

LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LAS SSTC 138/2005, DE 26 DE MAYO, Y 156/2005, DE 9 DE JUNIO

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

I. LA PLASMACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.—II. LA PRÁCTICA DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN. 1. *Tipología de casos*. 2. *La negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas. Su relación con la exigencia de un principio de prueba. La necesidad de nombrar defensor judicial al menor demandado*. 3. *La reclamación de la paternidad no matrimonial por el sedicente progenitor sin posesión de estado*. 4. *Impugnación de la paternidad matrimonial por no ser conforme con la realidad biológica*. 5. *Impugnación de los reconocimientos de complacencia*. 6. *Conclusión*.—III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 136 CC. 1. *Ámbito de aplicación. En particular, los supuestos de presumible concepción antenupcial*. 2. *Supuestos en los que pensó el legislador al fijar el plazo para impugnar*. 3. *Evolución de la doctrina jurisprudencial*. 4. *La arbitrariedad del nuevo dies a quo*.—IV. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 136 CC. 1. *Las Sentencias de 26 de mayo y 9 de junio de 2005*. 2. *El artículo 136.1 no vulnera el principio de igualdad en la ley*. A) *La impugnación de la filiación determinada en virtud de presunción de paternidad versus la impugnación del reconocimiento de filiación por vicios del consentimiento*. B) *Otros posibles términos de comparación*. 3. *El artículo 136.1 vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el mandato del legislador de posibilitar la investigación de la paternidad*. A) *Razones*. B) *Crítica: se parte de una premisa discutible*. 4. *El artículo 136.1 es inconstitucional pero no nulo, y no cabe una interpretación secundum constitutionem*.—V. UN ANTECEDENTE DE DERECHO COMPARADO: EL CASO ITALIANO. 1. *Las Sentencias de la Corte Costituzionale de 6 de mayo de 1985 y 14 de mayo de 1999*. 2. *La solución italiana no es trasladable a nuestro Derecho común*.—VI. TRASCENDENCIA DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A OTRAS NORMAS.

RESUMEN

Una crítica razonada a la reciente declaración de inconstitucionalidad del artículo 136, párrafo primero, del Código Civil debe pasar por el estudio del sistema de filiación en que se inserta el precepto, que responde a un determinado entendimiento legal de los principios constitucionales relevantes en sede de filiación, y del desarrollo jurisprudencial de dicho sistema, bastante

apartado de la literalidad legal. En particular, la falta de previsión por el legislador del conocimiento de la falsedad de la paternidad atribuida al marido, para dar inicio al plazo de caducidad para impugnar tal paternidad, fue contestada por una corriente jurisprudencial, y ha sido considerada ahora por el Tribunal Constitucional contraria a la tutela judicial efectiva, aunque no al principio de igualdad. Ambas declaraciones de nuestro Alto Tribunal, cuyos pronunciamientos sobre el tema tienen un antecedente en sendas sentencias de la Corte Costituzionale italiana, son susceptibles de crítica.

PALABRAS CLAVE: Filiación, impugnación de la paternidad matrimonial, investigación de la paternidad, tutela judicial efectiva, principio de igualdad, legitimación activa, caducidad de la acción de impugnación, inconstitucionalidad del dies a quo establecido.

ABSTRACT

A reasoned critique of the recent declaration that article 136, paragraph one of the Civil Code is unconstitutional should include a study of the system of filiation in relation to which this precept is to be understood. It responds to a specific legal understanding of the relevant constitutional principles with respect to filiation, and the jurisdictional ramifications of said system, which is quite distant from a literal reading of legal texts. In particular, there was a tendency in jurisprudence to contest the failure of the legislature to contemplate a moment at which a husband could claim false paternity, from which to initiate a period of expiry during which said paternity can be refuted. The Constitutional Court has now deemed this to be contrary to effective judicial protection, albeit not to the principle of equality. Both the resolutions from our High Court, whose pronouncements on the matter have precedents in two rulings from the Italian Constitutional Court, are open to criticism.

KEY WORDS: Filiation; challenge of paternity within marriage; investigation into paternity; effective judicial protection; principle of equality; active legitimation; expiry of proceedings for refutation; inconstitutionality of the established *dies a quo*.

I. LA PLASMACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Para valorar adecuadamente la incidencia que los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional van a tener en las acciones de filiación reguladas en el Código civil debemos partir, precisamente, de tal regulación. El legislador de 1981, al reformar el régimen de la filiación codificado para sintonizarlo con los principios constitucionales (en particular, la igualdad, la tutela judicial efectiva, la protección de los hijos y la libre investigación de la paternidad —artículos 14, 24 y 39 de la Constitución, respectivamente—), entendió que estos principios, de acuerdo con la realidad social del tiempo en que se actuaba, debían concretarse, entre otras, en las siguientes reglas:

1.º Los hijos, matrimoniales o no matrimoniales, tienen los mismos derechos una vez determinada su filiación (artículo 108 *in fine* CC, que no obstante matiza la igualdad de efectos de las filiaciones «conforme a las disposiciones de este Código») (1).

2.º La existencia o no de matrimonio entre los progenitores tiene trascendencia en la determinación extrajudicial de la paternidad, presumiéndose ésta en el primer caso si el hijo nace dentro de unos determinados plazos (artículos 116 y 117 CC) mientras que, en el segundo, se requiere el reconocimiento del progenitor (artículo 120.1.º CC) y, como regla general, la aceptación de tal reconocimiento por el hijo (artículo 123 CC) o quienes le sustituyan en tal decisión (representante legal, juez, descendientes —vid. artículos 124 y 126 CC—) (2).

3.º Si la verdadera filiación no hubiese quedado determinada extrajudicialmente, su reclamación ante los Tribunales puede intentarse en todo caso, y durante toda su vida, por el hijo, aunque ello suponga impugnar la filiación contradictoria ya inatacable por sí sola por haber transcurrido los plazos de caducidad para dicha impugnación sin simultánea reclamación (así se deduce de los artículos 131 a 134 CC). En cambio, el progenitor que no esté casado con la madre de la persona respecto de la que quiere figurar como padre, carece de legitimación activa para reclamar su paternidad si falta la respectiva posesión de estado (no ha habido trato paterno-filial, ni estimación social de que dicha relación paterno-filial existe, ni, lo que sería menos relevante, identificación del hijo por los datos del que se dice padre) (3). El artículo 133 CC no concede esta legitimación, a diferencia del artículo 132, aplicable cuando se reclama una filiación matrimonial, y del artículo 131, cuando la filiación reclamada coincide con la vivida (hay posesión de estado). Esto es, el espíritu del Código civil es que cuando no se da posesión de estado, la paternidad sólo puede establecerse si así lo quiere el

(1) El precepto tiene en cuenta el distinto derecho de usufructo del cónyuge viudo cuando los herederos forzosos son hijos sólo de su consorte, concebidos constante el matrimonio de ambos (arts. 837.II y 840 CC).

(2) La paternidad no matrimonial puede quedar también determinada por resolución recaída en expediente registral (art. 120.2.º CC), que a tenor de las circunstancias que le pueden servir de fundamento requiere en última instancia la voluntad conforme del progenitor (según el art. 49.II de la Ley del Registro Civil ha de presentarse un escrito indubitado del progenitor en el que expresamente reconozca la filiación o justificar la existencia de posesión de estado de hijo no matrimonial). Este procedimiento es útil cuando el progenitor ya ha fallecido.

(3) No hay, en resumen, ni *tractatus*, ni *fama*, ni *nomen*, los tres elementos clásicos de la posesión de estado.

hijo afectado (que aceptaría el reconocimiento paterno *ex* artículo 123), o su madre o representante legal (haciendo lo propio *ex* artículo 124, que también prevé el recurso a la aprobación judicial).

4.º A diferencia de la impugnación de la maternidad matrimonial por la madre, que parece que puede ejercerse en cualquier tiempo justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo (artículo 139 CC) (4), la impugnación de las paternidades biológicamente inveraces, pero asumidas durante un tiempo por el progenitor de modo que se ha dado públicamente al hijo el nombre y el tratamiento de tal, queda vedada a todos, incluso al hijo, transcurrido un determinado término (salvo que a la vez se busque la determinación de la paternidad biológicamente veraz —artículo 134 CC—). El marido no puede impugnar su paternidad pasado un año desde la inscripción de nacimiento, una vez conocido éste (artículo 136 CC). El hijo no puede impugnar la paternidad matrimonial más allá del año posterior a la inscripción de nacimiento o, como será lo habitual, a su mayoría de edad o plena capacidad si tal inscripción se hubiera producido antes (artículo 137 CC, que por el contrario, en su último párrafo, declara imprescriptible la acción de impugnación si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial); salvo que pretenda a la vez que quede determinada la verdadera filiación (5) (artículos 131 a

(4) Se trata ésta de una norma poco o nada meditada (no se contenía en el Proyecto de la Ley y carece de antecedentes en Derecho comparado), claramente desdichada, como con acierto la califica DE LA CÁMARA, autor que plantea las oscuridades que un precepto tan breve esconde (vid. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo III, volumen 1, ed. Edersa, 1984, pp. 879 y ss.). Por ejemplo, su tenor no distingue si la maternidad es matrimonial o no matrimonial, aunque hay razones sistemáticas para defender que sólo se refiere a la matrimonial, quedando la impugnación de la maternidad no matrimonial regulada en el artículo 140 CC (lo que no hay son razones justificadas para establecer esta distinta reglamentación). El precepto viene a admitir, por otra parte, que la mujer que ha cometido el delito de suposición del parto o de sustitución de un niño por otro, pueda impugnar en cualquier momento esa maternidad yendo contra sus propios actos. Habría que añadir que en casos de error hospitalario en la identificación del hijo, y a pesar de la estabilidad con la que se habrá vivido la relación de filiación hasta el descubrimiento de dicho error, se pone en manos de la madre la facultad de acabar con todos los lazos protectores que unían al menor con ella y con su marido. La imprescriptibilidad de la acción, en cualquier caso, no se cohonestaba con el principio de seguridad jurídica que informa las acciones de impugnación cuando la filiación va acompañada de posesión de estado. La doctrina se halla dividida en este punto de la imprescriptibilidad o caducidad de la acción, aplicando analógicamente los artículos 136 y 140 CC (vid. RIVERO, «Artículo 139», en *Comentarios al Código Civil*, coord. J. Rams, tomo II, volumen 2.º, J.M. Bosch editores, 2000, p. 1374).

(5) Como ocurrió en el caso de la STS de 1 de julio de 2004 (RJA 2004, 4654), actuando la madre en nombre de su hijo menor de edad y no existiendo posesión de esta-

134 CC). Si la paternidad determinada es no matrimonial, por no estar casados entre sí los progenitores, la acción para impugnarla puede interponerse por el que figura como padre o por el que figura como hijo en los cuatro años posteriores a la inscripción del nacimiento, gozando de posesión de estado; plazo que se reabre por un año más, si el hijo es menor o incapaz, cuando éste alcanza la plena capacidad (artículo 140 CC, que en su primer párrafo calla, significativamente, sobre el plazo de ejercicio de la acción cuando falta en las relaciones familiares la posesión de estado) (6).

Resumiendo lo hasta aquí dicho en tres asertos, tendríamos que el legislador quiso instaurar la igualdad de efectos de la filiación determinada, concederle al hijo legitimación para buscar la verdadera filiación durante toda su vida e impedir, tanto a hijos como a progenitores, la impugnación de la filiación vivida, aun falsa biológicamente, transcurrido un plazo de tiempo desde su determinación. El principio de igualdad del artículo 14 CE informó, pues, las consecuencias de la determinación de la filiación (no la determinación ni la impugnación de la filiación); la investigación de la paternidad, que debía posibilitar el legislador por mandato del artículo 39 CE, se entendió esencial para los hijos, pero no para los progenitores; y el principio de seguridad jurídica, proclamado por el artículo 9.3 CE, pesó más que la constancia de la verdadera filiación una vez que se ha vivido pacíficamente una relación paterno-filial.

Las costumbres relativas a la familia han cambiado notablemente en muy poco tiempo, lo que dejó pronto obsoleta una regulación muy liberal en su momento (más que la que disfrutaban nuestros vecinos franceses o italianos) y llevó a la jurisprudencia, como veremos inmediatamente, a transitar derroteros distintos a los marcados por el legislador. Por ejemplo, las parejas de hecho estables son una realidad extendida y asumida por la sociedad, que debería contemplarse para fa-

do de paternidad matrimonial, y en el de la STS de 2 de julio de 2004 (RJA 2004, 5452), actuando la hija nacida en 1959. En ambos casos, se reclama a la vez la declaración de heredera de la hija respecto de la herencia del que se considera verdadero progenitor, ya fallecido.

(6) En el *Codi di Família* catalán de 1998 sí se ha tenido en cuenta, a la hora de regular las acciones de impugnación por defecto de veracidad, el descubrimiento de las pruebas en que se basa la demanda, ya impugne la paternidad el marido, el madre o el hijo —que son los tres legitimados para ello— (vid. artículos 106 a 109), o ya impugne la maternidad, en el plazo concedido para ello, la madre o las otras personas afectadas (artículo 112, que concede una acción imprescriptible al hijo para impugnar la maternidad).

cilitar la determinación de la paternidad por medio de una presunción similar a la clásica presunción *pater is est*, como ha hecho el legislador catalán (7). Esta normalidad con la que se aceptan estructuras familiares no sustentadas en el matrimonio (8) choca, por otra parte, con la frontera trazada por el legislador entre las acciones que afectan a la filiación matrimonial y las que atañen a la no matrimonial (compárense los artículos 132 y 133, por lo que respecta a la distinta legitimación activa para procurar la determinación de la filiación, y los artículos 136, 137 y 140, que regulan de forma diversa los plazos de impugnación dependiendo de si la filiación es matrimonial o no matrimonial) (9). Por no hablar de los vertiginosos avances en la identificación genética de las personas, que ha convertido a las pruebas biológicas en absolutamente (o casi) fiables para negar o afirmar la paternidad. Ahora, cualquier varón puede acabar fácilmente con la duda sobre la verdadera paternidad que ha atormentado históricamente a sus congéneres.

Junto con las demandas sociales de reforma del régimen jurídico de la filiación, nos encontramos con la requerida por la interpretación del artículo 136 CC que el Tribunal Constitucional acaba de hacer pública en

(7) Vid. el artículo 94 del *Codi de Família*. El profesor Rivero sostiene razonadamente que esta presunción puede hacerse valer fuera del proceso, en el ámbito del Registro Civil, probando los hechos en que se basa (convivencia o relaciones sexuales en el período de la concepción o reconocimiento aformal de la paternidad). Así, la escritura pública en que se haya formalizado una unión estable de pareja es prueba suficiente de la convivencia *more uxorio* y tiene acceso directo al Registro (RIVERO, «Article 94», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella y a la Llei de situacions conviencials d'ajuda mútua*, dir. J. Egea y J. Ferrer, Tecnos, 2000, p. 462).

