de marzo de 1998 [RJ 1998\1288]. En esta última, que recoge la doctrina de las sentencias anteriores e intenta resumirla, se afirma expresamente que «la toma de muestras —sangre— para la práctica de la prueba de la paternidad no puede imponerse a una persona por la fuerza, ni puede ser física-mente obligada a la toma de tal muestra para la práctica de la referida prueba, ya que dicha acción iría contra los derechos fundamentales a la integridad física y moral así como al de libertad de la persona; todo ello sin perjuicio de las consecuencias lógicas que haya lugar a deducir de tal negativa».

ciones de filiación (*v.gr.*, SSTS de 17 de julio de 2002 [RJ 2002\6247] y de 25 de junio de 2004 [RJ 2004\4009]), en aquellos supuestos en los que habiendo sido propuesta por una parte procesal, el órgano jurisdiccional de instancia haya acordado la práctica de las pruebas biológicas pertinentes. Esta interpretación del art. 118 de la CE ha sido asumida por el TC en su Sentencia 7/1994, de 17 de enero. De conformidad con ella, si bien no puede exigirse coactivamente la practica de la prueba, porque se estamos en presencia de un deber en el sentido técnico de la expresión, si es una carga, de modo que su no realización por la parte procesal a la que le incumbe, determina que haya de soportar las consecuencias negativas que de este compartimiento se derivan (31).

## 2. Procedimiento probatorio

Dada la relevancia de las pruebas biológicas en los procesos de filiación y las especialidades que su realización presenta, resulta oportuno hacer algunas precisiones en relación con este procedimiento de prueba, que puede aportarse al proceso en el que se conoce de una acción de filiación, bien como una prueba pericial que ha sido practica extrajudicialmente y que es suministrada por una parte, bien como una prueba pericial acordada y practicada en el seno del proceso civil, debiendo decidirse acerca de su admisión con audiencia de la parte contraria (*v.gr.*, STS de 7 de julio de 2004 [RJ 2004\5105]):

*a) Pericia extrajudicial.* El art. 335.1 de la LECiv prevé que la prueba pericial pueda aportarse por las partes con los escritos de demanda o de contestación a la misma. Si en este momento no dispusieren de la misma podrá anunciarla acudiendo al expediente contemplado en el art. 337 de la LECiv. El litigante interesado en aportar esta prueba habrá de dirigirse al organismo o centro médico especializado para la realización de la misma, aportando la pericia practicada acompañando a la demanda o a la contestación.

Sin embargo, el hecho de que su práctica requerirá, de ordinario, la colaboración del presunto progenitor y de que se exige un conocimiento de cuáles son los organismos especializados en la práctica de tales

---

(31) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Investigación de la paternidad. Acciones de filiación. Acción de investigación de la paternidad. Prueba biológica*, Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1993, pág. 77.

pruebas, así como el hecho de que el órgano judicial pueda considerar necesario la realización de otra pericia —o la ampliación de la practicada— o que sea realizada por otro organismo, parece más aconsejable que, salvo que, si efectivamente se ha obtenido, se presente como *principio de prueba* a efectos de la admisión a trámite de la demanda o para destruir la verosimilitud de ésta, se acuda a la realización de la misma por el perito designado por el tribunal.

b) *Pericia judicial*. El art. 339.2 de la LECiv prevé que cualquier litigante puede pedir la designación de un perito cuando lo estime conveniente o necesario para la adecuada defensa de sus intereses. Este dictamen se hará a costa de la parte que lo haya solicitado, salvo en el caso de que la parte que lo solicite fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, en cuyo supuesto habrá de anunciarlo con la demanda a los efectos de que se proceda al nombramiento judicial del perito (arts. 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, *de asistencia jurídica gratuita* y 339.1 de la LECiv). La solicitud puede formularla la parte interesada tanto en el momento de presentar la demanda o la contestación a la misma. En este caso, la designación judicial de perito deberá realizarse en el plazo de cinco días a contar desde la fecha de contestación a la demanda, con independencia de la parte que lo haya propuesto. También cabe la solicitud a través de las alegaciones o peticiones complementarias a que se refiere el pf. 2º del art. 339.2 de la LECiv, en cuyo caso las partes deberán mostrarse conforme con el objeto de la pericia y aceptar el dictamen del perito que nombre el tribunal (art. 339.3 de la LECiv), lo que es razonablemente improbable.

El órgano judicial, como queda dicho, puede acordar «*ex officio*» la práctica de las pruebas periciales biológicas y la designación de perito (art. 339.5 de la LECiv). Para la designación se acudirá al método prevenido en el art. 341.1 de la LECiv: «*En el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios Profesionales o en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados, dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo*».

El perito designado (persona física, centro o institución científica, conforme al art. 340.2 de la LECiv), una vez haya concluido la elaboración de su dictamen, lo remitirá por escrito al tribunal dentro del plazo que se le haya señalado (art. 346 de la LECiv), ateniéndose a las normas sobre el tiempo de las actuaciones judiciales previstas en los arts. 130 y

ss. de la de la LECiv. Si no se fija un plazo expresamente, habrán de practicarse sin dilación (art. 132.2 de la LECiv). Recibido el dictamen por el órgano judicial, dará traslado del mismo a las partes por si consideran necesario que el perito concurra al acto de la vista a efectos de que aporte en ella las explicaciones, precisiones y aclaraciones que fuesen pertinentes. Idéntica posibilidad le corresponde al órgano judicial (art. 346 de la LECiv). El órgano judicial puede formular preguntas a los peritos, así como requerir de ellos las explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen, siendo posible que, de oficio, pueda acordar que se amplíen (art. 347.2 de la LECiv), como posibilidad que se contempla expresamente para los procesos especiales sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, capacidad de las personas y matrimoniales.

### 3. Valor de la negativa a someterse a su práctica, una vez ha sido acordada

- a) La negativa constituye un indicio de especial valor o muy cualificado, pero no es una «*ficta confessio*»

Pero el hecho de que la práctica de este tipo de pruebas no pueda imponerse coercitivamente no quiere decir que la negativa al sometimiento a las mismas carezca de consecuencias. En efecto, superada una primera fase en que la jurisprudencia no extraía conclusiones de esta actitud de oposición a la realización de las mentadas pruebas biológicas, de manera que la filiación habría de acreditarse mediante otro tipo de pruebas, se generalizó la doctrina jurisprudencial conforme a la cual la negativa a someterse a las mismas por una de las partes en el proceso, si bien no podía considerarse como una «*ficta confessio*», era considerada como un indicio de especial valor o muy cualificado, revelador de la falta de fundamentación de su oposición a la demanda y ello porque difícilmente se entiende que quien cuenta con un método científico cuyos resultados son tan fiables en orden a probar sus afirmaciones rechace su utilización de manera irrazonable (32).

---

(32) Entre otras muchas, SSTs de 11 de marzo y 12 de abril de 1988 [RJ 1988\1959 y RJ 1988\3142], de 14 de julio de 1988 [RJ 1988\5690], de 25 de abril de 1991 [RJ 1991\3030], de 6 de junio de 1991 [RJ 1991\4423], de 4 de diciembre de 1998 [RJ 1998\9704], de 11 de mayo de 1999 [RJ 1999\3345], de 17 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8304], de 24 de enero de 2001 [RJ 2001\7] y de 24 de mayo de 2001 [RJ 2001\3375] y de 25 de junio de 2004 [RJ 2004\4009]).

Entre otras muchas, las Sentencias del TS de 24 de mayo de 2001 [RJ 2001\3375], de 28 de marzo de 2000 [RJ 2000\2500], de 24 de octubre de 1996 [RJ 1996\8367], de 22 de junio de 1998 [RJ 1998\4910], en el mismo sentido que, *v.gr.*, las de 27 de mayo de 1994 [RJ 1994\3754] y de 6 de junio de 1991 [RJ 1991\4423], han precisado que el demandado en un proceso de filiación sólo podrá negarse legítimamente a la práctica de las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud, pero una vez que haya decidido el Juez que es preciso realizarla, el afectado está obligado a posibilitar su práctica y ello porque es en los supuestos dudosos en los que precisamente la prueba biológica despliega con toda su virtualidad sus efectos probatorios. En este mismo sentido, más recientemente, la STS de 26 de noviembre de 2004 [RJ 2004\7561] señaló que una vez han sido declaradas probadas en la instancia la existencia de ciertas relaciones afectivas entre la madre de la actora y el demandado, era esencial la práctica de la prueba biológica para la resolución del proceso, de manera tal que la oposición reiterada e injustificada del demandado a someterse a su práctica ha de ser valorada por los órganos jurisdiccionales, si bien no puede ser considerada por sí sola como determinante de una declaración de paternidad. Sobre este argumento, una vez se constató que la negativa no había sido valorada por la Sentencia de la Sección 2ª de la AP de Toledo de fecha 22 de junio de 2000, objeto del recurso de casación del que trae causa la Sentencia referida, se estimó este recurso y se anuló la Sentencia dictada en grado de apelación.

El TC ha declarado en la Sentencia de 95/1999, de 13 de mayo [RTC 1999\95] que dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que dilucidan entre ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 de la CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser un medio de prueba esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso *ex art.* 118 de la CE, conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una si-

tuación de indefensión contraria al art. 24.1 de la CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 de la CE. De acuerdo con la doctrina del TC, establecida ya en su Sentencia 7/1994, de 17 de enero, el demandado en un proceso de filiación sólo podrá legítimamente negarse a someterse a las pruebas biológicas si no existieran «*indicios serios*» de la veracidad de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un «*gravísimo quebranto para su salud*».

Si se observa la doctrina jurisprudencial del TS inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la LECiv/2000, se advierte claramente una tendencia a aumentar el valor probatorio de la conducta obstruccionista del demandado a la práctica de las pruebas periciales biológicas. Respecto a si en la citación para la práctica de la misma —que puede ser por medio del procurador del demandado— ha de advertirse al demandado de las consecuencias de su negativa a colaborar en la práctica de la mismas, la STS de 3 de octubre de 1998 [RJ 1998\6805], ha declarado la irrelevancia de la omisión de la dicha advertencia, pues la realización de ésta es una misión que incumbe exclusivamente al letrado director técnico del interesado. Por su parte, la ya referida STS de 28 de marzo de 2000 [RJ 2000\2500], equiparó la actitud evasiva frente al requerimiento judicial a la práctica de la prueba biológica a la negativa.

La doctrina jurisprudencial enunciada acerca del valor de la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas ha recibido consagración legal expresa en el art. 767.4 LECiv en los siguientes términos: «*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 maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios*». La doctrina jurisprudencial anterior y el contenido del precepto que la convierte en Derecho positivo vienen a ser una manifestación, en el ámbito de las acciones de filiación, del principio y de la doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria —consagrado con carácter general en el art. 217.6 de la LECiv— y ello habida cuenta que la fuente de prueba se encuentra en exclusiva bajo la disposición del demandado (33).

---

(33) En este sentido, SEOANE SPIEGELBERG, J. L.: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Disposiciones generales y presunciones)*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 302 (§ 191).



b) Presupuestos: Condición de parte y carácter personal, injustificado y suficientemente revelador de la negativa

Los presupuestos que han de concurrir en orden a atribuir, en una valoración conjunta de la prueba practicada en el proceso de filiación, el valor de «*indicio valioso*» a la prueba indirecta consistente en la negativa del demandado a someterse a la práctica de la prueba biológica son los que, a continuación, se exponen:

a) *Condición de parte en el proceso de quien se niega a someterse a su práctica*

En el caso de que en el juicio se pidiese la práctica de la prueba a terceras personas que no fuesen parte en el proceso (caso de potenciales progenitores aludidos con ocasión de la «*exceptio de plurium concubentium*»), a la negativa no se le atribuía este especial valor probatorio, de manera que el juez habría de resolver en atención a otras pruebas indiciarias que se practicasen. Tras la entrada en vigor de la LECiv/2000 ha de tenerse en cuenta especialmente la posibilidad de intervención en el proceso provocada al amparo de lo dispuesto en su art. 14.2. Parece posible que entablada una acción de reclamación de la filiación, el demandado en la contestación a la demanda, al tiempo que alega la «*exceptio de plurium concubentium*» pida que se notifique la pendencia del proceso a otros sujetos respecto de los que pueda acreditar que han tenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción (34). El Juez, en caso de que, tras oír al demandante, estime la petición formulada por el demandado, le remitirá la demanda para que conteste a la misma y lo citará a la vista del juicio verbal. Se considerará, a todos los efectos, como parte en el proceso.

b) *Ausencia de justificación de la negativa*

El precepto de la Ley procesal civil que se recoge en el art. 767.4 de la LECiv, exige expresamente que la negativa a someterse a la práctica de las pruebas biológicas acordada por el Juez ha de ser *injustificada* si de este hecho se quieren extraer efectos probatorios. De acuerdo con la jurisprudencia ha de considerarse justificada la negativa en dos supuestos; a saber:

---

(34) En contra de esta posibilidad se manifiesta expresamente RUIZ MORENO, J. M<sup>º</sup>: *El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad*, Ed. La Ley, Madrid, 2000, págs. 180 a 183, argumentando fundamentalmente sobre la ausencia de norma de Derecho substantivo habilitante en el caso que nos ocupa.

1º) Cuando de su práctica se deriven «*gravísimas consecuencias para la salud del que ha de soportarla*». Con carácter general, como ya se ha señalado, no puede considerarse que la prueba biológica suponga un grave riesgo para la salud para la persona que ha de someterse a su práctica (*v.gr.*, STC 55/2001, de 26 de febrero). Sin perjuicio de que esta sea la regla general, en el caso concreto, la práctica de la misma puede suponer aquel riesgo, que justifique la negativa a su práctica. Así lo entendió, *v.gr.*, la STS de 24 de abril de 2000 [RJ 2000\2435], en la que consideró que la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica «*está en cierto modo justificada por las especiales circunstancias concurrentes*» en aquél, como había declarado la Audiencia Provincial de Lugo en la Sentencia recurrida en casación, de fecha 28 de abril de 1995, destacando la edad avanzada del demandado (noventa y un años), con un estado psicofísico que presenta grandes alteraciones de la normalidad, con mareos internos, ligera pérdida de memoria, artrosis de la columna vertebral e incapacidad acusada para la movilidad. Esta circunstancia unida al carácter endeble de las demás pruebas propuestas practicadas tendentes a acreditar la posibilidad de la existencia de relaciones sexuales entre el demandado y la madre de la actora en la época idónea para la concepción, determinaron la desestimación de la demanda interpuesta. Por el contrario, no puede reputarse justificada la negativa a someterse a la práctica de las pruebas biológicas alegando tener una enfermedad que impide parcialmente la generación, si no se acredita la imposibilidad absoluta en la época de la concepción. Así lo ha declarado el TSJ de Cataluña en Sentencia de 12 de noviembre de 1998 [RJ 1999\1339], en la que resultó acreditado el hecho de haber mantenido el demandado en una acción de reclamación de la filiación relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción, pese a que alegaba padecer oligospermia.

2º) Cuando en el proceso no se haya aportado ninguna otra prueba o indicio de la conducta que se imputa al demandado (Sentencias del TS de 27 de mayo de 1994 [RJ 1994\3754] y de 24 de octubre de 1996 [RJ 1996\8367]). En esta causa que justifica la negativa del demandado se sostiene la estimación del recurso de amparo por la Sentencia del TC 29/2005, de 14 de febrero, de la que trae causa este estudio (*vid., infra*, § V).