(8) Repárese en el título con el que encabezaba un reciente reportaje sobre la familia *El País Semanal* del domingo 9 de octubre de 2005: «La revolución familiar. Siete maneras de entender la familia en el momento más diverso de su historia». Por su páginas desfilan (y mantengo los nombres con que se designan los distintos modelos) una familia reconstituida, en la que se mezclan hijos de distintos padres, una familia homoparental (compuesta por una pareja de lesbianas y los dos hijos de una de ellas), una familia nuclear clásica, una familia extensa «evolucionada» (pues no falta una hija separada y una nieta que vive en pareja, sin casarse), una familia monoparental (la madre y su hija tenida gracias a las técnicas de reproducción asistida), una familia biológica/adoptiva (la hija pequeña es adoptada) y una familia mestiza.

(9) He defendido en otro lugar que no es conforme con el principio de igualdad que el artículo 132 CC sí conceda legitimación al progenitor matrimonial para reclamar su filiación, aun sin posesión de estado, mientras que no haga lo propio el artículo 133 CC (QUICIOS, «Legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial según el Código Civil» (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1997), en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 11, 1997, pp. 436 a 438). No lo ha entendido así, sin embargo, el Tribunal Constitucional, que ha declarado inconstitucional el artículo 133 CC por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva pero no el derecho a la igualdad ante la Ley (vid. los Fundamentos de Derecho 3º y 4º de la STC 273/2005, de 27 de octubre).

dos resoluciones atinentes a cuestión tan esencial como la impugnación de la paternidad matrimonial, y que por lo menos cabe considerar discutible. En las Sentencias 138 y 156 de 2005 ha declarado inconstitucional la omisión en el precepto del día en que el marido tuvo conocimiento de su falsa paternidad, como *dies a quo* del plazo establecido para ejercer la acción de impugnación. El legislador de 1981 que redactó el artículo 136 CC desarrolló mal, en opinión de la mayoría de los magistrados, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de la libre investigación de la paternidad. Y también erró el legislador de 1981 al regular la legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial sin posesión de estado, según el sentir mayoritario del Pleno del Tribunal Constitucional expresado en el STC 273/2005, de 27 de octubre, pues «la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción (10).

La declaración de inconstitucionalidad del art. 136 CE es de una enorme relevancia por dos motivos. Primero, porque condiciona absolutamente el régimen legal futuro de la filiación, que deberá dar primacía a la verdad biológica a costa de cualquier otro interés. Segundo, porque mientras tanto todo el régimen codificado de las acciones de impugnación de la filiación debe ser releído coherentemente con lo sostenido en relación con el artículo 136 CC. Efectivamente, lo que no menciona el Tribunal Constitucional es que, si salir del error en que estaba incurrido el marido, es imprescindible para que corra el plazo establecido para ejercer tal acción, debe darse la misma oportunidad a cualquier otro legitimado para impugnar la filiación. Serían, pues, inconstitucionales, los artículos 137 y 140 CC en cuanto que no prevén ese *dies a quo* en los plazos de caducidad establecidos.

La reforma de la filiación en el Código civil coincidió en el tiempo con la reforma del matrimonio (Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, respectivamente). Acaba de reformarse el Código civil en materia

(10) Algunos autores se pronuncian abiertamente sobre el escaso acierto del legislador de 1981 al trasladar los principios constitucionales. Por ejemplo, GARCÍA-VICENTE, «Los principios del Derecho de las acciones de filiación», *Aranzadi Civil*, 2004, p. 2153, considera, sin duda, que «no obtuvieron refrendo legal (o se hizo con poca intensidad) las exigencias constitucionales que podían deducirse para esta disciplina: entre otras, me refiero al principio de igualdad, la promoción de la dignidad de la persona, la protección específica del interés del hijo menor, la investigación de la paternidad o la tutela de la familia sin considerar su origen».

de matrimonio, separación y divorcio (Leyes de 1 y 8 de julio de 2005), y el Tribunal Constitucional ha hecho un llamamiento al legislador para que reforme la filiación. ¿Tendremos que esperar mucho para ver la necesaria reforma del régimen de la filiación?

II. LA PRÁCTICA DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

1. Tipología de casos

Desde que, hace casi un cuarto de siglo, se reformó la regulación de la filiación en el Código civil hemos asistido a un progresivo alejamiento, por parte del Tribunal Supremo, de la letra de la Ley. Todavía en su Sentencia de 28 de mayo de 1997 (11), que compendia otras anteriores, encontramos un equilibrado entendimiento de los principios que habían informado la reforma: la verdad biológica, que no es la norma en las relaciones parentales y cuyo establecimiento no siempre coincide con el bien del menor, tiene como contrapunto la preservación de la paz familiar, de donde derivan las limitaciones en orden a la legitimación para interponer acciones de filiación, la exigencia de un principio de prueba de los hechos en que se funda la demanda y el establecimiento de plazos de caducidad para su ejercicio. Sin embargo, los tribunales pronto se encontraron con unos problemas que, o bien no estaban contemplados, o bien no recibían, a su entender, una solución satisfactoria (12). A pesar de que las acciones de filiación contempladas por el Código civil son más, la mayoría de los supuestos de hecho que aparecen, repasando la jurisprudencia, cabe encuadrarlos en

(11) RJA 1997, 4326.

(12) En el caso del régimen dispuesto por el artículo 136.I CC, un aplicador del Derecho como el magistrado Antonio Salas Carceller apunta que «la realidad ha demostrado que el establecimiento de un plazo de caducidad de la acción —incluso el nuevo plazo de un año— que, transcurrido, impide en todo caso el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad, no sólo puede generar situaciones injustas determinando la existencia de una filiación errónea convertida en inatacable, salvo que lo hiciera el propio hijo en su momento (artículo 137 CC), sino que además se compadece mal con la aplicación de técnicas de investigación de la paternidad, ahora permitida (artículo 39.2 CE), que así pueden demostrarlo en un momento posterior en aquellos supuestos, que no cabe desconocer, en que las relaciones de la esposa con el verdadero padre o la imposibilidad de generación por parte del esposo, se han conocido con posterioridad al transcurso del plazo de caducidad ya señalado» (SALAS CARCELLER, «El cómputo del plazo de caducidad de la acción sobre impugnación de la paternidad matrimonial. A propósito de la reciente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n.º 24/2003).

los cuatro grupos siguientes, cada uno de los cuales con una problemática diversa.

Un primer grupo sería el de las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial entabladas por el hijo, normalmente representado por su madre al tratarse de un menor de edad, que con demasiada frecuencia tropiezan con la negativa del varón demandado a someterse a las pruebas biológicas solicitadas. Negativa, por otra parte, que es normal en cualquier acción de filiación, y sea quien sea el demandado (progenitor, hijo o representante legal de éste). Un segundo grupo estaría compuesto por las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial por el sedicente progenitor, usualmente sin posesión de estado, lo que le privaría de legitimación activa a tenor del artículo 133 CC. Estas acciones, en bastantes ocasiones, deben acompañarse de la acción de impugnación de la paternidad contradictoria (artículo 134 CC). El tercer grupo de casos incluye las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido, que al actuar más tarde del plazo fijado por el artículo 136 CC ve contestada su demanda con la excepción de caducidad de la acción. Por último, las acciones de impugnación de la paternidad, matrimonial o no matrimonial, por el varón que previamente reconoció la filiación, sabiendo que no era el verdadero progenitor, enfrentan al juzgador, sin asideros claros, con el dilema de mantener una filiación contraria a la verdad biológica o dejar ineficaz el acto conscientemente mendaz.

*2. La negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas.
Su relación con la exigencia de un principio de prueba. La necesidad
de nombrar defensor judicial al menor demandado*

La admisión de pruebas biológicas en los procesos de filiación, reconocida por el artículo 127 CC, fue uno de los grandes logros de la reforma de la materia en 1981, y de hecho lo normal es que el actor pida que se realicen, pues debido a los revolucionarios avances de la Genética en los últimos años permiten negar o afirmar la paternidad prácticamente con absoluta seguridad. Pero no se previó qué hacer en caso de no sometimiento voluntario a estas pruebas, comportamiento que precisamente es el habitual en los procesos de filiación (ya sean de reclamación o impugnación). El Tribunal Supremo fue, desde muy temprano, conformando una jurisprudencia sobre el valor de la negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas que podemos resumir con estas tres afirmaciones: 1.^a no se puede imponer a la fuerza la realización de las pruebas biológicas; 2.^a la negativa del demandado no

basta por sí sola para condenarle, pues no constituye *ficta confessio*; 3.^a pero es un indicio de la veracidad de la demanda que, unido a otros, permite acceder a lo reclamado. Esta doctrina (13), que recibió el visto bueno del Tribunal Constitucional (STC 95/1999, de 31 de mayo) (14), se ha legalizado por el artículo 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El precepto no se hizo eco de la solución, más drástica, que apuntó el Tribunal Constitucional en su famosa Sentencia 7/1994, de 7 de enero (aunque en su fallo vino a reconocer la anterior jurisprudencia): la práctica de la prueba biológica, una vez acordada por el órgano judicial que la estima necesaria para la resolución del caso, es obligatoria (15) (vid., entre otros razonamientos, FJ 7.º *in fine*) (16).

Abundando en la sanción que merece la negativa a someterse a pruebas biológicas en los procesos de filiación, ha declarado recientemente el Tribunal Constitucional que la sentencia que declara la paternidad, con base exclusivamente en dicha negativa, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad en la aplicación de la ley (STC 29/2005, de 14 de febrero). Se había recurrido en amparo la solitaria STS de 20 de septiembre de 2002 (17), que inopinadamente ha-

(13) La cita de resoluciones que la siguen sería interminable. Me remito, para abreviar, a las que recoge la reciente STC 29/2005, de 14 de febrero (FJ 7.º), que después comentaré.

(14) Se afirma rotundamente que «este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que 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 CE (AATC 103/1990 y 221/1990)». En el ATC 371/2003, de 21 de noviembre, se insiste en que «el resultado de dicha prueba, tanto si se practica como si no, por no prestarse a su realización el afectado, ha de valorarse por el órgano judicial en el contexto del conjunto probatorio existente en el procedimiento».

(15) Vid. RIVERO, «Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación», en *Poder Judicial*, n.º 33, marzo 1994, pp. 349 y ss.

(16) El Tribunal Constitucional acabó anulando sólo la Sentencia del Tribunal Supremo que no estimó la demanda interpuesta por la madre del menor, y dio por buena la doctrina en que se basó la Audiencia Provincial para estimarla: la negativa ha de valorarse como un indicio valioso de la paternidad reclamada. Este fallo llevó al magistrado Pedro Cruz Villalón a emitir un voto particular, al entender que deberían haberse anulado los tres pronunciamientos judiciales para que se procediese a la práctica de la prueba biológica acordada por el Juzgado de Primera Instancia.

(17) RJA 2002, 8461. Solitaria porque, como resalta el Tribunal Constitucional, se separó «de manera aislada y ocasional de una consolidada línea jurisprudencial [...], que no sólo se venía manteniendo con normal y total uniformidad antes de adoptar esta decisión divergente ahora recurrida en amparo, sino que también se ha continuado con posterioridad y persiste en la actualidad» (FJ 7.º).

bía estimado el recurso de casación interpuesto por la actora, y declarado la paternidad reclamada con base única y exclusivamente en la negativa del demandado a someterse a la prueba de paternidad acordada por el Juzgado de Primera Instancia. Los órganos de instancia habían entendido que no existía la menor prueba o indicio de relaciones sexuales entre la actora y el demandado, por lo que la negativa del demandado, de acuerdo con la doctrina constitucional, no cabía calificarla de injustificada. El Tribunal Constitucional recuerda la «consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a la prueba biológica de la paternidad [...], según la cual la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer una *fictia confessio*, aunque representa o puede representar un indicio valioso que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta» (FJ 5.º).

Es razonable que la negativa del demandado sea sólo un indicio de la veracidad de la demanda, porque los tribunales son muy permisivos en el trámite de la admisión de demandas de filiación. Es sabido que, primero el artículo 127.II CC y ahora el artículo 767.1 LEC, prohíben admitir la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde, pero la falta de concreción legal de qué ha de valer como «principio de prueba» ofrece un amplio margen de maniobra. El Tribunal Supremo espiritualizó tanto el requisito que estimó suficiente la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento oportuno (como pueden ser las biológicas), si bien se ha matizado recientemente que la remisión al resultado de las pruebas biológicas «no supone el cumplimiento de la exigencia de lo ordenado en el artículo 127.II del tantas veces citado Código civil, pues ella es genérica y utilizable para cualquier persona, pero no acredita la exigencia de este principio de prueba que es la relación con la madre del menor en el tiempo de su concepción y dentro de las coordenadas de tiempo y espacio» (STS de 1 de febrero de 2002) (18).

(18) RJA 2002, 1585. Se ha juzgado «excesivamente amplia» la interpretación que preconizó la jurisprudencia (VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, p. 387). Sobre esta jurisprudencia, y su matización por la Sentencia citada en el texto, me pronuncié en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 60, pp. 913 y ss.

Hay que insistir en los indeseables resultados a que puede conducir la combinación de la admisión de la demanda, por aportarse el principio de prueba exigido, con la valoración de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas acordadas por el Juez. Podría entenderse que, admitida la demanda porque algún principio de prueba hay, la realización de pruebas biológicas deviene esencial para la suerte del proceso, de modo que su no realización debe obtener la sanción procedente. Es lo que puede derivarse de la siguiente afirmación de la STC 3/2005, de 17 de enero (19): el peligro de desproporción a la hora de acordar y practicar pruebas biológicas de paternidad quedaría excluido cuando el demandante haya cumplimentado «su obligación inicial de aportar un principio de prueba acompañando al escrito de demanda, que fue el que permitió en su momento admitirla». Se ha advertido con agudeza que «[l]a consolidación de este último argumento supondría admitir la procedencia constitucional de las pruebas biológicas de paternidad en todos aquellos casos en que la demanda haya sido admitida a trámite, de acuerdo con el requisito previsto en el artículo 127 del Código Civil (actual artículo 767 LECiv), con respecto a la exigencia de un principio de prueba de los hechos en que aquélla se funda», y ello «entra en contradicción con lo dicho por la STC 29/2005» (20) (más arriba mencionada).

En relación con esta negativa, por otra parte, ya son varias las Sentencias del Tribunal Supremo que entienden necesario el nombramiento de un defensor judicial cuando aquélla emana del o los representantes legales del menor demandado. Declara, en consecuencia, la nulidad de las actuaciones para que pueda efectuarse tal nombramiento, o para que, si los hijos son ya mayores de edad, se les oiga «a los efectos oportunos, en el sentido de que manifiesten lo que estimen necesario respecto a la cuestión litigiosa e, incluso, soliciten la práctica de pruebas que también estimen oportunas» (STS de 30 de junio de 2004) (21). La inseguridad jurídica que crean estas resoluciones es tremenda, porque no llegan a la decena frente a las bastantes más que cada año podemos encontrar en los repertorios de jurisprudencia (22), y ¿quién sabe si el

(19) RTC 2005, 3. La sentencia declara vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva, al no haberse practicado una prueba biológica para la determinación de su paternidad, a pesar de haber sido acordada previamente por los Tribunales.

(20) Rodrigo BERCOVITZ, «A vueltas con la investigación de la paternidad», *Aranzadi Civil*, 2005, n.º 5.

(21) RJA 2004, 4282. Ponente: D. Clemente Auger Liñán.

(22) Por ejemplo, tras la STS de 5 de junio de 1997, donde por primera vez se tuvo

Tribunal Supremo decidirá aumentar la lista en la próxima sentencia que dicte sobre acciones de filiación? Repárese en que tan sólo unos días antes de pronunciarse la Sentencia anteriormente citada, en un proceso idéntico (de reclamación de la paternidad del actor e impugnación de la contradictoria determinada), no se entendió necesario el nombramiento de un defensor judicial al menor demandado, a pesar de la negativa de sus padres a someterlo a pruebas biológicas (STS de 17 de junio de 2004) (23). Los ponentes de ambas sentencias formaban la Sala en ambos casos.

El Tribunal Supremo comenzó la cuenta de estas resoluciones en su Sentencia de 5 de junio de 1997 (24), en un proceso en que el sedicente progenitor reclamaba su paternidad, a la vez que impugnaba la contradictoria. En la Sentencia de 7 de noviembre de 2002 (25), interpuesta también una acción mixta, la Sala volvió a verificar de oficio la observancia de las garantías inexcusables de aplicación al proceso, esto es, la adecuada representación del menor demandado por su madre, que se niega a la práctica de las pruebas biológicas solicitadas provocando un conflicto de intereses con su hijo: la madre no quiere ver establecida la verdadera filiación, mientras que el interés del hijo radica precisamente en esa determinación. En el año 2003 se volvieron a anular las actuaciones para nombrar defensor judicial al menor demandado en las Sentencias de 17 de enero, 4 de marzo y 5 de noviembre (26), en procesos en que sólo hay necesidad de reclamar la paternidad pues no está determinada otra contradictoria. En la STS de 8 de julio de 2004 (27) se extiende explícitamente esta jurisprudencia al supuesto más frecuente en la práctica, que es el de la acción de reclamación por el sedicente progenitor sin posesión de estado. Aunque, después de declarar la nulidad de actuaciones para que pueda practicarse la prueba biológica una vez

la idea de nombrar un defensor judicial al menor demandado, llegaron las SSTS de 30 de marzo y 17 de junio de 1998 (RJA 1998, 1494 y 4131), 20 de junio de 2000 (RJA 2000, 4427), 24 de enero de 2001 (RJA 2001, 7) y 22 de marzo de 2002 (RJA 2002, 2282), que declararon la paternidad reclamada con base, entre otros indicios, en la negativa de los representantes legales del menor a someterse a pruebas biológicas.

(23) RJA 2004, 3618. En esta ocasión, el ponente es D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

(24) RJA 1997, 4605. La Sentencia, cuyo ponente fue D. Luis Martínez Calcerrada, fue comentada atinadamente por MORENO MARTÍNEZ en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 45, pp. 1093 y ss.

(25) RJA 2002, 9484. El ponente de la misma fue D. Clemente Auger Liñán, que también redactó las de 17 de enero de 2003 y 30 de julio de 2004.

(26) RJA 2003, 433, 2538 y 8026, respectivamente. Las dos últimas son obra de D. Román García Varela.

(27) RJA 2004, 5239. Ponente: D. Antonio Romero Lorenzo.

designado defensor judicial ante el conflicto de intereses advertido, el Tribunal Supremo da por hecha esa práctica (28), una de las razones por las que estimo inútil el recurso a un defensor judicial en estos procesos es su incompetencia para conseguir que las pruebas biológicas se lleven a cabo (29).

Me parece muy desacertada esta doctrina, no sólo, como he señalado, por la inseguridad jurídica que acarrea y por la inutilidad de nombrar a alguien sólo para que pida la realización de pruebas biológicas y, si el representante legal lo permite, acompañe al menor al centro oportuno, sino también porque estimo improcedente que se legitime a una persona extraña a la relación de filiación para que intervenga en algo tan personal como es la determinación de dicha filiación (30).

3. *La reclamación de la paternidad no matrimonial por el sedicente progenitor sin posesión de estado*

Han sido muchos los varones que, no estando determinada legalmente su paternidad no matrimonial, han acudido a los Tribunales reclamándola. Hay que tener en cuenta que el solo reconocimiento de la paternidad no basta, en la mayoría de los casos, para determinar extrajudicialmente tal paternidad. O es el hijo, mayor de edad, el que debe consentirlo (artículo 123 CC), o es la madre, como representante legal del hijo menor, la que tiene la llave de esa determinación, tanto si el reconocimiento se otorga dentro del plazo para inscribir el nacimiento como si se formaliza después (vid. artículo 124 CC, que también prevé la aprobación judicial del reconocimiento). Si el camino de la determinación extrajudicial de la filiación falla, al sedicente progenitor sólo le quedará la demanda judicial. En este punto el Código civil mantenía una posición aparentemente muy clara: si la filiación reclamada iba acompañada de posesión de estado, el progenitor estaba legitimado ac-

(28) Declara que «[u]na vez realizada dicha prueba de evidente relevancia en un proceso en que se debate un tema de estado civil, cuyo carácter de orden público no puede ser ignorado, se proseguirá la sustanciación del recurso de apelación, dándose por válidas todas las actuaciones anteriores y pudiendo tener por reproducidas las pruebas ya practicadas».

(29) Lo explico detalladamente en el comentario a la citada Sentencia de 7 de noviembre de 2002, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 62, pp. 492 y ss., en especial pp. 496 a 499.

(30) Me remito a las razones que di al comentar la Sentencia de 7 de noviembre de 2002, para *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 62, pp. 499 a 501.

tivamente (artículo 131 CC), pero si la posesión de estado no existía sólo el hijo podía reclamar tal filiación (artículo 133 CC). Pronto, también, el Tribunal Supremo entendió que este artículo 133 no respetaba principios constitucionales, como la libre investigación de la paternidad y la tutela judicial efectiva, y en contra de la letra del precepto concedió sistemáticamente la legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial al progenitor sin posesión de estado (31).

Merece la pena destacar una de las últimas resoluciones en que así lo sostiene, frente a las decisiones de instancia que aplican en sus justos términos el artículo 133 CC. La STS de 8 de julio de 2004 (32) acoge el motivo del actor razonando que «es doctrina jurisprudencial reiterada [...] la que reconoce la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, aunque no exista posesión de estado superando la literalidad del artículo 133 del Código Civil y afirmando que ya que el artículo 134 del mismo cuerpo legal legitima en todo caso al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, ha de entenderse que también le está habilitando para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial, pues ni puede prescindirse de la verdad biológica, ni debe echarse en olvido el interés justificado de los hijos en saber y conocer quien es su padre».

Resumidamente, el Tribunal Supremo arguye en sus Sentencias sobre este particular que frente a una interpretación literalista del artículo 133 (contraria a la tutela judicial efectiva) cabe oponer como más adecuada otra más flexible y amplia, sistemática, tomando en considera-

(31) Sobre esta cuestión me pronuncié en «Legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial según el Código Civil (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1997)», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 11, 1997, pp. 419 y ss. Sentencias posteriores en las que el Tribunal Supremo ha seguido manteniendo la misma doctrina son, entre otras, las de 30 de marzo de 1998 (RJA 1998, 1494), 19 de mayo de 1998 (RJA 1998, 3797), 20 de junio de 2000 (RJA 2000, 4427) o 2 de octubre de 2000 (RJA 2000, 7038). Es tal la firmeza del Tribunal Supremo en la defensa de esta jurisprudencia que el recurso de casación será inadmitido si se basa únicamente en la infracción del artículo 133 por no contemplar al progenitor (AATS de 16 de septiembre de 1997 [RJA 1997, 9379], 9 de marzo de 1999 [RJA 1999, 1906] y 5 de octubre de 1999 [RJA 1999, 6812]). Sólo en la STS de 1 de febrero de 2002 (RJA 2002, 1585) se matiza que «tal extensión [de la legitimación activa al progenitor no matrimonial sin posesión de estado] no puede ampararse indiscriminadamente en generalizaciones que puedan dañar seriamente pacíficas situaciones personales constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor. En el caso traído ahora a la censura casacional, no sólo se ha producido una absoluta carencia de toda posesión de estado en el actor, sino en la propia insuficiencia de la demanda para sustentar una pretensión de declaración de paternidad».

(32) RJA 2004, 5239.

ción el artículo 134, que concede la legitimación activa tanto al hijo como al progenitor. Y también, que si se entiende la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción en defensa de un interés protegible, es indudable que el progenitor biológico tiene interés en que se declare su filiación. En último término, es la verdad biológica, como principio supremo del sistema codificado de filiación, la que inspira estas resoluciones.

El recurso al artículo 134 CC ha permitido extender la legitimación. Y se le ha concedido legitimación para impugnar la filiación contradictoria (normalmente matrimonial), sin estar legitimado sólo para impugnar. La acción de impugnación se considera subsidiaria. El voto particular que emitió el magistrado D. Antonio Gullón Ballesteros a la STS de 19 de mayo de 1998, sobre la incorrección de utilizar este artículo 134 para ofrecer una interpretación *contra legem* del artículo 133, es suficientemente ilustrativo: «es clara la letra y espíritu del artículo 133 C.c. en el sentido de negar acción de reclamación de la filiación no matrimonial al progenitor, y así lo ha entendido la doctrina más autorizada. El artículo 134 no puede entenderse como contradictorio, o al menos causante de dudas sobre la interpretación del artículo anterior, pues se refiere al ejercicio de una acción “conforme a los artículos anteriores”, es decir, que comprende el artículo 133, en modo alguno otorga una legitimación activa al progenitor a quien se le niega el anterior. El “en todo caso” claramente lo conecta el artículo 134 con uno de los efectos de la acción de reclamación; cuando se ejercite ésta, “en todo caso”, o sea, siempre, se permite la impugnación de una filiación contradictoria».

Esta interpretación jurisprudencial no se ha considerado adecuada por el Tribunal Constitucional, pues no cabe una interpretación *secundum constitutionem* del artículo 133 CC (vid. FD 8.º STC 273/2005, de 27 de octubre). El precepto se ha declarado inconstitucional por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del progenitor no matrimonial sin posesión de estado, pero no nulo, pues la regla legal establecida (el hijo puede reclamar la filiación aunque no haya posesión de estado durante toda su vida) no es inconstitucional. El Tribunal Constitucional contesta, así, la primera de las dos cuestiones de inconstitucionalidad que estaban pendientes sobre el art. 133 CC (33), tras una discusión que se adivina muy reñida si advertimos que de los doce magistrados del Pleno, seis aparecen como firmantes de uno u otro de los tres votos particulares discrepantes con la decisión finalmente adoptada. La crítica de esta resolución queda para otra ocasión.

(33) Queda la 3080/2004.

4. *Impugnación de la paternidad matrimonial por no ser conforme con la realidad biológica*

Si lo que suele reclamarse judicialmente es la paternidad no matrimonial, lo que acostumbra a impugnarse es la paternidad matrimonial. Algo lógico, por otra parte, porque la determinación extrajudicial de la paternidad matrimonial es automática, gracias al juego de la presunción de paternidad matrimonial (artículos 116 y 117 CC), mientras que la determinación de la paternidad no matrimonial requiere de un acto voluntario del progenitor que, para ser eficaz, ha de ser consentido o aprobado (vid. artículos 120.1.º, 123 y 124 CC). Algunos maridos, cuando se separan de sus esposas, se llevan la desagradable sorpresa de que el hijo o los hijos que tenían por tales no son suyos en realidad, y a los que han querido y mantenido hasta entonces ya no quieren hacerlo más, o por lo menos no desean ser obligados a alimentar a quien no es sangre de su sangre. O, al tener noticia de las infidelidades conyugales, sospechan que no son los verdaderos progenitores. Estamos presuponiendo la existencia de infidelidades, pero qué haya de verdad o mentira detrás de las demandas de impugnación es otro cantar, pues todos sabemos cómo queda de deteriorada una relación conyugal tras la separación o el divorcio (ya se ha dado el caso de la esposa que interpone una querrela contra su ex marido por estafa procesal sobre impugnación de la paternidad, alegando que de este modo se quiere privar al hijo de alimentos además de expulsar a la madre de la vivienda familiar) (34).

El Código civil respondía a esta situación con una regla igualmente clara: la acción para impugnar por el marido la paternidad determinada *ex* artículo 116 caduca al año de la inscripción de la filiación, o en su caso del conocimiento del nacimiento si tal conocimiento es posterior a la inscripción. Dicha regla fue aplicada, con una sola excepción, rígidamente por el Tribunal Supremo hasta el año 2000, a pesar de los rodeos que trataron de dar, sin éxito, los demandantes: como el artículo 141 CC, que regula la impugnación del reconocimiento por vicios del consenti-

(34) En la STC 21/2005, de 1 de febrero (RTC 2005, 21), se concede el amparo a la querellante por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. La Audiencia Provincial había inadmitido la querrela por un delito de estafa procesal en grado de tentativa del padre con respecto al hijo al que, se dice, quiere privar de su derecho de alimentos a través del procedimiento de impugnación de filiación. Pero como la querrela también se había presentado en interés de la propia querellante, y no sólo de su hijo, pues se manifestaba que con la estafa se perseguía perjudicarla gravemente (echarla de la vivienda que servía de domicilio familiar, producirle daños morales al negar a su hijo el carácter de hijo matrimonial que obviamente tenía), la Audiencia tendría que haber resuelto esta pretensión.

miento como el error, contempla un plazo de cuatro años, reconducía la situación a este precepto (35). Pero iniciado el siglo XXI, como veremos inmediatamente, el Tribunal Supremo viró su doctrina hacia el entendimiento de que el *dies a quo* regulado contrariaba los principios instaurados por la Ley 13/1981, que reformó la filiación, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva y la libre investigación de la paternidad, por lo que debía leerse lo que no decía el artículo 136. El Tribunal Constitucional ha dado ahora luz verde a esta interpretación.