### *c) Carácter personal de la negativa*

Se exige, además, que la negativa sea seria, injustificada y manifestada personalmente por el interesado, netamente obstruccionista y reveladora de un deliberado propósito de no comparecer ante los peritos para someterse a las pruebas biológicas (STS de 29 de marzo de 1993 [RJ

1993\2535]). Respecto al requisito de que la negativa sea realizada «*personalmente*» por el interesado ha de precisarse que, de acuerdo también con la doctrina jurisprudencial más reciente es válida la hecha por su representante procesal —procurador—, sin necesidad de un poder especialísimo otorgado al efecto. En este sentido, la STS de 28 de mayo de 1999 [RJ 1999\1585] ha declarado que el demandado en una acción de reclamación de la filiación no puede alegar válidamente que no fue citado por el Juzgado personalmente, en su domicilio para su práctica y que no se le haya advertido de las consecuencias de negarse a ello y que nunca se negó a someterse a las pruebas en comparecencia ante el Juez. A juicio del TS, estas alegaciones no pueden acogerse porque: 1º) No existe precepto legal alguno que establezca los requisitos que el recurrente arbitrariamente determina para la eficacia del mandato judicial de someterse a las pruebas biológicas de filiación. 2º), sobre el. Que mediante escrito de su Procurador, que manifestaba seguir expresas instrucciones del demandado, éste se negaba a concurrir al Instituto de Toxicología de Sevilla donde debían efectuarse las tan referidas pruebas, alegando el art. 15 de la CE, por las consecuencias que ello podía causarle en su entorno social y en su convivencia matrimonial, además de que no se sentía obligado porque no existieron jamás relaciones sexuales con la actora. Así las cosas, es patente que «*el Procurador del demandado, hoy recurrente, no fue más que un mero nuncio o portador de la voluntad de su representado*», no formó o sustituyó con la suya la de éste, además de que la actual doctrina de esta Sala (Sentencias de 13 de diciembre de 1994 [RJ 1994\10494] y 7 de octubre de 1995 [RJ 1995\7180]) admite la «*validez de la negativa expresa de la parte a someterse a las pruebas biológicas de determinación de la filiación, hecha a través de su Procurador*». Por esta razón, el TS mediante Auto de 6 de julio de 1999 [RJ 1999\4358] ha rechazado la admisión a trámite de un recurso de casación motivado en una supuesta defectuosa citación para la práctica de la prueba biológica de investigación de la paternidad que había sido objeto de notificación en forma debida a los procuradores de las partes mediante diversas y sucesivas propuestas de providencia en las que se disponía su citación, habiéndose producido la persistente incomparecencia del recurrente para la práctica de la prueba que motivó la anulación de las pruebas solicitadas al Instituto de Toxicología. El TS considera que no puede apreciarse indefensión del recurrente.

Esta doctrina jurisprudencial acerca del ámbito de la representación del procurador resultó refrendada tras la entrada en vigor de la LE-Civ/2000, en cuyo art. 25.1 se precisa que el poder general para pleitos facultará al procurador para realizar válidamente, en nombre de su po-

derdante, «*todos los actos procesales comprendidos, de ordinario en la tramitación de aquéllos*». Por su parte, en el art. 28.1 se declara expresamente que «*mientras se halle vigente el poder, el procurador oirá y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las sentencias que se refieran a su parte, durante el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste*». A su vez, el art. 153 de la LECiv precisa, en sede de regulación de las comunicaciones judiciales, que la comunicación con las partes personadas en el juicio se hará a través de los procuradores cuando éste las represente.

Por su parte, la STC de 17 de junio de 2004 [RJ 2004\3618] ha declarado la validez de la citación para la práctica de la prueba biológica realizada en el domicilio en el que se hizo el emplazamiento al demandado para el pleito y que sirvió para que éste se personase en el procedimiento de filiación.

*d) Negativa suficientemente reveladora del propósito de no comparecer a su práctica*

Respecto a la exigencia de que la negativa sea suficientemente reveladora de un deliberado propósito de no comparecer ante los peritos para someterse a las pruebas biológicas, así ha calificado el TS la conducta del demandado en una acción de reclamación de paternidad que después de contestar que no podía responder a la pregunta formulada en instancia al término de su confesión judicial en orden a si estaba o no dispuesto a someterse a la práctica de las pruebas biológicas solicitadas por la demandante por desconocer las consecuencias que ello acarrearía y, requerido por el mismo órgano judicial en una segunda ocasión a fin de que manifestara de forma categórica si estaba o no dispuesto a realizar la antedicha prueba pericial, insistió en que no podía responder a dicha pregunta. Acordado en segunda instancia el recibimiento a prueba para la práctica de la misma prueba pericial biológica, se requiere al demandado mediante auto en los mismos términos que se había hecho en primera instancia. La representación del demandado contestó presentando un escrito firmado por el procurador, el abogado y el propio demandado en el que manifestaba, después de negar su paternidad, un profundo temor ante las consecuencias que pudieran derivarse del margen de error existente en estas pruebas y que, desconociendo el alcance de tal prueba, no podía pronunciarse sobre la pregunta que se le formulaba. La Sala de apelación requirió al demandado para que compareciera personalmente para ratificar el an-

terior escrito. En esta comparecencia, ante el requerimiento de que conteste simple y llanamente si desea someterse a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad, el demandado dijo que no deseaba contestar a los que se le preguntaba, afirmándose y ratificándose en el escrito presentado. El Tribunal insistió en la práctica de la prueba en cuestión, citando al demandado y a la demandante para que ambos, en unión de la menor cuya paternidad se reclamaba, se personasen en fecha y hora señaladas en el Instituto Nacional de Toxicología para realizarla. Se personaron la madre demandante y su hija. En casación, entre otros fundamentos del recurso, se cuestiona la relevancia que para el fallo impugnado ha tenido la falta de colaboración del demandado a la práctica de la prueba biológica. La STS de 28 de marzo de 2000 [RJ 2000\2500] que lo resuelve, después de realizar una síntesis de la doctrina del TC y del TS al respecto, declara que *«la confesión del demandado se toma por el Tribunal de instancia como una prueba más que, en relación con la testifical y la conducta obstruccionista de aquél respecto de la prueba biológica, permite considerar probada su paternidad. En definitiva, si el demandado confesó haber mantenido relaciones sexuales con la actora, aunque fuera en una sola ocasión, su renuencia a colaborar en la práctica de la prueba biológica, pese a los requerimientos que se le hicieron por los órganos judiciales de las dos instancias, deja desde luego de ser un indicio o elemento probatorio aislado para, por el contrario alcanzar la muy singular relevancia que le otorgan la doctrina del TC y la jurisprudencia de esta Sala»* (FJ 4º). La STS de 8 de marzo de 1995 [RJ 1995\2153] equiparó a la negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica, la conducta obstruccionista a la misma del demandado.

#### V. LA NEGATIVA A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA ES UNA PRUEBA INDIRECTA, PERO NO PLENA Y ABSOLUTA, QUE HA DE ESTAR ACOMPAÑADA DE OTROS INDICIOS

La negativa a la práctica de la prueba biológica constituye una prueba indirecta pero no plena y absoluta, como se pone expresamente de manifiesto en el art. 767.3 LECiv, adecuado también en este aspecto a lo que resultaba de la doctrina uniforme del TS anterior a la entrada en vigor de la nueva Ley procesal civil, en tanto que exige que la negativa a la práctica de las pruebas biológicas se acompañe de la acreditación de otros indicios de la paternidad o de la maternidad. En defecto de indicios, la pretensión de reconocimiento de la filiación formu-

lada huérfana de cualquier otra prueba de carácter indiciario, no puede suponer que la negativa a la práctica de la prueba biológica suponga un elemento suficiente para declarar la filiación controvertida, como han señalado, entre otras, las SSTS de 27 de mayo de 1994 [RJ 1994\3754] o de 26 de julio de 1999 [RJ 1999\6099] (35).