5. La impugnación de los reconocimientos de complacencia

El Tribunal Supremo sigue una senda sinuosa por lo que respecta al tratamiento de la impugnación de los reconocimientos de filiación conscientemente inveraces (36). Suficientemente ilustrativo es que se llegó a soluciones radicalmente distintas en dos sentencias entre las que median sólo dos días de distancia. En la Sentencia de 12 de julio de 2004 se declara ineficaz el reconocimiento de complacencia enjuiciado, pues contraría a las claras el principio de verdad biológica (37); en la de 14 de julio de ese mismo año, por el contrario, se entiende caducada la acción para poder impugnarlo (38). He defendido, en síntesis, que cuando determinan una filiación matrimonial *ex* artículo 119 CC, su impugnación queda sometida al régimen del artículo 136 CC, y no al del artículo 140 CC previsto para la filiación no matrimonial (39).

(35) El Tribunal Supremo se ha mantenido firme excluyendo la aplicación del artículo 141 CC cuando se impugna la paternidad matrimonial determinada en virtud de la presunción del artículo 116 CC. Paladínamente lo declara en la Sentencia de 15 de septiembre de 2003 (RJA 2003, 6227), llevando la contraria al tribunal de instancia, citando las Sentencias de 26 de junio de 2002 (RJA 2002, 7212) y 20 de junio de 1996 (RJA 1996, 5104).

(36) Este problema se ha planteado igualmente en Cataluña, manteniendo el Tribunal Superior de Justicia una postura favorable a dicha impugnación (vid. VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, pp. 355-358).

(37) El ponente fue D. Luis Martínez-Calcerrada. Fue comentada por GARCÍA VICENTE en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 67, pp. 433 y ss.

(38) Como, al hilo del comentario a esta sentencia, analicé la problemática de los reconocimientos de complacencia, me remito a lo dicho en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 67, pp. 449 y ss.

(39) VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, p. 370, es de la misma opinión, pareciéndole discutible el planteamiento contrario de la STS de 26 de marzo de 2001 (RJA 2001, 4762) «en la medida que parece

2.6. Conclusión

Advertimos, pues, que el Tribunal Supremo ha entendido los principios constitucionales de forma distinta al legislador. El Código civil no concede legitimación al progenitor para reclamar la filiación no matrimonial si no hay posesión de estado, y tampoco se la concede para impugnar la matrimonial más allá del año establecido. La verdad biológica no es esencial; la investigación de la paternidad no es total. *Posibilita* la investigación de la paternidad constitucional permitiendo que el hijo pueda, en todo caso, reclamar la filiación, pero no extiende esta legitimación al progenitor ni entiende que la investigación alcance a la impugnación de la filiación.

III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 136 CC

1. *Ámbito de aplicación. En particular, los supuestos de presumible concepción antenupcial*

La impugnación judicial de la paternidad matrimonial se regula en los artículos 136 y 137 CC: el primero, previsto para el caso de que sea el marido el que inste la acción; el segundo, para el caso de que sea el hijo el que lo haga. En ambos casos, el supuesto silenciado, a juicio de la jurisprudencia, es que la paternidad se haya determinado con base exclusivamente en la presunción establecida por el artículo 116 CC, sin que haya habido ningún acto voluntario del marido aceptando la paternidad. Esta presunción de paternidad opera automáticamente, sin posibilidad de oposición extrajudicial y por tanto sin necesidad de reconocimiento paterno, cuando al Registro Civil accede el nacimiento del hijo de una mujer casada, y tal nacimiento se ha producido después de transcurridos los ciento ochenta días posteriores a la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges (40).

Atendiendo al régimen dispuesto por el artículo 117 CC, aplicable a

más razonable aplicar también el artículo 136 C.c. para la impugnación del reconocimiento de la paternidad marital por causas distintas al vicio del consentimiento».

(40) Entre otras, RRDGRN de 25 de noviembre de 1987 (RJA 1987, 8740), 9 de junio de 1988 (RJA 1988, 5361), 16 de marzo de 1990 (RJA 1990, 2873), 22 de junio de 1995 (RJA 1995, 6148), 20 de septiembre de 1996 (RJA 1997, 714), 7 de octubre de 1996 (RJA 1996, RJA 1997, 2143), 19 de octubre de 1996 (RJA 1997, 3570), 23 de enero de 2001 (BIMJ n.º 1891, p. 137).

los supuestos de concepción antenuptial, cuando el hijo nace dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del matrimonio la presunción de paternidad estudiada actúa, sin posibilidad de impugnación extrajudicial, porque el marido ha reconocido expresa o tácitamente su paternidad. El conocimiento del embarazo antes del matrimonio no se equipara, en principio, a un reconocimiento tácito de la paternidad, pues puede desconocerse la paternidad presunta con una declaración en contrario de marido y mujer. Pero cabe entender aceptada la paternidad si, transcurridos seis meses desde el nacimiento, esa declaración para destruir la paternidad del marido no se ha producido. Esta interpretación *a sensu contrario* del artículo 117 CC es la que parece llevar al Tribunal Supremo a excluir, del ámbito de aplicación del artículo 136 CC, la impugnación de la paternidad matrimonial cuando el nacimiento del hijo se ha producido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Así lo ha entendido en las Sentencias de 20 de junio de 1996 (41) y 17 de junio de 2004 (42).

En 1996 expone su interpretación del artículo 138, que no resulta aplicable al caso porque la filiación de los cuatro hijos del actor se determinó con base en la presunción de paternidad del artículo 116, sin que ninguno hubiera nacido dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del nacimiento. Señala que «el artículo 138 distingue dos supuestos impugnatorios de la paternidad, uno, el derivado del reconocimiento realizado con vicios en el consentimiento, y otro, el derivado de otras causas, lo que implica la remisión a los supuestos prevenidos en los artículos 117, 118, 119 y 120.1, a cuya acción de impugnación del reconocimiento se refiere el artículo 141. Ahora bien, esta acción difiere de la, asimismo, impugnatoria regulada en el artículo 136, la cual, se encuentra íntimamente vinculada a la presunción legal establecida en el artículo 116».

En 2004, y en contra de lo resuelto por la Audiencia Provincial (43), el Tribunal Supremo considera que en el caso litigioso, sujeto al artícu-

(41) RJA 1996, 5104.

(42) RJA 2004, 3613.

(43) SAP Granada, Sección 3.ª, de 26 de enero de 1999 (AC 1999, 2864). Conviene mencionarla porque de sus Fundamentos de Derecho no se deduce en ningún momento que se haya probado el reconocimiento de la filiación por el marido, más allá de la estimación que merezca la inscripción del nacimiento por él, ni su conocimiento del embarazo. Es más, citando también la STS de 20 de junio de 1996 llega a una conclusión totalmente opuesta a la del Tribunal Supremo después: no entiende que haya reconocimiento, y por tanto aplica el artículo 136, pues la paternidad, en definitiva, se ha determinado en virtud de la presunción de paternidad marital. La acción habría caducado.

lo 117 CC debido a que el nacimiento se produjo a los 167 días del matrimonio del actor con la demandada, «el ex marido no pudo lógicamente destruir la presunción de paternidad matrimonial mediante su declaración auténtica en contrario, debido a que estaba incurso en las dos excepciones que en el citado precepto imposibilitan el desconocimiento de la paternidad [¿reconocimiento expreso o tácito de la paternidad y conocimiento del embarazo con anterioridad a la celebración del matrimonio?]. La filiación matrimonial se asienta en reconocimientos de la misma por el actor, como puede apreciarse de la exposición de los hechos probados en que se basan las fundamentaciones de los dos motivos [los actos concluyentes, a juicio del actor, son la propia celebración del matrimonio y la inscripción registral del nacimiento efectuada por él]», por lo que resulta de aplicación el artículo 138, que se remite al artículo 141 si concurre un vicio del consentimiento, y no el artículo 136. Efectivamente, un reconocimiento que ha determinado una filiación matrimonial, en la medida en que se trata de una declaración de voluntad, puede impugnarse por error (que es lo que intenta el actor del caso), y lo que añade el Tribunal Supremo a la comprensión de estas normas es la consideración de la inscripción del nacimiento por el marido como reconocimiento de su paternidad.

Resulta, pues, que cuando el hijo ha nacido en fechas cercanas a la celebración del matrimonio, el Tribunal Supremo no tiene que recurrir a una interpretación *contra legem* para permitir al marido impugnar su paternidad cuando sale del error en que estaba en cuanto a la veracidad de la misma (44); error motivado por la posibilidad de su paternidad (mantuvo relaciones sexuales en tiempo oportuno). Algo que, literalmente, el artículo 136 no le permite al marido.

La interpretación que el Tribunal Supremo sustenta, excluyendo del ámbito de aplicación del artículo 136 los supuestos en que la paternidad se ha determinado *ex artículo 117*, no es la única posible. Tan presunción es la del artículo 116 como la del artículo 117, por lo que la paternidad se determina en ambos casos del mismo modo (45). Como es-

(44) Así, el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 17 de junio de 2004 entra a conocer del caso, y considera que el actor salió de su error el 31 de mayo de 1996 —cuando la hija tenía ya casi doce años— (la demanda se interpuso el 18 de julio de ese año), al conocer que padece una esterilidad de origen genético por que, según el informe médico, «verosíblemente no ha tenido nunca posibilidad de generar hijos».

(45) DE LA CÁMARA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo III, volumen 1, ed. Edersa, 1984, p. 817, enseña que la impugnación de la paternidad del marido ha de atenderse a lo dispuesto por los artículos 136 y 137, tanto si se trata de la presunción más fuerte como si se trata de la más débil. VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la

to es evidente, el Tribunal Constitucional lo da por hecho en una de las Sentencias que han dado pie a este estudio. En la de 26 de mayo de 2005 declara, al analizar los términos de comparación que se someten a su consideración (la impugnación de la paternidad *ex* artículo 136 y la impugnación del reconocimiento *ex* artículo 141), que la paternidad del marido de la madre se ha determinado «a través del juego de las presunciones (arts. 116 y 117 CC), basadas en la regla proveniente del *Digesto pater vero is est quem nuptiae demonstrant*, cuando el nacimiento se ha producido *ex uxore*, conectada con los deberes de convivencia y fidelidad de los cónyuges (art. 68 CC) y la presunción de convivencia conyugal (art. 69 CC)».

El propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de febrero de 1997 (46), referida a la impugnación de la paternidad de una hija nacida dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, sostiene que «si el artículo 136 C.c. faculta al marido a ejercitar la acción impugnatoria de la paternidad en el plazo de un año a contar desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, y la inscripción registral de la menor [...] tuvo lugar el 3 de julio de 1984, resulta indudable que a la fecha de la presentación de la demanda, 3 de mayo de 1989, el plazo indicado ya había transcurrido». Aplica, pues, el régimen del artículo 136 a las impugnaciones de paternidades determinadas *ex* artículo 117 CC, si bien se cuida de señalar igualmente que la acción habría caducado *ex* artículo 141 CC, pues desde que el marido supo que no era hija suya la demandada (durante la tramitación del proceso de divorcio), ya había transcurrido más de un año al interponer la demanda.

En mi opinión, el reconocimiento expreso o tácito contemplado en el artículo 117 CC no es el título por el que se determina la filiación, sino el hecho que impide la declaración en contrario de la paternidad determinada en virtud de la presunción conyugal para destruirla extraju-

acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família y Código Civil*», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, p. 397, nota 130, considera, con autoridad, que «los reconocimientos previstos en el artículo 117 C.c. no determinan *per se* la paternidad, sino que, en todo caso, forman parte de un supuesto de hecho más complejo en el que también desarrolla una importante función la presunción de paternidad; por ello, a los casos previstos en el artículo 117 C.c., los artículos 138 y 141 sólo pueden aplicarse por analogía».

(46) RJA 1997, 937. Ha sido comentada por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «Impugnación de paternidad de una hija nacida dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio e inscrita por el padre impugnante en el Registro Civil (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997)», en *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 669 y ss.

dicialmente. Si este reconocimiento no es el título por el que se determina la filiación, no es susceptible de impugnación judicial.

2. Supuestos en los que pensó el legislador al fijar el plazo para impugnar

El Código civil, al prever en todo caso el conocimiento del nacimiento del hijo como *dies a quo* del plazo de caducidad concedido al marido para impugnar su paternidad *ex* artículo 136, quiere permitir a éste que, una vez hechas sus cuentas, reaccione si no le salen. Si en el período de concepción, fácilmente datable a partir del nacimiento, el marido no tuvo contacto sexual con su mujer, tiene expedita la vía para hacer desaparecer la paternidad determinada con base en la presunción del artículo 116 CC, que a su vez se sustenta en la presunción de convivencia y cohabitación sexual entre los cónyuges. Un ejemplo de libro nos lo brinda el caso resuelto por la STS de 30 de septiembre de 2000 (47), que tiene por protagonista a un hombre de mar. El marido interpone la acción de impugnación de su paternidad matrimonial el 26 de febrero de 1994, casi once años después de haber nacido el hijo (5 de mayo de 1983). Queda acreditado que el actor se encontraba embarcado y en la mar, en el desempeño de su profesión, desde el 12 de marzo de 1982 hasta el 10 de noviembre del mismo año, si bien la esposa alega que el 10 de septiembre de 1982 se reunió con su marido en Valencia. El 14 de septiembre vuelve a embarcar, y no regresa a su domicilio de Burgos hasta el 6 de agosto de 1983, recibiendo en su momento un telegrama con la noticia del nacimiento. El matrimonio prosigue la vida normalmente (aun con sospechas y celos, según reconoce el demandante), y sólo en 1992, durante una permanencia en el hogar por tiempo de seis meses a causa de estar en paro, el marido entra en sospechas de las relaciones extramaritales de su mujer, que trata de acreditar en el juicio mediante el testimonio de dos hermanas suyas. No se practican pruebas biológicas, pues, en primera instancia, cuando acuden la mujer y su hijo, el marido se halla en la mar, y cuando lo hace éste, no se presentan los otros. La Audiencia Provincial deniega esta prueba porque su práctica depende de la decisión que se adopte sobre la caducidad de la acción ejercitada, y tanto este tribunal, como el Juzgado, estiman caducada la acción interpuesta con base en el artículo 136 CC.

(47) RJA 2000, 7535.