Esos otros indicios, cuya concurrencia con la negativa a la práctica de las pruebas biológicas, permite declarar la filiación reclamada pueden consistir, de conformidad con la doctrina jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, en una relación de carácter meramente ejemplificativo y abierta (36): 1º En la acreditación de la existencia de relaciones sentimentales entre ambos progenitores al tiempo de la concepción y la consiguiente probabilidad de existencia de relaciones sexuales entre ellos en el momento idóneo para la concepción (SSTS de 16 de enero de 1999 [RJ 1999\38] y de 3 de octubre de 1998 [RJ 1998\6805]). 2º En la existencia de parecidos morfológicos entre el progenitor y el hijo unido a la posibilidad cronológica de que en el momento de la concepción ambas partes de la *litis* pudiesen haber mantenido relaciones sexuales (STS de 26 de junio de 1999 [RJ 1999\4564]). 3º En haber mantenido relaciones afectivas en «*el ambiente localista y lugareño de un pueblo, donde todos los vecinos se conocen*», lo que hace suponer la dificultad para mantener similares relaciones coetáneas con otra persona (STS de 10 de octubre 1996 [RJ 1996\7556]). 4º En la convivencia en casa y con la familia de la madre cuando ésta se encontraba en avanzado estado de gestación, asistiendo juntos a una feria en la que adquirieron ropa de bebé estando la madre en aquel estado (STS de 6 de marzo de 1995 [RJ 1995\2144]). 5º En la aportación del documento privado, cuya firma fue adverbada por perito calígrafo, en el que el demandado en un acción de determinación de la filiación extramatrimonial paterna asumía el compromiso de reconocer la paternidad (STS de 11 de mayo de 1999 [RJ 1999\3345]). 6º En la existencia de relaciones entre los litigantes en la época de la concepción, sin que aporte el demandado ninguna prueba en sentido contrario (STS de 27 de diciembre de 2001 [RJ 2002\1039]). 7º Permanencia juntos durante una noche en la fecha idónea para la concepción, habiendo visitado el demandado a la actora en el pueblo de residencia de ésta, demostrando «*un interés inusual en quien carece de vinculación con el nacido*»

---

(35) Doctrina jurisprudencial que ha sido seguida por la doctrina de las distintas Audiencias Provinciales, así, *v.gr.*, SAP de Pontevedra, Sección 2ª, de 19 de enero de 2001 [AC 2001\392].

(36) *Vid.* APARICIO AUÑÓN, E.: «Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad», *op. cit.* (2ª edic.), págs. 388 y 389.



(STS de 28 de diciembre de 2001 [RJ 2002\3095]). 8º) Relación doblemente adulterina entre el marido de la empresaria y una empleada que fue despedida poco después de nacer el hijo, relatando la madre con detalle la relación clandestina mantenida (STS de 3 de noviembre de 2001 [RJ 2002\230]). 9º) Relaciones de noviazgo con la madre de la actora, con interposición de querrela por estupro en el año de nacimiento de la actora, existiendo un documento privado reconociendo la violación y la filiación, así como la existencia de cartas, de entregas periódicas de dinero y de un plan de renta a favor de la actora; así como recibimiento de dinero por desistir de procedimiento anterior de reconocimiento de paternidad y realizar renuncia a herencia (STS de 1 de abril de 2002 [RJ 2002\2431]). 10º) Existencia de relaciones íntimas aunque de corta duración en el tiempo (STS de 24 de junio de 2004 [RJ 2004\4315]). 11º) Existencia de relación profesional entre la madre (auxiliar de clínica) y el presunto padre (médico), unido a las manifestaciones de aquélla a allegados suyos en el momento del nacimiento del hijo, con interposición de demanda por difamación del médico (STS de 1 de septiembre de 2004 [RJ 2004\5470]). 12º) Prueba testifical acerca de la relación existente entre la madre y el demandado en la época de la concepción, aun manifestando aquélla inseguridad en cuanto a la paternidad y habiendo ejercitado la acción mucho tiempo después (STS de 11 de marzo de 2003 [RJ 2003\2569]); y, por supuesto, en aquellos casos en los que la prueba testifical de la convivencia en la época de la concepción es abundante (STS de 1 de octubre de 2003 [RJ 2003\6449] y de 16 de julio de 2004 [RJ 2004\6789]); o en los que, además de aquella convivencia, se mantiene una relación esporádica y con cuentas corrientes bancarias abiertas en común tras el nacimiento del hijo cuya filiación se discute (STS de 15 de julio de 2004 [RJ 2004\4567]). 13º) En la existencia de un acta notarial de manifestación y prueba testifical de la existencia de una relación amorosa en la época idónea para la concepción (STS de 7 de julio de 2003 [RJ 2003\4330]). 14º) En la convivencia mantenida hasta fechas próximas a las de la concepción (STS de 6 de julio de 2004 [RJ 2004\4335]) o en la prolongada convivencia del presunto progenitor con la madre (STS de 29 de junio de 2004 [RJ 2004\4438]). 15º) En la existencia de dos cartas, que la actora atribuye al demandado, dirigidas a aquélla —madre del menor cuya filiación paterna pretende ser determinada—, cuando ésta residía en Francia, fechadas en noviembre y diciembre de 1983 (fecha de nacimiento del hijo), así como documentos relativos a contratos de arrendamientos de viviendas para la madre, suscritos unos 18 meses después del nacimiento del menor, con una sociedad de la que el presunto padre era apoderado, y un certificado de un Consejo de Adminis-



tración celebrado por la misma en 1983 (STS de 2 de julio de 2004 [RJ 2004\5453]). Por su parte, aun sin recogerlas expresamente ni señalar en que han consentido, la STS de 17 de junio de 2004 [RJ 2004\3621], alude a la práctica de «*prolijas pruebas indiciarias en instancia*», que unidas a la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica de determinación de la paternidad, se reputan suficientes para confirmar la Sentencia recurrida que había declarado la filiación extramatrimonial paterna. 16º) En los supuestos de impugnación de la paternidad matrimonial es suficiente, a estos efectos, la constancia de la inscripción de la paternidad en el Registro Civil (STS de 11 de septiembre de 2003 [RJ 2003\6068]). 17º) En el caso de reclamación de la filiación no matrimonial, la negativa a someterse a las pruebas heredo-biológicas para la determinación de la maternidad por quien, en la prueba de confesión, no niega que el actor sea el padre de su hija menor (STS de 11 de marzo de 2003 [RJ 2003\2569]).

Por el contrario, el TS no ha estimado como indicios concurrentes con la negativa a la práctica de las pruebas biológicas de los que pueda resultar la apreciación de la filiación la aportación de fotografías inexpressivas o de unas fragmentos de cartas de los que nada se pueda deducir en relación con la filiación (STS de 19 de mayo de 1997 [RJ 1997\4113]); ni tampoco una declaración testifical suministrada por parientes próximos, vaga e indecisa, sin aportación de datos ni de circunstancias concretas (STS de 26 de septiembre de 1998 [RJ 1998\6403]).

## VI. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL «PRINCIPIO DE PRUEBA» REQUERIDO PARA LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DEMANDA Y LA DOCTRINA DE LA STC 3/2005, DE 17 DE ENERO

### 1. *El requisito de que se aporte con la demanda un «principio de prueba».* *La laxitud de su interpretación jurisprudencial*

La demanda ejercitando una acción de reclamación de la filiación —que debe revestir la forma genérica prevista para este acto en los juicios verbales *ex art.* 437 LECiv (37)— habrá de acompañarse de un

---

(37) En sentido contrario, GONZÁLEZ POVEDA considera que la demanda en los procesos especiales del Título I del Libro IV de la LECiv habrá de redactarse en la forma y con el contenido que para la demanda del juicio ordinario previene el art. 399 de la LECiv, pues esta solución es la que permite establecer la debida correlación entre deman-

«*principio de prueba*» de los hechos en que se funde la reclamación o la impugnación de la filiación (art. 767.1 LEC). Si este principio de prueba no se aporta con la demanda, el Juez habrá de inadmitirla «*ab limine litis*». Este precepto, que constituye uno de los casos de inadmisión de las demandas a los que, con carácter general, se refiere el art. 403.1 de la LEC, viene a reproducir el tenor literal del derogado art. 127.2 del CC, endureciendo, si cabe, la exigencia de este requisito *procesal* (38). En

---

da y contestación, posibilitando que la contestación reúna los requisitos contemplados en el art. 405 de la LECiv, que serían de difícil cumplimentación por el adversario si en la demanda sólo se contuviese la indicación de las circunstancias personales de las partes y la fijación, con claridad y precisión, de lo que se pide, únicos contenidos exigibles *ex art.* 437.1 de la LECiv para la demanda en el juicio verbal (cfr. GONZÁLEZ POVEDA, P.: «Procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», en *Ley de Enjuiciamiento Civil* [J. M. Martínez-Pardo / D. Loscertales Fuertes, Coords.], Ed. Sepin, Madrid, 2000, pág. 1493). A mi juicio no existe apoyo legal suficiente en que fundar esta exigencia, lo que en absoluto obsta que el demandante, si así lo estima conveniente o lo desea, pueda redactar una demanda al modo del juicio ordinario, como, con carácter general, afirma V. MORENO CATENA («Prólogo» a *Ley de Enjuiciamiento Civil (Texto íntegro de la Ley 1/2000, de 7 de enero, con legislación complementaria)*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 19).

(38) La naturaleza procesal de este requisito ha sido declarada en reiteradas ocasiones por el TS: «*El párrafo segundo del art. 127 CC contiene una norma de significación y alcance procesal en cuanto establece una exigencia de procedibilidad en orden a la admisión a trámite de las demandas sobre filiación, que se refleja en la necesidad de presentar con las mismas un principio de prueba de los hechos en que se fundan*» (STS 16 de enero de 1999 [RJ 1999\38]). En el mismo sentido se pronuncia el TS en las Sentencias de 28 de diciembre de 1998 [RJ 1998\10156], de 19 de enero de 1990 [RJ 1990\15] y de 21 de diciembre de 1989 [RJ 1989\8857] (*vid.* el comentario de esta última realizado por F. RIVERO HERNÁNDEZ, CCJC, núm. 22, enero/marzo de 1990, págs. 185 a 194, § 581). La importancia que reviste la determinación de la naturaleza de este requisito de procedibilidad se manifestaba bajo la vigencia de la LECiv de 1881 a efectos del recurso de casación (que habría de fundamentarse en el núm. 3º o en el núm. 4º del art. 1692 de la LECiv\1881, en función de la naturaleza procesal o substantiva que se atribuyese al requisito que nos ocupa) y, tanto antes como ahora, en relación con las competencias legislativas en materia civil de las CCAA. En efecto, algunas CC AA han asumido estatutariamente competencias legislativas en materias de Derecho civil al amparo de la previsión del art. 149.1.8ª de la CE lo que las ha habilitado, de acuerdo con la doctrina del TC, para legislar en materias civiles conexas con aquéllas que constituyesen su entramado institucional propio en el momento de entrada en vigor de la CE de 1978, mientras que en el ámbito de la legislación procesal, salvo en las especialidades que necesariamente se deriven de su Derecho civil propio, las CCAA no pueden asumir competencias legislativas, reservadas en exclusiva al Estado *ex art.* 149.1.6 de la CE. Pues bien, algunas CC AA han promulgado una legislación propia en materia de filiación (caso de Navarra o de Cataluña). Si el requisito de la presentación de un principio de prueba con la demanda de reclamación o de impugnación de la filiación tuviese una naturaleza estrictamente civil o substantiva, como engañosamente podría dar a entender su ubicación sistemática en el CC antes de la entrada en vigor de la LECiv/2000, las CCAA con competencias para legislar en materia de filiación podrían suprimirlo por el mero hecho de no exigirlo ex-

efecto, mientras que el precepto derogado decía simplemente «*el juez no admitirá...*», el núm. 1 del art. 767 de la LECiv precisa, con mayor énfasis, que sin aportar un principio de prueba con la demanda, ésta no se

---

presamente, mientras que tal posibilidad les resultaría vedada si la naturaleza del mismo es procesal y no se considerarse una exigencia procesal de la legislación civil propia de la CA aplicando el restrictivo concepto aplicado por el TC en la Sentencia 127/1999, de 1 de julio (*vid.* BUSTO LAGO, J. M.: «Competencias legislativas de las Comunidades Autónomas sobre las “necesarias especialidades” procesales que se deriven de su Derecho propio (Comentario a la STC 127/1999, de 1 de julio)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, págs. 81 y ss.; y, de nuevo sobre esta misma cuestión, *ibidem*, «Ámbito de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de Derecho civil: especialidades en la regulación autonómica del recurso de casación en materia de Derecho civil propio de Galicia (A propósito de la STC 47/2004, de 25 de marzo)», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 18, enero/diciembre de 2004, especialmente las págs. 92 a 100) y, en cualquier caso se requeriría su supresión expresa. En Navarra la exigencia no se presenta problemática pues se contempla en términos prácticamente idénticos a los previstos en el Derecho territorial común, en la Ley el pf. 1º de la Ley 70 de la CDCFN, tras la reforma de la que ha sido objeto por la Ley foral 5/1987, de 1 de abril. Sin embargo, en Cataluña, las dudas creadas con la previsión del requisito que nos ocupa por el legislador estatal en 1981, dada la parquedad de las normas sobre filiación contenidas en la CDC de 1960 y la supletoriedad del CC (DF 2ª de la CDC) y no despejadas por la reforma de la Compilación llevada a cabo 1984, tras la promulgación de la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, *de filiacions* (actualmente Título IV de la Ley 9/1998, del *Codi de Família*, que toma como referencia la Ley 7/1991) han sido despejadas por la generalidad de la doctrina catalana en sentido de no considerar aplicable el requisito de aportación del principio de prueba con la demanda para el ejercicio de las acciones de filiación para cuyo conocimiento sean competentes los tribunales de aquella CA y resuelvan aplicando el Derecho catalán (entre otros, en este sentido se han pronunciado, PUIG I FERRIOL, LL.: «La filiació», en *Institucions del Dret civil de Catalunya* [PUIG I FERRIOL / ROCA I TRÍAS], Vol. III (*Dret de la persona y Dret de família*), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998 [5ª edic.], pág. 79; GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de familia (Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil)*, Ed. M. Pons, Madrid / Barcelona, 1999, pág. 388; TORRELLES TORREA, E.: «Las acciones de filiación», en *Derecho de familia (Análisis desde el Derecho catalán)* [C. MALQUER DE MOTES, Coord.], Ed. Bosch, SA, Barcelona, 2000, pág. 331; GETE-ALONSO y CALERA, Mª del C.: «Comentarios a los artículos 4, 5 y 6 de la CDCC», en *Comentarios a las reformas del Pret Civil de Catalunya*, Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 127). Los argumentos aportados en este sentido son recogidos por RIVERO HERNÁNDEZ («Incidencia de la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero 2000 en el ejercicio procesal de las acciones de filiación», *RJC*, 2000-IV, especialmente las págs. 981 a 983): 1º) En la fase de tramitación parlamentaria del *Codi de Família*, el Grupo Parlamentario de IC-EV propuso una enmienda (la núm. 366) al Proyecto, mediante la que precisamente se pretendía introducir un segundo párrafo en el art. 98, cuyo contenido era el establecimiento expreso de la exigencia de aportar con la demanda de filiación un principio de prueba de los hechos en los que se fundamentase, de manera que, si no se aportaba, el juez no la admitiría en ningún caso. El hecho de que esta enmienda no prosperase es indicio claro de la voluntad del legislador catalán de no contemplar este requisito. 2º) La tradición de la generalidad de la doctrina catalana que, tanto antes como

admitirá «*en ningún caso*», aunque, en el fondo, la nueva redacción no entraña modificación substancial alguna de su contenido. Con ella se vuelve a una fórmula de mayor contundencia que había sido rechazada en el Dictamen de la Comisión en la fase de tramitación parlamentaria de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por mor de las críticas suscitadas por la previsión de esta cautela (39).