Si el último contacto sexual entre marido y mujer, antes del nacimiento del hijo, fue el 12 de mayo de 1982, habrían transcurrido casi catorce meses entre uno y otro hecho, plazo que supera con creces cualquier período de gestación. Si ese contacto sexual se produjo el 10 de septiembre de 1982, entonces serían menos de ocho meses los que separarían la generación del parto. En cualquier caso, el marido inexcusablemente debe dudar de la veracidad de su paternidad cuando se le comunica el nacimiento del hijo, pues las fechas o no encajan en absoluto (si el encuentro del 10 de septiembre no se realizó) o el embarazo tuvo una duración inferior a la previsible que no se compadecería con una formación normal del feto. El Tribunal Supremo, lógicamente, entiende que si el marido no impugnó en el plazo del año posterior a su conocimiento del nacimiento fue porque no quiso, y ninguna razón justificaría no entender caducada la acción (48): el marido podía fácilmente computar plazos biológicos y comprobar su cumplimiento.

El plazo de un año, desde la inscripción de nacimiento o, en su caso, el conocimiento del nacimiento, es igualmente suficiente si el marido sabe de su imposibilidad generativa, ya sea porque conozca su natural *impotencia generandi* o ya sea porque se haya sometido a una operación de vasectomía (49). Si los rasgos raciales del hijo no coinciden con los del matrimonio, también podrá el marido en el plazo fijado salir de dudas (¿será que habrán sufrido un error de identificación en el nido del hospital o será que la esposa no ha sido fiel?) e impugnar, en su caso, la paternidad (50).

El marido que, pudiendo *a priori* ser el padre del hijo habido por su

(48) Expresamente afirma el Tribunal Supremo que sigue lo ya declarado en sentencias de 22 de diciembre de 1993, 10 de febrero de 1996 y 10 de febrero de 1997, manteniendo el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción (FD 5.º), aunque parecía haber amagado otra cosa en el FD 2.º al decir que «no puede menos de traerse a capítulo la muy especial sentencia de 30 de enero de 1993 que señala como caso de particular atención en el cómputo de aquel tiempo de caducidad [...] la preeminencia de una realidad demostrada y absolutamente contradictoria».

(49) Un problema interesante es el que plantean las demandas de reclamación de responsabilidad frente al médico que ha practicado la vasectomía, pues hay que dilucidar si falló o no al realizarla (vid. STS de 29 de octubre de 2004 —RJA 2004, 7218—).

(50) VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, p. 386, valora negativamente el planteamiento legal consagrado en el artículo 136 CC, pues «sólo resulta satisfactorio en aquellos supuestos en los que las propias circunstancias del nacimiento (o del embarazo) permiten al marido intuir su no paternidad (por ejemplo, hijo nacido con elementos raciales ajenos al marido y a su madre; concepción en época en la que no hubo relaciones sexuales entre marido y mujer; o previa vasectomización del marido)».

mujer ya que mantuvo con ella relaciones sexuales en tiempo hábil, ha sido engañado por ésta sobre la realidad de la paternidad, ya se mantuvieran las relaciones sexuales con otro varón antes o después del matrimonio, no merece, a juicio del legislador, la tutela jurisdiccional una vez transcurrido el año previsto por el artículo 136 CC. ¿Tiene justificación esta denegación de acción para hacer decaer la paternidad determinada no coincidente con la verdad biológica?

Con una única excepción, el Tribunal Supremo entendió que sí en sus primeros pronunciamientos sobre el artículo 136, atendiendo al principio de legalidad (51). Después generalizó la solución que había nacido como excepcional.

3. Evolución de la doctrina jurisprudencial

En su Sentencia de 20 de junio de 1996 (52) el Tribunal Supremo justificó el plazo de caducidad establecido «por razones obvias de seguridad jurídica en las relaciones paterno-filiales», y en la de 31 de diciembre de 1998 (53) respondió al alegato del recurrente, sobre la posible contradicción entre los artículos 116 y 136 CC y los artículos 14 y 24 de la Constitución, que «no existe tal contradicción, ya que, el principio de legalidad respetado por la sentencia recurrida, es impecable, pues, habida cuenta las causas determinantes de la matrimonialidad de los hijos habidos entre el actor y la demandada, es llano que, el acceso a dicha condición provino del juego de la presunción, *iuris tantum* del artículo 116 CC, y por tanto, esa presunción sólo puede ser objeto de impugnación si a su debido tiempo, desconoce la existencia de la misma, por el cauce del artículo 117 o se actúa *ex* artículo 136, lo que supone la estricta legalidad cuya observancia, no puede determinar se hayan infringido las normas constitucionales que se indican» (54). En la

(51) Puede encontrarse la cita de varias Sentencias de Audiencias Provinciales que siguen esta línea jurisprudencial en VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, p. 366, nota 48, y p. 373, nota 65.

(52) RJA 1996, 5104.

(53) RJA 1998, 9766.

(54) El Tribunal Supremo también aplicó estrictamente el artículo 136 en sus Sentencias de 22 de diciembre de 1993 (RJA 1993, 10107), en un supuesto en el que el actor había pedido la rectificación de la inscripción registral por error material y el Alto Tribunal le recuerda que la única vía para impugnar la paternidad matrimonial es la del artículo 136 CC, y 10 de febrero de 1997 (RJA 1997, 937).

STS de 21 de julio de 2000 (55) se estima igualmente caducada la acción, sin que prospere la alegación de esterilidad del demandante, conocida a raíz de un análisis de esperma al que se sometió por no conseguir tener descendencia de su nueva pareja, una vez divorciado (56).

La excepción mencionada fue la STS de 30 de enero de 1993 (57), dictada para un caso en que el marido había actuado nada más tener sospechas de su no paternidad y la esposa se había allanado a la pretensión del actor (allanamiento que no tiene cabida en los procesos de filiación por tratarse de un estado civil). En esta ocasión el Tribunal Supremo resaltó que «[l]a hiriente discordancia [...] entre la solución que en el recurso [interpuesto por el Ministerio Fiscal] se postula y la realidad investigada y acreditada desde todas las perspectivas incluida la del interés, tanto del hijo a la verdad biológica como de la esposa, manifestado allanándose a la pretensión del marido, amén de la paz familiar, tan frecuentemente invocada en pro de mantener, pasado un cierto tiempo, la situación paterno-filial creada con la presunción legal de paternidad, abonan en el supuesto contemplado la impugnación». Tal pronunciamiento parecía haber sido un mero desliz, justificado por el propio Tribunal Supremo en atención a la particularidad del caso (58), hasta que llegó la STS de 23 de marzo de 2001 (59) y se apoyó ex-

(55) RJA 2000, 6190.

(56) En todas estas Sentencias no se acredita suficientemente la no paternidad (me remito, para más detalles, a mi comentario a la STS de 23 de marzo de 2001, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 57, pp. 768 y ss.). En la última Sentencia, por ejemplo, razona el Tribunal Supremo que «las invocaciones de respeto a la vida privada y familiar y al derecho al honor no puede aceptarse que se hayan vulnerado en cuanto *parten de una no probada, como se dice en la instancia, falta de facultad engendradora del demandante en el tiempo de su matrimonio y consiguiente nacimiento de esa niña* de la que, en extraña contradicción, no quiere aún desentenderse, manteniendo todavía los lazos de todo género que se respetaron al poner fin al matrimonio de los padres [el marido había solicitado en su demanda que se mantuvieran, respecto a la menor y mientras durase la tramitación del proceso de filiación, las medidas sobre régimen de patria potestad y derecho a visitas contenidas en el convenio regulador adoptado en los autos de divorcio]» (la cursiva es mía).

(57) RJA 1993, 353. De los hechos, nada claros, que motivaron la STS de 4 de febrero de 1992 (RJA 1992, 821) parece también deducirse que se permitió la impugnación de una paternidad matrimonial transcurrido un plazo de tiempo superior al permitido.

(58) Razona en la citada Sentencia de 31 de diciembre de 1998 que esta tesis heterodoxa «bien novedosa y de mérito, resolviendo un litigio con problemática distinta [...], en el recurso extraordinario que en su día interpuso el Ministerio Fiscal, y en el que, además, la esposa y la hija se allanaron a dicha pretensión impugnatoria de paternidad matrimonial, no ha sido reproducida como lo prueba, entre otras, sentencia de 20 de junio de 1996».

(59) RJA 2001, 4758.

presamente en la doctrina de esa única Sentencia para volver a obviar el plazo de caducidad fijado por el artículo 136 CC (60). La verdad biológica, a la que se califica de real (61) y cuyo establecimiento se entiende conforme en todo caso con el interés del hijo (62), es el fundamento de tal doctrina, considerando el Tribunal Supremo que la norma en cuestión «ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981». Del enmarañado razonamiento que ofrece para defender esta contradicción habría que destacar su consideración de que la Constitución «ha consagrado la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y voluntad del interesado expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 de la propia CE» (63). Sin

(60) No comparto la opinión de VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, p. 371, según el cual esta sentencia «se inserta claramente en la línea jurisprudencial mayoritaria, aunque, en todo caso, pueda advertirse una cierta tendencia a la flexibilización en la interpretación del *dies a quo* del artículo 136 C.c.», pues discrepo en cuanto a la naturaleza de la cita de la doctrina de la STS de 30 de enero 1993 (*ratio decidendi*, a mi entender, *obiter dictum*, a juicio de VERDERA).

(61) ¿Acaso no es real la filiación vivida? El ofuscamiento con la verdad biológica, como única realidad posible, ha llevado al Tribunal Supremo a dictar resoluciones difícilmente justificables, como la STS de 28 de noviembre de 1995, en la que el sedicente progenitor no matrimonial consiguió que quedase destruida una relación de filiación matrimonial, vivida en paz, con apoyo exclusivamente en la negativa de los progenitores matrimoniales a someterse, y someter a su hijo, a pruebas biológicas. Es ciertamente discutible el derecho a impugnar una filiación matrimonial, que puede ser falsa biológicamente, cuando los cónyuges han superado su crisis. En Italia, algún tribunal le ha negado este derecho incluso al hijo cuando éste vive en una atmósfera serena que, si cambiase, afectaría negativamente a su equilibrio afectivo (Decreto de 27 de marzo de 1993 de la *Corte d'Appello* de Bolonia, citado para criticarlo por DE FILIPPIS/CASABURI, *La filiazione nella doctrina e nella giurisprudenza*, ed. Cedam, 2000, pp. 314 y 316).

(62) El Tribunal Supremo declara en ambas sentencias que la protección integral a los hijos garantizada por el artículo 39 de la Constitución «clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor». Con palabras elocuentes, se ha apuntado en contra de este axioma que «salvo que el presunto hijo no sea digno de tal nombre, en ocasiones, el beneficio que trae saber —tras más de trece años de paternidad asumida— que el presunto hijo, en realidad no lo es, no siempre llena de felicidad al presunto padre ni al presunto hijo» (PULIDO QUECEDO, «El cómputo de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial *ex art.* 136 CC, en caso de impotencia acreditada», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 598, 2003).

(63) Algunas Sentencias de Audiencias Provinciales, a partir de la STS de 30 de ene-

ambages entiende que la Constitución admite sin limitaciones la investigación de la paternidad (64).

En la Sentencia de 23 de marzo de 2001 se podría, quizás, haber dado una interpretación laxa del artículo 136, pero no *contra legem* como es desconocer el *dies a quo* establecido en el precepto. El conocimiento del nacimiento por el marido, junto con su inscripción en el Registro Civil, puede dar juego, ya que se podría entender que ello implica el conocimiento por el marido de la inscripción de su paternidad en el Registro Civil. En el caso que la motivó, la esposa del actor había inscrito como matrimonial la hija tenida por ella más de trescientos días después de decretarse la separación del matrimonio por sentencia del Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de Sevilla (cuando ya no regía la presunción de paternidad matrimonial, por lo que también se podría haber intentado la impugnación del título que determinó la filiación). El marido supo que la niña se había inscrito como hija suya años después, cuando, tras la manifestación de un familiar próximo en este sentido, obtuvo una certificación de nacimiento. A los pocos días, interpuso la demanda de impugnación de la paternidad matrimonial, considerándose en ambas instancias innecesaria la práctica de la prueba biológica solicitada por el actor porque las demandadas admitieron que el actor no era el padre biológico. El Tribunal Supremo llega a decir, aunque después de la andanada contra la constitucionalidad del artículo 136, que «no es imputable demora o dejación al actor en lo que se refiere a la iniciativa impugnatoria relativa a una hija de la que fue su esposa y de quien estaba separado legalmente, toda vez que la concepción de la misma tuvo lugar ya separados los cónyuges y ha obrado con la conciencia o convicción de que la madre no había inscrito en el Re-

ro de 1993, comenzaron a estimar las demandas de impugnación interpuestas más allá del plazo establecido por el artículo 136 CC (vid. un amplio examen de las mismas en VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, pp. 380 a 385).

(64) Esa es la idea con la que nos quedamos tras leer todo este párrafo: «La tan deseada pacificación en modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una situación fraudulenta y como tal —art. 6.4 del Código Civil— contraria, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión constitucionalmente vedado, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en unas consecuencias, que imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas —art. 3.1 y 2 del Código Civil— impiden desconocer, desde aquel artículo 39.2 CE, ignorado si es que se concluyese en la prevalencia de la presunción *pater est*, pese a que no se corresponde con la realidad».

gistro Civil a la indicada hija a nombre de aquél, lo que supo, tras la manifestación de un familiar próximo, en virtud de una certificación de nacimiento» (65).

Esta línea jurisprudencial fue ratificada por las SSTs de 3 de diciembre de 2002 (66) y 15 de septiembre de 2003 (67), aunque convivió temporalmente con la tesis ortodoxa sobre el artículo 136 CC.

Efectivamente, en la STS de 26 de junio de 2003 (68) se sigue la doctrina vertida en las Sentencias de 22 de diciembre de 1993, 20 de junio de 1996 y 30 de septiembre de 2000, restando importancia a la negativa de la madre demandada a someterse a pruebas biológicas pues no se acompaña de otros elementos probatorios (69) (no se acreditan las situaciones de infidelidad alegadas); se sigue, pues, la conocida doctrina jurisprudencial sobre la no consideración como *ficta confessio* de esta negativa, sino como indicio valioso que ha de unirse a otros elementos

(65) VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, p. 371, sustenta la opinión de que esta Sentencia se inserta claramente en la línea jurisprudencial mayoritaria «aunque, en todo caso, pueda advertirse una cierta tendencia a la flexibilización en la interpretación del *dies a quo* del artículo 136». A juicio de HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «no hay en esta sentencia ningún hecho no contemplado en el artículo citado», «pues el demandante impugna la paternidad dentro del plazo de un año, contado a partir del momento en que tuvo noticia de la inscripción en el Registro Civil, como hija matrimonial, del nacimiento de la hija que tuvo su mujer después de los trescientos días de la separación legal»; cabe, pues, una interpretación amplia del artículo 136.I CC «que no se limite únicamente al hecho de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, sino que incluya, además, el conocimiento de tal hecho» («La impugnación de la paternidad matrimonial por el marido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Actualidad Civil*, n.º 8 abril 2004, p. 859 y nota 7).