La finalidad del establecimiento de este requisito de procedibilidad, que tiene sus orígenes en la jurisprudencia suiza de la década de los años treinta del siglo XX, ejerciendo su influencia en otros Ordenamientos jurídicos comparados, como ocurrió con la legislación italiana al incorporarse en el art. 274 del *Codice civile* de 1942 el juicio previo sobre la admisibilidad de la acción de reclamación de la paternidad o de la maternidad (40), es la de evitar que se promuevan demandas sobre

---

después de la reforma de la Compilación en 1984, como después de la promulgación de la *Llei de Filiacions* de 1991, ha considerado que la introducción de este requisito contrariaba el principio propio del Derecho histórico de Cataluña de libre investigación de la paternidad que nunca encontró restricciones de tipo procesal o de naturaleza análoga al requisito contemplado en el art. 764.2 de la LECiv. En el mismo sentido que la doctrina, el TSJ de Cataluña ha considerado que a partir de la vigencia de la Ley catalana de filiaciones no hay duda de que el art. 127.2 del CC (actual art. 764.2 de la LECiv) no es aplicable en Cataluña por no estar recogido en la Ley, autónoma y autosuficiente y que, por lo tanto, no requiere de heterointegración en este aspecto, y *ser opuesto a los principios generales del Ordenamiento jurídico catalán* (SSTSJ de Cataluña, de 19 de junio de 1997 [RJ 1997\6359], de 27 de julio de 1998, de 12 de noviembre de 1998 [RJ 1999\1339] y de 31 de enero de 2000 [RJ 2001\8159]). El ATC 245/2000, de 26 de octubre, consideró que la no exigencia del principio de procedibilidad que nos ocupa «*es el resultado de una interpretación, razonada y fundada en Derecho, de lo dispuesto en los arts. 10 a 18 de la meritada Ley autonómica [LF 1991]*». Examinados los argumentos aportados a la luz de la LECiv/2000, RIVERO afirma que si bien la introducción de un requisito de procedibilidad como el que nos ocupa no parece interferir en el principio de libre investigación de la paternidad ni, por lo tanto, ser contrario al mandato constitucional contenido en el art. 39.2 de la CE, «*el mero silencio actual del legislador, que no exige principio de prueba, interpretado en el contexto del principio de libre investigación de la paternidad, sin restricción alguna (salvo las explicitadas: legitimaciones, caducidad de la acción), más el dato aludido de que no prosperara la enmienda legislativa de introducir ese requisito de procedibilidad, pueden ser argumentos eficaces en el sentido de una clara voluntad del legislador contraria a esa norma y, en consecuencia, de su no exigencia y de no aplicación ahora del precepto de referencia, máxime en un sistema jurídico al que ha sido siempre ajeno dicho requisito complementario para accionar*» (op. ult. cit., pág. 983 y nota núm. 30; *ibidem*, *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, op. cit., págs. 91 y 92).

(39) BOCG de 1 de diciembre de 1980. El texto originario del que luego sería el art. 127.2 del CC en el Proyecto de Ley era el siguiente: «*El Juez rechazará de plano la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba suficiente de los hechos en que se funde*».

(40) Resulta de especial interés en relación con este precepto la Sentencia de la Corte costituzionale italiana n. 341, de 20 de julio de 1990 (*Foro italiano*, 1992, I, 25, con nota de P. FORMICA) en la que se ha declarado la inconstitucionalidad del pf. 1º del mismo,

filiación que no tengan signos objetivos de verosimilitud: «*un filtro para impedir demandas absolutamente infundadas o caprichosas*» (STS de 28 de abril de 1994 [RJ 1994\2977]) o «*un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad que abre la Constitución*» (STS de 3 de diciembre de 1991 [RJ 1991\8909]), en expresiones utilizadas por el TS, limitando el ejercicio de acciones de este tipo que tienen una evidente repercusión social (de «*escandalosas*» las ha llegado a calificar algún autor (41), evitando que se puedan crear injustos y gratuitos problemas a personas y familias, cuando no la coacción o el chantaje (42).

Por «*principio de prueba*» ha de entenderse todo aquello que acredite la seriedad de la pretensión que se ejercita: la relación de datos, situaciones o acontecimientos que indiciariamente aporten rasgos de verosimilitud y de fundamentos a la pretensión según el caso, sin que sea exigible que llegue a tener la entidad de una prueba, en el concepto técnico jurídico propio de este concepto ya que ello supondría adelantar un paso procedimental fijado por las leyes procesales, al tiempo que no se requiere porque en atención al principio de prueba aportado no se va a dictar ninguna resolución que afecte al fondo del asunto (43). Basta acreditar la probabilidad de la filiación que se pretende, pues la veracidad o la falsedad se decidirán en el proceso. En efecto, no ha de olvidarse que lo que el precepto exige no es la prueba, sino un «*principio de prueba*» que genere en el juez la convicción de la razonabilidad objetiva de la pretensión que se formule y de la verosimilitud y probabilidad de que los hechos que se narran en la demanda y en los que ésta se fundan son ciertos.

La prueba aportada puede ser de cualquier tipo, sin que necesariamente haya de tratarse de la prueba de los hechos tipificados como indi-

---

por violación de los arts. 3 y 30 de la Constitución italiana en cuanto que no subordina la admisibilidad de la acción para la declaración judicial de paternidad o de maternidad natural, además de a la concurrencia específica de circunstancias que la hagan aparecer como justificada, también a la condición de que se valore su correspondencia con el interés del menor afectado.

(41) SANCHO REBULLIDA, F. de A.: «Comentario de la Ley 71 de la CDCFN», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo, Dir.), T. XXXVI, Vol. 1º (Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra), EDERSA, Madrid, 1990, pág. 367.

(42) RIVERO HERÁNDEZ, F.: «Comentario del artículo 127 del CC», en *Comentario del Código civil* (PAZ-ARES / BERCOVITZ / DíEZ-PICAZO / SALVADOR CODERCH, Dirs.), Vol. I, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 483.

(43) CARBAJO GONZÁLEZ, J.: *Las acciones de reclamación de la filiación*, op. cit., págs. 112 y 113.

cios cuya acreditación permite, *ex art. 767 de la LECiv*, declarar probado el hecho presunto de la filiación (a diferencia, *v.gr.*, del sistema tasado que contempla la Ley 71 de la CDCFN) (44): parecido físico fundado entre el hijo y el presunto progenitor, indicios de trato afectivo reveladores de una relación paterno-filial, cualquier tipo de reconocimiento no formal, etc.

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado este requisito de procedibilidad de forma generosa —hasta llegar a desnaturalizarlo (45)— y ello porque una interpretación estricta o restrictiva del mismo podría suponer su tacha de inconstitucional al impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva acogido en el art. 24 CE y suponer un obstáculo a la investigación de la paternidad que garantiza el art. 39.2 del propio texto constitucional de 1978. En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ pone de manifiesto que denegar la tramitación de la demanda porque en el momento de presentarla no se haya podido ofrecer la prueba acerca de la probable y razonable veracidad de los hechos en los que se funda, cuando en el procedimiento posterior sería posible probar los hechos constitutivos mediante pruebas casi infalibles como son las biológicas, puede suponer una denegación del acceso a la justicia en casos concretos y determinados. Por ello, considera imprescindible que los jueces interpreten de la forma más favorable para el demandante los términos del art. 767.1 de la LECiv (46). Por otra parte, cuando existe una colisión de derechos protegibles contrapuestos como en este caso —el derecho del hijo a conocer la identidad de sus progenitores y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de los presuntos padres—, el Juez debe pronunciarse en el sentido que mejor proteja el interés del hijo —sobre todo si es menor—, lo que implica un pronunciamiento a favor de la admisión de la demanda en los casos dudosos (47).

Esta interpretación laxa del requisito ha sido acogida hasta la fecha por la jurisprudencia que ha interpretado el derogado art. 127.2 del CC, llegando a entender cumplido el requisito con el mero ofrecimiento de

---

(44) *Vid.*, ampliamente, SANCHO REBULLIDA, F. de A.: «Comentario de la Ley 71 de la CDCFN», *op. cit.*, págs. 351 y ss.

(45) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Investigación de la paternidad (Acciones de filiación. Acciones de investigación de la paternidad. Prueba biológica)*, *op. cit.*, pág. 72.

(46) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «Los procesos de paternidad y filiación», en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (V. Cortés / V. Moreno, coords.), T. V (*Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades*), Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 115.

(47) En este sentido, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «Comentario de los artículos 127 a 130 del CC», *op. cit.* (2ª edic.), págs. 535 y ss.; CUADRADO IGLESIAS, M.: «La investigación de la paternidad y la maternidad», en *Centenario del Código civil*, Vol. I, Ed. CEURA-APDC, Madrid, 1990, pág. 612.



pruebas a realizar en el momento procesal oportuno (48). Resulta paradigmática en este sentido la STS de 20 de octubre de 1993 [RJ 1993/7752]:

*«La jurisprudencia de esta Sala es abundante y pacífica, aclarando que, respecto a “este principio de prueba”, cabe sostener una interpretación «espiritualizada», entendiéndose 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 la razonabilidad de la demanda. El requisito procesal del núm. 2.º del art. 127 del Código Civil 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 Española (RCL 1987\8396), 21-12-1989 (RJ 1989\8857), 19-1-1990 (RJ 1990\15), 3-12-1991 (RJ 1991\8909), etc.]. 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, como pretende el recurrente».*

En términos similares se pronuncian, entre otras, las más recientes Sentencias del TS de 26 de junio de 1999 [RJ 1999\4564], de 22 de marzo de 1999 [RJ 1999\1663] y de 28 de diciembre de 2001 [RJ 2002\3095].

Por otra parte, pese a que el precepto literalmente exige la aportación de un principio de prueba de los «hechos en que se funda la demanda», la jurisprudencia admite que el requisito se cumple si aporta prueba no sólo sobre el hecho de la filiación, sino también sobre la probabilidad de que en el momento de la concepción fuese posible la cohabitación, sin que a estos efectos se exija la prueba de la convivencia en ese momento temporal (STS de 20 de octubre de 1993 [RJ 1993\7752]). Esta interpretación laxa del requisito que se comenta parece abogar también por la idoneidad probatoria a estos efectos de todos los medios contemplados en la LECiv. Sin embargo, algún autor —CORTÉS DOMÍNGUEZ— considera que, como la prueba acerca de la razonabilidad y verosimilitud de los hechos en los que se funda la de-

---

(48) Expresamente en este sentido, en la doctrina, DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV (*Derecho de familia. Derecho de sucesiones*), Ed. Tecnos, Madrid, 1997 (7ª edic.), pág. 274.



manda ha de aportarse con ésta, sólo cabe pensar en la idoneidad a estos efectos de la prueba documental (49). Esta interpretación se engarza con el hecho de que la LECiv de 1881 sólo posibilitaba que con la demanda se presentasen documentos y con el dato que se deriva del art. 266 de la vigente LECiv en el que se exige que la demanda de retracto se acompañe con «*documentos que constituyan un principio de prueba*» del título que se alega. Para quienes sostienen esta interpretación restrictiva de los medios probatorios que se pueden aportar con la demanda, sólo cabe pensar en la prueba de documentos como idóneo para este fin, sin que pueda ofrecerse información testifical sumaria. Eso sí, el término «*documento*» en este ámbito ha de ser interpretado en sentido amplio, como cualquier manifestación de pensamiento plasmado en un soporte adecuado, como pueden ser las fotografías, las películas, las cintas magnetofónicas, videomagnéticas, etc. A mi juicio, aun en esta interpretación estricta, creo que no puede dudarse de la posibilidad de aportar la pericia extrajudicial reflejada documentalmente.

En todo caso, aunque se admitiese esta interpretación restrictiva, las limitaciones derivadas de su admisión podrían salvarse fácilmente acudiendo al expediente dado por bueno en la STS de 6 de octubre de 1993 [RJ 1993\7306]. En ella se admitió como «*principio de prueba*» a efectos de cumplimentar las exigencias del art. 127.2 del CC, las manifestaciones de cinco personas recogidas en acta notarial declarando conocer las relaciones entre la pareja y ello, se dice, con fundamento en la doctrina jurisprudencial que resulta de la Sentencias del TS de 3 de noviembre de 1991 [RJ 1991\8909], a la que ahora procede añadir la de 7 de octubre de 1995 [RJ 1995\7180], en las que, ante la alegación del demandado de ausencia total de principio de prueba, se afirma que «*la verosimilitud del relato fáctico que sirve de apoyo a la pretensión actora surge de los documentos aportados con la demanda*».

Sin embargo, el TS, mantiene, también en este aspecto, la interpretación generosa del requisito que nos ocupa, habiendo admitido, a estos efectos, la prueba constituida por la declaración de dos personas aptas para atestiguar en la Sentencia de 28 de abril de 1994 [RJ 1994\2977]: «*Es reiterado el criterio de esta Sala conforme al cual el art. 127, párr. 2º sólo establece un filtro por impedir demandas absolutamente infundadas o capri-*

---

(49) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «Los procesos de paternidad y filiación», *op. cit.*, pág. 115. Expresamente en contra de esta interpretación se pronuncia, *v. gr.*, APARICIO AUÑÓN, E.: «Comentario al artículo 767 de la LECiv», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (A. M<sup>º</sup> Lorca Navarrete, Dir.), T. IV, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000 (2ª edic.), pág. 4.064.

chosas, que este filtro no impide admitir demandas en que haya un principio de prueba, y principio de prueba constituye la declaración, bien que unilateral y no sujeta a contradicción por efectuarse extrajudicialmente, de dos personas aptas para atestiguar. Y que en modo alguno puede hablar de indefensión quien tiene a su alcance los medios que el derecho le proporciona para oponerse a la demanda». En el mismo sentido se ha pronunciado en la Sentencia de 26 de junio de 1999 [RJ 1999\4564]. En consecuencia, la interpretación que del pf. 2º del art. 127 del CC ha hecho el TS ha sido tan laxa que ha admitido la validez, a efectos de considerar integrado este requisito, de la aportación de meras fotografías, las manifestaciones recogidas en acta notarial y la presentación de testigos, llegando a admitir la subsanación de la omisión de la aportación del principio de prueba con la demanda durante la tramitación del proceso.

En todo caso, resultan principios de prueba indiscutibles en orden a integrar el requisito establecido en el art. 767.1 de la LECiv, tratándose de una demanda de impugnación de la filiación, la existencia de una sentencia dictada en un proceso matrimonial en la que se declare el adulterio de la mujer o la cesación de la convivencia conyugal coincidiendo con la fecha de la concepción y la existencia de caracteres raciales en el hijo distintos a los que presenten sus progenitores. Tratándose de demandas de reclamación de la filiación, lo es cualquier documento del que se pueda inferir la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción o la convivencia de los padres (también la existencia de un pronunciamiento penal sobre violación o estupro), cartas o escritos del demandado, fotografías, movimientos bancarios, etc. —incluso la aportación de un acta notarial de manifestación (como, *v.gr.*, se admite en el supuesto contemplado por la STS de 7 de julio de 2003 [RJ 2003\4330])—, de los que razonablemente pueda deducirse la verosimilitud de la existencia de una relación paterno-filial. Pese a la interpretación laxa de que es objeto este requisito por jurisprudencia y doctrina, parece que ello no alcanza razonablemente a entenderlo cumplido por el mero hecho de alegar que los hechos en que se asienta la demanda «*se probarán en el momento procesal oportuno*» como, sin embargo, admitió la STS de 12 de noviembre de 1987 [RJ 1987\8396].