(66) RJA 2003, 24.

(67) RJA 2003, 6227.

(68) RJA 2003, 5057.

(69) Vemos que, estando el Tribunal Supremo convencido de que no hay razón para dejar de aplicar el plazo de caducidad regulado en el artículo 136 CC, no otorga tampoco ningún valor a la negativa de la demandada a someterse a pruebas biológicas en su Sentencia de 21 de julio de 2000, achacando incluso al propio actor su no realización: «en la exposición de circunstancias que éste [el recurrente] hace viene a reconocer paladinamente que admitida la prueba de análisis biológico de sangre y fallida su práctica en primera instancia por negativa de la demandada a prestarse a ella, el recurrente desiste de la misma y no la propone en segunda instancia, colocando así a la Sala, además de por las otras razones que la misma expone, en la más absoluta falta de prueba por decisión de la misma parte interesada en ella, parte a la que, justamente —no es válido su reproche de desviar a otros las consecuencias de su sola decisión—, es imputable la falta de práctica de dicha prueba y las posibles, que no fatales, consecuencias de su práctica por negativa del sujeto —objeto de la misma— ya que al faltar la propuesta, y fatalmente por ello su admisión o inadmisión, no cabe concluir como hace el recurrente».

probatorios (70). Aunque lo indica al final, razona el Tribunal Supremo que «además, no es posible olvidar que el plazo del ejercicio de la acción de impugnación había ya caducado, lo que, impediría, en todo caso, cualquier otro planteamiento».

Si fueran correctos los argumentos en los que se basa el Tribunal Supremo para sustentar la tesis *contra legem* expuesta (por este solo motivo rechazable), y se aplicasen al pie de la letra, casi toda la regulación legal de las acciones de filiación sería inconstitucional. Porque limitaciones son las referencias a los legitimados activamente para reclamar o impugnar la filiación (excluyendo *sensu contrario* a cualquier otro aunque tenga interés en que queda establecida la verdadera filiación) (71), los plazos de caducidad establecidos para impugnar la filiación y el principio de prueba necesario para admitir a trámite la demanda (que comenzó recorriéndose en el derogado artículo 127 CC para pasar después al artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En el fondo es lo que late en la interpretación que el Tribunal Supremo ha ido aquilando de los artículos codificados que se han puesto en tela de juicio, aparte del artículo 136. El principio de prueba exigido legalmente ha

(70) La recuerda, entre las más recientes, la STS de 5 de julio de 2004 (RJA 2004, 5454), que entra a conocer de la demanda interpuesta por los herederos del marido tanto contra el reconocimiento, como contra la filiación matrimonial determinada en su virtud, del hijo de su segunda esposa (al poder impugnarse el título o la filiación, incurre en incongruencia omisiva la sentencia que sólo da respuesta a la primera cuestión). Un ejemplo reciente e interesante (pues habían transcurrido muchos años desde el nacimiento del hijo) de falta de declaración de la filiación reclamada, a pesar de la negativa del demandado —que se quiere como padre— a someterse a pruebas biológicas, lo tenemos en la STS de 25 de junio de 2004 (RJA 2004, 4319): razona el Tribunal Supremo que «en lo concerniente a la relevancia que haya de darse a la negativa a la práctica de la prueba biológica, la doctrina jurisprudencial que se cita en el motivo no fue conculcada por la sentencia recurrida, pues de ella no se deduce la radical consecuencia de imponer la paternidad discutida, y tampoco la valoración efectuada en dicha resolución de la conducta negativa del demandado, en conjunción con el resultado de las pruebas practicadas, es absurda o ilógica, habida cuenta de que se reclama la paternidad transcurridos casi 54 años del nacimiento del actor, sin datos documentales sobre la existencia de relaciones sentimentales al tiempo de la concepción y sin otro apoyo que determinados testimonios que la Sala, tras apreciar, con razonable criterio, su escasa o nula credibilidad y fiabilidad, no les dio el valor de indicios suficientes para integrarlos en el dato de la negativa a la prueba biológica, tesis que se corresponde con la línea jurisprudencial sobre la materia».

(71) Cuando es la sedicente nieta la que demanda la determinación de la filiación, el Tribunal Supremo ha exigido estrictamente el requisito de la posesión de estado previsto por el art. 131 CC, que como es sabido extiende sobremanera la legitimación activa para reclamar la filiación basada en la posesión de estado (STS de 16 de marzo de 2005 [RJA 2005, 2387]).

quedado reducido a la declaración del actor de practicar las pruebas necesarias (en particular la biológica) en el momento procesal oportuno. La legitimación del progenitor para reclamar su paternidad aun sin posesión de estado, frontalmente opuesta a lo pretendido por el legislador en el sistema pergeñado en los artículos 131 a 134 CC, hace mucho tiempo que no se cuestiona. Y la «complacencia» con que se permite la impugnación de los reconocimientos de complacencia (conscientemente inveraces en el momento de su otorgamiento) en algunas Sentencias no es más que expresión de la supremacía de la verdad biológica.

En realidad, los casos en los que el Tribunal Supremo se aparta de lo dispuesto por el artículo 136 presentan la particularidad de que, además de quedar probada en juicio la falsedad de la paternidad determinada, el marido ha actuado con premura una vez averiguada tal falsedad (72). Por lo que lo criticable para el Alto Tribunal no parece ser el establecimiento de un plazo de caducidad para impugnar la paternidad, sino el momento en que empieza a correr tal plazo. Y, sin sostén que lo permita, se refugia en alguna Sentencia en el artículo 1969 CC (73), que fija el *dies a quo* para la prescripción de toda clase de acciones, «cuando no haya disposición especial que otra cosa determine» (como sería el artículo 136 CC), en el día en que pudieron ejercitarse.

En conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sería favorable a contar el plazo del año del artículo 136 desde el momento en que el marido tuviera los elementos de juicio necesarios para, dudando de su paternidad, poder impugnarla. Ese nuevo *dies a quo* es el que fijó el legislador catalán en el Código de familia, ante el temor de que pudie-

(72) Vid. mi comentario a la STS de 23 de marzo de 2001, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 57, pp. 767 y ss. Como resume la citada STS de 15 de septiembre de 2003, «[l]a jurisprudencia de esta Sala [...], en los casos en los que la paternidad resulta absolutamente descartada, como aquí ocurre, ofrece serios problemas de contradicción con los principios que informan la Ley de 13 de mayo de 1981», y en el caso cobra gran relevancia el hecho de que el conocimiento de la esterilidad del demandante se produjo el 20 de noviembre de 1997 (presentándose la demanda de impugnación el 6 de julio de 1998, más de 13 años después de la inscripción del nacimiento), fecha del informe del urólogo al que acudió el padre ante las dificultades de tener descendencia de su segundo matrimonio. En la Sentencia de 3 de diciembre de 2002 queda igualmente excluida la paternidad biológica del actor según las investigaciones, valoraciones y conclusiones realizados por el Departamento de Fisiología y Farmacología, División de Medicina Legal de la Universidad de Cantabria.

(73) Rotundamente defiende la STS de 15 de septiembre de 2003 que «no se da la caducidad de la acción denunciada, pues el «dies a quo» se cuenta desde el momento en que el demandante tuvo conocimiento cierto, apoyado en prueba científica, de su incapacidad para procrear (artículo 1969), lo que ratificó la prueba practicada de investigación de la paternidad».

ra ser declarado inconstitucional el artículo 12.1 de la Ley 7/1991, de filiaciones (74). Según su artículo 106, el marido puede ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el término de dos años contados desde la fecha en que conoció el nacimiento del hijo o hija o desde el descubrimiento de las pruebas en las que fundamenta la impugnación. Lo más grave del caso, llevando hasta sus últimas consecuencias este *dies a quo*, es que tanto los hijos y descendientes del marido como sus herederos! cuentan también con dos años desde que conocen el nacimiento o las pruebas en que fundan la impugnación para interponer esta acción, si el marido falleció sin conocer alguno de estos datos (artículo 106.2 y 3 CF) (75).

4. La arbitrariedad del nuevo dies a quo

Un inconveniente visible en la doctrina jurisprudencial reseñada, que en cierto modo ha sido confirmada (o, si se prefiere, impuesta) (76) por el Tribunal Constitucional aunque parezca decir otra cosa, es la facilidad con que el actor puede preconstituir, a su conveniencia, la prueba del día de conocimiento de la falsedad de su paternidad (77). Antes

(74) Se había presentado una cuestión de inconstitucionalidad contra él, por posible vulneración de los artículos 14, 24.1 y 39.2 CE (de modo semejante a lo que alegaban las cuestiones de inconstitucionalidad sobre el artículo 136 CC). El ATC de 9 de marzo de 1999 declaró terminado el proceso por desaparición sobrevenida de su objeto. El profesor RIVERO, *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, ed. Atelier, 2001, pp. 279-287, ha hecho una rigurosa defensa de la constitucionalidad del derogado artículo 12 de la Ley de filiaciones catalana, y debo avanzar que el pensamiento vertido en este trabajo es tributario de sus enseñanzas.

(75) Aunque se ha resaltado que en este supuesto de legitimación propia de los hijos, descendientes y herederos, a diferencia de cuando la tienen por sucesión procesal o cuando la tiene el marido, el plazo corre desde conocen las pruebas, no desde que éstas se descubren (GETE-ALONSO, «Article 106», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella y a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, dir. J. Egea e J. Ferrer, Tecnos, 2000, p. 501), entiendo que el descubrimiento, y por tanto conocimiento, por el legitimado que actúa es en todo caso el que marca su plazo de caducidad para impugnar.

(76) CARRASCO, en la tribuna dedicada a la STC de 26 de mayo de 2005, emplea la expresión *tour de force* finalmente impuesto por el Tribunal Constitucional («Los hijos de mi mujer», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 683/2005).

(77) VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, pp. 360-361, ha advertido el problema que genera un *dies a quo* como el fijado por el legislador catalán para interponer acciones de impugnación de la filiación: «queda en buena medida en manos del marido impugnante», y pone como ejemplo el

de la fecha del informe médico de la esterilidad del marido, o de su no paternidad biológica, etc., ya ha podido conocer que no es el verdadero padre (o por lo menos la infidelidad que permita hacer dudar de la paternidad). Pero al presentar un informe médico o una prueba biológica o las declaraciones sobre la infidelidad de su mujer en el proceso de separación o divorcio, se tomarían estos momentos como *dies a quo* de la acción de impugnación trasladando a la mujer la carga de la prueba de que antes ya se había producido el conocimiento. Las dudas sobre ese *dies a quo* se dieron, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS de 3 de diciembre de 2002, sobre la impugnación de la paternidad matrimonial de dos menores tras el divorcio de sus padres. Si el conocimiento de la no paternidad se hubiera producido al tramitar el convenio regulador, ya habría caducado la acción (como entendieron el Juzgado y la Audiencia), pero el Tribunal Supremo entiende que ese conocimiento tuvo que producirse después, dados los términos del convenio (78); más concretamente en el mes de marzo de 1994 (no se nos dan más datos), por lo que actuó en plazo al impugnar la filiación.

En este punto procede advertir que no es lo mismo el conocimiento de la no paternidad que la posibilidad de conocimiento, porque ya se duda de su veracidad (al descubrir la infidelidad de la mujer). ¿El nuevo *dies a quo* establecido por la jurisprudencia y la doctrina constitucional debe coincidir con el conocimiento de la no paternidad? Porque si es así, las meras sospechas de la infidelidad o incluso el pleno conocimiento de la infidelidad no darían inicio al plazo de caducidad para interponer la acción de impugnación. Además, ¿cuándo se entiende que el marido conoce que no es el padre en caso de que no sea estéril? En puridad, este conocimiento sólo vendría dado por una prueba biológica negativa de paternidad.

Con estas preguntas sólo pretendo incidir en la falta de concreción

caso de la SAP Barcelona de 10 de marzo de 2000 (el hijo nace en 1985, y a pesar de las sospechas del marido, el estudio genético en que se basa la demanda no se realiza hasta 1997, por lo que la Audiencia entiende que la acción interpuesta en 1998 no ha caducado). Concluye el autor que no parece razonable que el descubrimiento de nuevas pruebas «se configure jurisprudencialmente de tal forma que quede libérrimamente en manos del marido de la madre la posibilidad de alegar en cualquier instante que se ha verificado dicha situación y comienza en ese momento a transcurrir el plazo de impugnación» (ob. cit., p. 364).

(78) El padre cedía, por partes iguales, la mitad indivisa del piso cuya propiedad le correspondía a los dos hijos, nacidos respectivamente en 13 de mayo de 1983 y 5 de julio de 1985; se pactó un amplio régimen de visitas a favor del demandante, y se dispuso la entrega de la cantidad mensual de 20.000 pesetas a cargo de éste para el levantamiento de las cargas familiares de educación y manutención.

que apreciamos, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina constitucional, sobre el criterio para determinar el día en que comenzaría a contar el plazo de caducidad de la acción de impugnación si el marido descubriese, más tarde del año posterior a la inscripción de nacimiento, que es estéril o que su mujer ha mantenido relaciones sexuales con otro u otros hombres en el período legal de concepción. Puede entenderse que al Tribunal Constitucional le falta precisión cuando declara que el artículo 136 CC «cercena el acceso a la jurisdicción del padre *que descubre no serlo* una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación» (FJ 4.º de la STC 138/2005), por lo que es inconstitucional «en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr *aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico* de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro civil» (fallo de la STC 138/2005) (79) Pero también puede interpretarse que el Tribunal Constitucional considera constitucional únicamente el establecimiento de un plazo de caducidad que comience cuando el marido *sabe* que no es el padre, no corriendo para él tal plazo mientras no llegue a este grado de conocimiento.

Parece evidente que esta segunda interpretación deja todavía más amplio margen de maniobra al marido a la hora de decidir cuándo interpone la acción de impugnación. Puede sospechar que su mujer le ha sido infiel y no actuar, sin que caduque la acción; puede estar seguro de que su mujer le ha sido infiel y no actuar, sin que caduque la acción; y ya cuando no quiera más constar como padre, puede conseguir una prueba de paternidad que, si arroja un resultado negativo, le permitiría ejercer una acción de impugnación durante el plazo de caducidad establecido. Sinceramente, no creo que sea de recibo, ni siquiera para los que defienden el derecho del marido a desligarse en estos casos de una falsa paternidad, conceder a la voluntad de éste tal libertad para determinar hasta qué momento quiere constar y ejercer como padre.