La apreciación de la suficiencia del principio de prueba aportado con la demanda es competencia exclusiva y privativa del órgano judicial. La inadmisión de la demanda por esta circunstancia habrá de acordarla el Juez mediante auto, de conformidad con lo establecido en el art. 206.2.2ª de la LECiv —se trata de una resolución sobre inadmisión de demanda—. Este auto de inadmisión puede ser recurrido de acuerdo

con las normas generales establecidas en la LECiv (50). No es posible plantear el recurso de reposición puesto que el art. 451 de la LECiv sólo lo permite contra las providencias y contra los autos «*no definitivos*» (51). Cabe el recurso de apelación, de acuerdo con el art. 455.1 de la LECiv, en el que se establece que los autos definitivos serán apelables en el plazo de cinco días, amparándose en la infracción de normas o de garantías procesales *ex* art. 459 LECiv. Por tratarse de un recurso de apelación contra un auto que inadmite una demanda por falta de requisitos que la ley exige para casos especiales (art. 767.1 LECiv), se tramitará de forma preferente (art. 455.3 de la LECiv) (52). En virtud de este recurso de apelación lo que se pretende es que, con arreglo a los fundamentos de hecho y de Derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, se revoque el auto de inadmisión y que, en su lugar, se dicte otro favorable al recurrente, mediante un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal (art. 456 de la LECiv).

La AP resolverá el recurso de apelación dirigido contra el auto de inadmisión de la acción de filiación mediante un nuevo auto. Frente a este nuevo auto cabría interponer el recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.3 de la LECiv («*Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión*»). No es posible acudir al recurso extraordinario de casación pues éste ha de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 de la LECiv) y en el caso que nos ocupa no ha llegado a plantearse el debate sobre éste aspecto.

La falta de la aportación del principio de prueba con la demanda, considerado como requisito procesal, puede hacerse valer por el demandado en el escrito de contestación a la demanda, de conformidad con lo que dispone el art. 405.3 de la LECiv, reiterando, en su caso, la

---

(50) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «Los procesos de paternidad y filiación», *op. cit.*, pág. 115. SSTS de 3 de diciembre de 1991 [RJ 1991\8909], de 20 de octubre de 1993 [RJ 1993\7752]; SSAP de Cádiz de 2 de noviembre de 1993 [AC 1993\2597]; de Sevilla de 1 de febrero de 1994 [AC 1994\236]; de Córdoba de 7 de septiembre de 1995 [AC 1995\1534] y de Barcelona de 8 de septiembre de 1995 [AC 1995\1716].

(51) No resulta de recibo la opinión de SANTOS BRIZ (SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica*, T. V, EDESA, Madrid, 1982, pág. 328) de que esta resolución no es definitiva en tanto que subsanados los defectos o pasado el tiempo la acción podrá volver a intentarse. Este parecer, compartido por CUADRADO («La investigación de la paternidad y la maternidad», *op. cit.*, pág. 613), fundaba que bajo la vigencia de la LECiv\1881 no cupiese recurso de casación frente al auto de inadmisión de la demanda.

(52) RUIZ MORENO, J. M<sup>o</sup>: *El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad*, *op. cit.*, pág. 107.

denuncia en el acto del juicio verbal como circunstancia que puede obstar la válida prosecución del proceso a que se refiere el art. 443.2 de la LECiv, relativo al desarrollo de la vista del juicio verbal. Si la excepción formulada por el demandado no fuese acogida en la primera instancia, habrá de ser reproducida en apelación en orden a que pueda interponerse, en su caso, el recurso extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con las previsiones del art. 469.3 de la LECiv (53).

Admitida la demanda de impugnación o de reclamación de la filiación acompañada del principio de prueba de que venimos ocupándonos, no se impide, en modo alguno que, en el juicio, la filiación se acredite por todos los medios de prueba de la misma, se correspondan o no con los hechos o circunstancias en función de los cuales se ha ejercitado la acción y en los que se fundamentaba el principio de prueba aportado con la demanda. Este dato es de importancia fundamental cuando en el momento de ejercitar la acción de filiación se puede acreditar algún hecho relevante en orden a la determinación de la filiación sin que para ello sea necesaria la cooperación del demandado pero, en el pleito, se puede completar esta prueba (54). El ejemplo paradigmático de lo que se acaba de afirmar es el constituido por la acción de reclamación de la paternidad ejercitada por el hijo o por la madre que no disponen de pruebas biológicas que acrediten la paternidad del demandado, pudiendo probar, en el momento de entablar la demanda, únicamente la convivencia de los progenitores durante el tiempo de la concepción. Admitida la demanda en atención a este principio de prueba aportado, en la fase de prueba se puede proponer la realización de la pericial biológica, con los resultados de cuya práctica o, en su caso, con la valoración de la negativa del demandado de someterse a la misma, el Juez puede fundar su criterio en orden a declarar o no la filiación reclamada.

*2. La doctrina de la STC 3/2005, de 17 de enero: ¿Supone la admisión a trámite de la demanda, acordar la prueba biológica de forma automática si ésta ha sido solicitada?*

Al inicio de este estudio señalaba que la doctrina que se deriva de la STC 3/2005, de 17 de enero, parece significar que, admitida a trámite un

---

(53) GONZÁLEZ POVEDA, P.: «Procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», *op. cit.*, pág. 1513.

(54) SANCHO REBULLIDA, F. de A.: «Comentario a la Ley 71 de la CDCFN», *op. cit.* (1990), pág. 367.

demanda de determinación o de impugnación de la filiación y solicitada por una parte procesal la práctica de una prueba biológica, ésta ha de ser admitida en todo caso, aun en orfandad de cualquier otra prueba que revista, al menos, el carácter de indiciaria y que permita justificar o avalar la admisión de su práctica. Una interpretación de este tenor — que ciertamente parece avalar el conocido principio de disponibilidad y de facilidad probatoria que ha venido a consagrar el art. 217.6 de la LE-Civ— unida a la doctrina jurisprudencial acerca del requisito de procedibilidad constituido por la aportación con la demanda del «*principio de prueba*» exigido *ex art.* 767.1 de la LECiv, que ha sido expuesta (*vid., supra*, § VI.1), supondría la admisión a trámite de la demanda de reclamación de la filiación en la que se ha ofrecido simplemente la práctica de pruebas en el momento procesal oportuno, sin que se hayan aportado con la demanda, de manera que, una vez admitida ésta y aun faltando indicios acerca de la posible filiación objeto de la *litis*, el demandado se verá constreñido a someterse a la prueba biológica que se proponga por la contraparte, si no quiere que la negativa le perjudique, aun en ausencia de otras pruebas indiciarias. Por esta razón, la consolidación de aquella doctrina jurisprudencial tendría que estar acompañada de una revisión de la interpretación del referido requisito de procedibilidad, de manera que no se estimase suficiente el ofrecimiento de prueba para ser practicada en el momento procesal oportuno, y de manera que fuese revisable, en cuanto al fondo y al carácter del «*principio de prueba*» aportado, la resolución de admisión a trámite de las demandas ejercitando acciones de determinación o de impugnación de la filiación. De no producirse esta revisión de la doctrina jurisprudencial —avalada en buena medida por la doctrina de los autores—, la doctrina que parece resultar de la STC 3/2005, de 17 de enero, sería difícil de cohonestar con la que resulta de la STC 29/2005, de 14 de febrero, y que representa la línea doctrinal y jurisprudencial clásica o tradicional en materia de valoración de la prueba en el caso de la negativa, aislada de cualquier otro indicio, al sometimiento a una prueba pericial biológica. Sin perjuicio de lo afirmado, la doctrina de la STC 3/2005, de 17 de enero, ha de reputarse adecuada en supuestos de suficiencia de la prueba indiciaria aportada con la demanda en virtud de la que se ejercita una acción de filiación, como sucede en el caso contemplado por la ya citada STS de 2 de julio de 2004 [RJ 2004\5453].