Como actuación sustentada en el error en el que se vivía y del que se ha salido, es exigible una determinada diligencia al marido (80). Desde que pudo conocer la verdadera realidad (su no paternidad), de acuerdo con los dictados de la buena fe, es el momento en que debería empezar

(79) La cursiva es mía.

(80) Incide también en la diligencia exigible al marido, al apuntar posibilidades de reforma del artículo 136 CC, GARCÍA VICENTE, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, en prensa.

a correr el plazo de caducidad para impugnar la filiación (81). Y habría sido deseable que el Tribunal Constitucional hubiera matizado expresamente el nuevo *dies a quo* en este sentido. Desde el momento en que el marido tiene noticia de la infidelidad de su mujer, o aprecia que los rasgos faciales del nacido no coinciden con los de los cónyuges, puede dudar de su paternidad, por lo que ya no puede ampararse en el desconocimiento de la verdad para intentar evitar que corra el plazo de ejercicio de la acción de impugnación (82). Llama la atención, sin embargo, que el Tribunal Constitucional no haya hecho ninguna alusión a esta salvedad, cuando los antecedentes de hecho de la Sentencia 138/2005 le daban pie para ello (83). En efecto, leemos en el segundo Antecedente que el actor había alegado en su contestación a la demanda de separación interpuesta por su esposa, entre otros motivos, las continuas infidelidades de ésta, que junto a los rasgos físicos del menor le llevaron a sospechar que éste no era hijo biológico suyo, sino de un tercero de nacionalidad peruana con el que su esposa había mantenido relaciones extramatrimoniales. El niño había nacido el 18 de abril de 1992; la demanda de separación matrimonial se había formulado el 25 de enero de 1993 (menos de un año después del nacimiento, por tanto), y las pruebas de paternidad se realizaron el 27 de agosto de 1993. La demanda de impugnación fue interpuesta el 25 de octubre de 1993. El magistrado Eugenio Gay Montalvo sí repara en esta circunstancia, afirmando en su voto particular que «no parece desproporcionado ni injustificado considerar que se puede impugnar la paternidad en el plazo de un año desde la inscripción en el Registro (máxime si, como aquí ocurre, es el propio padre le-

(81) La incidencia de los principios de autorresponsabilidad y buena fe en la relevancia del error padecido en la formación de los contratos es de sobra conocida, derivando de tales principios, tanto la doctrina como la jurisprudencia, el requisito de la excusabilidad (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 5.ª ed., Madrid, 1996, p. 184).

(82) GARCÍA VICENTE, en su comentario a la STC 138/2005, de 26 de mayo, que como buen amigo que es amablemente me facilitó antes de su publicación, recoge como nuevo *dies a quo* fijado por la jurisprudencia (y la doctrina de Audiencias que la sigue) que el marido sepa o pueda saber con razonable certeza que la paternidad inscrita en el Registro civil es falsa. En mi opinión, esta atemperación del conocimiento de la no paternidad sigue siendo insatisfactoria salvo que signifique que descubierta la infidelidad ya puede el marido saber con razonable certeza que la paternidad es falsa (pues puede acudir a un centro para que se practiquen pruebas biológicas).

(83) Sin embargo, en el ATC de 29 de noviembre de 2002 (RTC 2002, 247 Auto) se admite el recurso de amparo interpuesto por el marido, en el que se alegaba la vulneración de la tutela judicial efectiva, porque el actor reconoce haber tenido dudas sobre su paternidad cuando todavía faltaba algo más de un mes para que venciera el plazo de caducidad fijado en el artículo 136 CC.

gal quien lo hace pese a las sospechas fundadas de infidelidad que posteriormente aduce». Y dice más: desde que conoce el nacimiento, el marido puede solicitar las pruebas de paternidad, por lo que, se podría concluir aunque en el voto particular no se haga, que si el marido no ha salido de su error es porque no ha querido (84).

IV. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 136 CC

1. Las Sentencias de 26 de mayo y 9 de junio de 2005

El Pleno del Tribunal Constitucional, con tres magistrados disidentes, ha considerado que el artículo 136 CC es inconstitucional, por lo que respecta a la fijación del *dies a quo* del plazo de caducidad fijado para interponer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido (SSTC 138/2005, de 26 de mayo, y 156/2005, de 9 de junio). Debe tenerse en cuenta el conocimiento de la no paternidad por el marido, lo que no prevé el precepto (85).

La minoría del Pleno responde de manera distinta a la pregunta de si es constitucional o no tal precepto, o parafraseando al magistrado D.

(84) En el voto particular lo que se concluye es que «de no ejercer dicho derecho, es su autonomía de la voluntad (sustentada, por cierto, también en el valor de la dignidad de la persona así como el libre desarrollo de la personalidad), la que como valor constitucional debiera igualmente ponderarse y salvaguardarse en necesaria armonía con los dos apartados del art. 10 de nuestra Constitución».

(85) Algunos autores se habían pronunciado a favor de esta tesis. Así, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La impugnación de la paternidad matrimonial por el marido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Actualidad Civil*, n.º 8 abril 2004, p. 863: «El cómputo del plazo señalado [...] debería también partir [...] del momento en que el marido de la madre tuviera conocimiento, proveniente de prueba científica indubitada, de que no es el padre biológico del hijo de su esposa». La reforma del Derecho catalán de filiación, para introducir esta importante novedad, fue también aplaudida por Gete-Alonso, p. 500, estimando que el legislador ha sido sensible a la realidad. Y VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, pp. 363, 380 y 387 (respectivamente), estima positivo el cambio dado por el legislador catalán, «al ofrecer al marido de la madre una posibilidad real de impugnar su paternidad», «acorde con los tiempos» la doctrina contenida en la STS de 30 de enero de 1993, e indudable que de *lege ferenda* «el *dies a quo* previsto por el artículo 136 C.c. debe ser modificado añadiendo un criterio que permita al marido impugnar su paternidad en un plazo razonable (ciertamente, de caducidad) a partir del momento en que dispone de elementos que le permiten cuestionarse su propia paternidad».

Eugenio Gay, si «la medida adoptada por el legislador resulta adecuada a nuestro canon de constitucionalidad, ya que pondera de modo proporcionado los intereses constitucionales en juego». En esencia, los dos votos particulares coinciden en señalar que la protección constitucional se extiende a los hijos y a las madres, pero no a los padres, por lo que no se puede considerar inconstitucional una norma que limite el plazo en el que puede luchar un marido contra su paternidad.

Contesta el Tribunal Constitucional a sendas cuestiones de inconstitucionalidad (86), que vienen a interrogarle sobre la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) por el artículo 136, párrafo primero CC: la respuesta del máximo intérprete de la Constitución es, en este sentido, afirmativa. En la primera cuestión se alegan también, como posiblemente vulnerados, el derecho a la igualdad en la ley (artículo 14 CE), que a juicio del Tribunal Constitucional no ha sido conculcado, y el principio de la libre investigación de la paternidad (artículo 39.2 CE) en su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva. Conviene recordar que otra cuestión de inconstitucionalidad relativa a la fijación del *dies a quo* para interponer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en la legislación catalana, antes de la aprobación del Código de Familia, no obtuvo respuesta sustantiva al considerar el Tribunal Constitucional que el proceso quedaba sin objeto debido a la sustitución, con efectos retroactivos, del artículo 12.1 de la Ley de filiaciones catalana —con un contenido similar, en este punto, al del artículo 136.I— por el artículo 106 del Código de Familia (ATC 47/1999, de 9 de marzo).

La posible tacha de inconstitucionalidad del artículo 136.I CC, y por las mismas razones, fue ya puesta sobre la mesa del Tribunal Constitucional por medio de un recurso de amparo contra las resoluciones que, aplicando tal artículo, habían entendido caducada la acción interpuesta por el marido (87). Por Auto de 29 de noviembre de 2002, de la Sala

(86) La primera fue elevada, en 1996, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17, de los de Madrid, y la segunda, en 2003, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gandía.

(87) En otro recurso de amparo, resuelto por la STC 208/2001, de 22 de octubre, se denunció la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no practicarse las pruebas biológicas solicitadas en un proceso de impugnación de la paternidad matrimonial en el que se declaró caducada la acción. El Tribunal Constitucional no se cuestionó la constitucionalidad o no del plazo de caducidad, pues no se pidió por el recurrente, y declaró que «decae la relevancia de una actividad probatoria cuyo resultado no podría ya influir en la resolución judicial impugnada, puesto que no podía ser relevante para el sentido del fallo la práctica de la prueba heredobiológica, ya que tanto la Au-

Primera, Sección 1.^a (88), se inadmitió este recurso, que denunciaba la vulneración por las resoluciones recurridas de los artículos 14 y 39.2 CE, por una parte, y del artículo 24.1 CE, por otra. Alegaba el recurrente que las sentencias de instancia, al ser dictadas conforme al artículo 136 CC, irrogaban una clara discriminación para los hijos matrimoniales, en comparación con los hijos extramatrimoniales, cuando es el padre registral quien impugna su paternidad: mientras que la filiación de los hijos matrimoniales no puede ser puesta en duda pasado un año desde el conocimiento paterno del nacimiento, el reconocimiento de una filiación no matrimonial puede impugnarse más tarde, esto es, en el año posterior al cese del vicio del consentimiento (artículo 141 CE). La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva vendría dada por la imposibilidad de ejercer el derecho al proceso en un caso, como el de autos, en que el padre conoce los hechos que le inducen a dudar de la paternidad pasado el año siguiente al conocimiento del nacimiento del hijo matrimonial. El Ministerio Fiscal se mostró contrario a la admisión del recurso de amparo, por defectos formales en cuanto al principio de igualdad (no invocación en el proceso y no planteamiento correcto del juicio de igualdad), y en el caso de la tutela judicial efectiva porque, en el supuesto concreto, no se ha obstruido de modo irracional el acceso al proceso ya que la acción pudo ser ejercitada dentro del plazo legal al tener el actor dudas sobre su paternidad antes de que finalizase. El Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre la posible conculcación del artículo 14 CE, por el defecto procesal apuntado en primer lugar por el Ministerio Fiscal; y, en lo que atañe a la tutela judicial efectiva, el hecho de que el actor reconozca haber tenido dudas sobre su paternidad cuando todavía faltaba algo más de un mes para que venciera el plazo de caducidad fijado en el artículo 136, inclina la balanza en contra de la admisión del recurso de amparo.

Las circunstancias del caso concreto, que individualizan cada recurso de amparo, no condicionan, sin embargo, las cuestiones de inconstitucionalidad. De ahí que ahora, e interpretado en términos generales el artículo 136, el Tribunal Constitucional sí haya entendido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Desgranemos sus razonamientos.

diencia Provincial como el Tribunal Supremo consideraron que, en cualquier caso, la acción para la impugnación de la filiación había caducado».

(88) RTC 2002, 247 Auto.

2. El artículo 136.I no vulnera el principio de igualdad en la ley

A) La impugnación de la filiación determinada en virtud de la presunción de paternidad *versus* la impugnación del reconocimiento de filiación por vicios del consentimiento

Se alega en la primera cuestión de inconstitucionalidad mencionada (89) que el artículo 136.I CC vulnera el derecho a la igualdad (art. 14 CE), pues se trata de manera diversa la impugnación de la filiación matrimonial determinada en virtud de la presunción legal de paternidad y la impugnación de la filiación, matrimonial o no matrimonial, determinada por medio de reconocimiento: en la primera, no se toman en consideración los vicios del consentimiento a la hora de regular el plazo de caducidad de la acción, mientras que en el segundo caso sí (arts. 138 y 141 CC). Razona el Tribunal Constitucional, para resolver este interrogante, que hay que examinar si los supuestos de hecho que se aportan como términos de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere. Y llega a la conclusión de que «los términos de comparación ofrecidos por el órgano judicial proponente de la cuestión no ofrecen la homogeneidad necesaria para poder trabar con seguridad un juicio de igualdad en la ley». Mientras que el artículo 136 regula un supuesto de impugnación de la paternidad por defecto de veracidad, el artículo 141 regula un supuesto de impugnación del título que determinó una filiación. El Tribunal Constitucional se hace, pues, eco, de la asentada distinción doctrinal entre los dos tipos de acciones de impugnación (90): la de la filiación determinada, por no coincidir con la realidad biológica, y la del título (o medio para constatar la filiación: reconocimiento, presunción de paternidad ...) que permitió la determinación de la filiación, por concurrir algún defecto en su formación.

Estas afirmaciones de la Sentencia serían remarcables (91): «Los supuestos de hecho contemplados no presentan una igualdad sustancial y la diferenciación normativa establecida está dotada de una justificación suficiente, objetiva y razonable. Tal justificación radica en última instancia en los distintos regímenes de determinación de la filiación, y más concretamente de la paternidad». En un caso, para determinar la paternidad juega una pre-

(89) Vid. el Fundamento Jurídico 3.º de la STC 148/2005.

(90) Últimamente, VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, p. 353, con cita de autores.

(91) La cursiva es mía.

sunción legal con base en el nacimiento del hijo de mujer casada en unos determinados plazos, mientras que en el otro, al determinarse la filiación «por un *acto de consentimiento*, es necesario para su validez que éste no se encuentre afectado por alguno de los vicios que invalidan el mismo (error, violencia o intimidación)». «En definitiva, la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del art. 136 CC descansa sobre presupuestos diferentes que las acciones de impugnación contempladas en los arts. 138 y 141 CC, lo que justifica que el legislador haya establecido un diferente *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción de impugnación de la paternidad en atención a las distintas formas de determinación de la filiación, sin que tal diferenciación normativa pueda reputarse como arbitraria, discriminatoria o carente de fundamento conforme a lo expuesto».

Efectivamente, cuando la filiación se ha determinado en virtud de una presunción de paternidad, no hay voluntad ninguna del presunto padre que intervenga directamente en esa determinación. La presunción opera automáticamente cuando se dan sus presupuestos, lo quieran o no los afectados por ella. Sin voluntad, no cabe hablar de vicios que la invaliden y que, al dejar de existir, puedan marcar el inicio del plazo para ejercer la acción que tienda a luchar contra tal invalidez. Los distintos mecanismos de determinación (en un caso, presunción de paternidad; en el otro, reconocimiento del hijo), se han esgrimido también en la doctrina como razón de la diferencia, aunque cabe cuestionar que pueda fundamentar tratamientos tan dispares (92), porque el error es un vicio del consentimiento muy especial en sede de filiación.

El conocimiento falso de la realidad es un hecho que puede afectar tanto al reconocimiento de la filiación (esto es, al título de determinación), como a la filiación misma. Si el error versa sobre la realidad de la paternidad reconocida (el reconocedor creía ser el padre del reconocido cuando en realidad no lo era), sustantivamente da lo mismo impugnar el reconocimiento por vicio del consentimiento (por error o falsa representación de la realidad), que impugnar la filiación por defecto de veracidad. Ha de probarse lo mismo por el actor. Pero en el tratamiento

(92) VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, p. 397, que discrepa de su maestro, el profesor RIVERO, para quien no es razonable comparar esas normas a efectos de discriminación constitucional. También CORDERO CUTILLAS, *La impugnación de la paternidad matrimonial*, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2001, p. 167, considera discriminatorio el distinto tratamiento al que se somete al marido. Véase igualmente el comentario a la STC 138/2005 de GARCÍA VICENTE para *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, en prensa.

legal de estas situaciones sí hay desigualdad: cuando se ha determinado una filiación no matrimonial, al progenitor, aunque haya transcurrido el plazo previsto por el artículo 140, siempre le quedará el plazo del artículo 141; mientras que cuando se ha determinado una filiación matrimonial con base en la presunción de paternidad, no cabrá alegar el error después del año posterior a la inscripción de nacimiento. La situación, insistimos, es la misma: constancia de una paternidad inveraz sobre la que estaba equivocado el progenitor determinado (93).

¿Pero esa desigualdad es discriminatoria? Creo que no, lo que no obsta para que el legislador, en el futuro, pueda establecer otra norma más conforme con el principio de verdad biológica y menos con el de seguridad jurídica (94). Porque cuando la filiación se determina con base en una presunción derivada de la existencia de matrimonio (o de la existencia de una relación de pareja equiparable), y no se permite impugnarla por defecto de veracidad en cualquier momento en que éste se descubra, se está haciendo responsable a un hombre de las consecuencias derivadas de convivir con una mujer. La convivencia, con todas sus ventajas y riesgos, ha sido asumida voluntariamente por el varón de la pareja (como por la mujer), y la voluntad ya no se tiene en cuenta en la determinación de la filiación de los hijos de la mujer mientras dure tal convivencia. ¿Y por qué se le debe hacer responsable al marido, sean o no suyos, de los hijos de su mujer, si no impugna la filiación en el plazo marcado por la Ley? —se preguntarán algunos—. Pues se me ocurre, por ejemplo, que es difícilmente justificable que un cónyuge deba pagarle una pensión compensatoria al otro cuando se separan o divorcian (artículo 97 CC), y, sin embargo, pueda librarse entonces sin más de la carga de un hijo que no tuvo ni arte ni parte en su venida al mundo.

La corrección de una decisión legislativa como la contemplada en el artículo 136 CC me parece, pues, defendible desde la perspectiva del interés del hijo y la seguridad jurídica, pues ésta no se consigue en absoluto estableciendo como *dies a quo* el descubrimiento de la verdad (¿qué seguridad jurídica hay si, en un caso extremo, un padre puede impug-

(93) GARCÍA VICENTE sigue pensando, por ello, que hubiera sido posible estimar la inconstitucionalidad del artículo 136 CC por esta razón («Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, en prensa).

(94) En mi comentario a la STS de 23 de marzo de 2001, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 57, p. 766, ya sostuve que el *dies a quo* fijado por los artículos 136, 137 y 140 CC «es completamente ajeno al conocimiento de esa verdad, y por ello censurable, pero desde la perspectiva de la estricta seguridad jurídica es un *dies a quo* razonable».

nar la paternidad 60 años después del nacimiento de su hijo?). Es obvio que los maridos no lo verán así, aunque tampoco creo que lleguemos al «espantoso horizonte de desintegración social» que se ha preconizado por la escasa sensibilidad hacia lo masculino de los tribunales (al hilo de la falta de indemnización por el incumplimiento del deber matrimonial de fidelidad) (95). Escasa sensibilidad que, probablemente, también se me censurará.

B) Otros posibles términos de comparación

Como no se le interroga sobre ello, el Tribunal Constitucional no se detiene a meditar sobre el posible tratamiento discriminatorio que reciben los maridos en el artículo 136 CC si los comparamos, no con los maridos que reconocieron su paternidad, antes o después de celebrarse el matrimonio (siéndoles entonces aplicables los artículos 138 y 141 CC), sino con las madres que pueden impugnar su maternidad en caso de suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo (artículo 139 CC), o, si la filiación matrimonial no fuera acompañada de posesión de estado, con los legitimados para impugnar la paternidad no matrimonial cuando no hay posesión de estado (artículo 140 CC) (96).

A mí me parece que la comparación entre los artículos 136 y 139 CC, a los efectos de realizar un juicio de igualdad, no procede por la excepcionalidad del segundo. Con anterioridad se han señalado las razones que convierten en muy desafortunada la norma del artículo 139 (97),

(95) CARRASCO, «El precio de la infidelidad», *Tribuna de Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 666/2005. Advierte que los varones no querrían contraer matrimonio, dándoles igual si los hijos de la mujer con la que yacen son suyos o de otro. En esta línea de razonamiento *para evitar males mayores*, el autor ha aplaudido la solución dada por la STC 138/2005, entre otras razones, porque el «engañado marido acabará haciendo la vida imposible al chaval y a su madre, imposibilitando cualquier forma de convivencia pacífica. Y Dios no quiera que la cosa acabe en las estadísticas de la violencia familiar. Es mucho mejor que aquí prevalezca la verdad biológica, y que el marido pueda siquiera marcharse en paz, sin lastres de mentidas paternidades» (CARRASCO, «Los hijos de mi mujer», *Tribuna de Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 683/2005). Sobran los comentarios.

(96) A juicio de GARCÍA VICENTE, «La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código civil: algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 15, 2001, pp. 134 y 137-142, podría concluirse, aun con dudas, que el artículo 136 CC provoca una discriminación reprochable si lo comparamos con los preceptos que regulan la impugnación del reconocimiento por error, la impugnación de la maternidad matrimonial y la impugnación de la paternidad no matrimonial.

(97) Vid. *supra* nota 4.

debiendo insistir aquí en su contradicción con los principios que inspiran el sistema de las acciones de impugnación, como el de seguridad jurídica y el del *favor filii* (la mujer que incurre en el delito de suposición del parto podría en cualquier tiempo impugnar su maternidad) (98).

Más fundamento tiene cuestionarse la conculcación del principio de igualdad por no prever específicamente, para el marido, la acción de impugnación de su paternidad cuando no ha ido nunca acompañada de posesión de estado. Mientras que el artículo 137 CC, cuando quien impugna la paternidad matrimonial es el hijo, establece en su último párrafo que es imprescriptible la acción, y el artículo 140 CC hace lo propio cuando se trata de impugnar la filiación no matrimonial (por comparación con el plazo establecido para el caso de que exista posesión de estado), el artículo 136 CC calla sobre el particular. Parece que lo relevante para establecer la imprescriptibilidad de la acción es la ausencia de posesión de estado, no que sea el hijo quien accione o que sea no matrimonial la filiación impugnada. ¿Qué razón justificaría que el marido no tuviera la misma oportunidad para acompasar la realidad oficial con la extraoficial? Si no ha prestado nunca alimentos al hijo (porque no se los han pedido) y no lo ha tenido en su compañía ni ejercido, en general, como padre (porque no ha querido), y tampoco hay una creencia generalizada en los círculos sociales en que se mueven los afectados de que sea el padre, ¿qué motivo podría evitar que el marido fuera tratado igual que el hijo y el progenitor no matrimonial?

Por el contrario, me parece que nos metemos en un terreno muy resbaladizo, y tampoco viene al caso, si comparamos los distintos plazos concedidos para impugnar la paternidad matrimonial y la no matrimonial, con posesión de estado. Un año para la primera (artículos 136 y 137 CC), y cuatro años para la segunda (artículo 140.II CC). En su momento puede que tuviera una razón de ser, por la distinta relevancia que tenía en la sociedad el matrimonio y la familia fundada en el matrimonio. Pero hoy carece absolutamente de justificación, como cualquier norma que, una vez determinada la filiación, extraiga consecuencias distintas en función de la existencia o no de matrimonio entre los progenitores. Por ello el legislador impelido por el Tribunal Constitu-

(98) Otros autores interpretan, al contrario, el artículo 136 CC por referencia al artículo 139 CC y concluyen que no es muy acorde con el principio de no discriminación el distinto tratamiento de la impugnación de la paternidad y la maternidad [por ejemplo, RIVERO, «Acerca de cierta jurisprudencia relativa a acciones de filiación. (¿Reconstrucción, reconstrucción de su régimen jurídico?)», *Revista del Poder Judicial*, 2004, n° 75, p. 97].

cional a reformar el artículo 136 CC debería reformar todo el régimen de las acciones de filiación, una de cuyas vigas maestras es la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial.

3. *El artículo 136.I vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el mandato al legislador de posibilitar la investigación de la paternidad*

A) Razones

Declara el Tribunal Constitucional, para cerrar el Fundamento Jurídico 4.º de su Sentencia 138/2005, que «el art. 136 CC cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. *La imposición al marido de una paternidad legal que, sobre no responder a la realidad biológica, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art. 116 CC), que siendo inicialmente iuris tantum (ATC 276/1996, de 2 de octubre, FJ 4) sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción iuris et de iure, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción» (99).*

Esta vulneración de los principios constitucionales no se aprecia en el establecimiento de un plazo de caducidad para impugnar la paternidad; tampoco en que ese plazo comience a contarse, en principio, desde la fecha de inscripción del nacimiento en el Registro Civil, siempre que el marido conozca tal nacimiento. Lo que resulta contrario a la Constitución es «que el legislador no prevea, a los efectos de que el plazo para el ejercicio de la acción comience a transcurrir, que el padre legal desconozca que no es el progenitor biológico de quien ha sido ins-

(99) Este párrafo es el que reproduce la STC 156/2005, de 9 de junio, para contestar del mismo modo a la segunda cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 136, remitiéndose, por lo demás, al resto de los razonamientos de la STC138/2005. La cursiva es mía.

crita como su hijo», «en lo que tiene de norma excluyente». Y ello porque «esa exclusión *ex silentio* tiene como consecuencia una *imposibilidad real de ejercitar la acción impugnatoria* por el marido que adquiere conocimiento de la realidad biológica una vez transcurrido un año desde que se hizo la inscripción registral. Esta exclusión resulta tanto menos justificada cuanto el conocimiento de ambos datos —el nacimiento del hijo inscrito y que no se es progenitor biológico— son presupuestos ineludibles no ya para el éxito de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial, sino para la mera sustanciación de la pretensión impugnatoria ya que en materia de acciones de filiación nuestro ordenamiento prevé que “en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde” [...]. La imposibilidad de ejercitar la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial mientras falte un principio de prueba, que sólo puede aportarse si existe el previo conocimiento de la discrepancia del Registro Civil con la realidad biológica, aboca al principio *actiones nondum natae nondum praescribuntur* (art. 1969 CC)» (100).

En conclusión, no ofrece dudas la constitucionalidad del plazo de caducidad desde la inscripción como regla general, y la constitucionalidad de la excepción desde el conocimiento del nacimiento, pero lo que se cuestiona es la no previsión de que el plazo no comienza mientras el progenitor desconozca que el hijo de su esposa no lo es suyo. Son los casos en los que no basta conocer la fecha del nacimiento para discernir la falsedad de la paternidad «los que exigen que se extienda la excepción a la regla general sobre la base de que el desconocimiento de la realidad biológica debe dar lugar a las mismas consecuencias que el desconocimiento del hecho del nacimiento». El legislador podrá establecer límites al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, «pero sólo serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida» (101).

(100) Significativamente el profesor RIVERO ya había escrito que una interpretación estricta del artículo 136 CC, sin dar la opción de impugnar su paternidad a quien no tuvo noticia de su imposibilidad dentro del plazo legal, podía ir contra el derecho a la tutela judicial efectiva [«Acercas de cierta jurisprudencia relativa a acciones de filiación. (¿Reconstrucción, reconstrucción de su régimen jurídico?)», *Revista del Poder Judicial*, 2004, nº 75, p. 95].

(101) La cursiva es mía.

B) Crítica: se parte de una premisa discutible

El Tribunal Constitucional presupone que el marido que descubre, en el momento que sea, que no es el verdadero padre del hijo de su mujer (o de la que fuera su mujer), tiene derecho en todo caso a verse liberado de tal paternidad legal (102). Si esto fuera así, efectivamente estaría mal establecido el *dies a quo* señalado por el legislador: la acción no puede ejercitarse sin conocer el dato de la falsedad de la paternidad. Como ha aclarado la jurisprudencia sobre la teoría de la «actio nata» en que se apoya el artículo 1.969 CC, la acción nace cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa (103). Y no cabe razonar que está mal señalado el plazo del artículo 136 CC porque el marido carece en ciertos casos del imprescindible principio de prueba exigido por el legislador. Este argumento es, en mi opinión, irrelevante, por la naturaleza adjetiva del requisito ahora previsto por el artículo 767 LEC: las acciones concedidas son las que deben admitirse si hay *fumus boni iuris*, y sólo para esas se exige un principio de prueba de los hechos en que se funda la demanda.

Pero el presupuesto del que parte el Tribunal Constitucional es muy discutible. Enlaza con el sentido del mandato del artículo 39 CE «la Ley posibilitará la investigación de la paternidad» y las exigencias derivadas de la protección de la dignidad de la persona (artículo 10 CE). En el Fundamento Jurídico 4.º de la STC 138/2005 se remarca la posible vulneración del mandado dirigido al legislador de posibilitar la investigación de la paternidad en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de acceso a la jurisdicción. Porque las pruebas biológicas han permitido conocer la verdad de la paternidad, lo que hace que cobre todo su sentido el mandato de posibilitar la investigación de la paternidad, cuya finalidad es la adecuación de la verdad jurídico-

(102) Es el presupuesto del que parte también la doctrina crítica con el *dies a quo* fijado por el artículo 136: cuando VERDERA SERVER, «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2002, p. 387, sostiene que «no establecer ese *dies a quo* adicional puede suponer que el marido no tenga oportunidad real de impugnar la paternidad», está dando por sentado que el marido debe tener la oportunidad de impugnar la paternidad una vez conocida su falsedad.

(103) SSTs de 25 de enero de 1962 (RJA 1965, 562) y 29 de enero de 1982 (RJA 1982, 334). La jurisprudencia, por otra parte, aplicando objetivamente el criterio de la ejercitabilidad de la acción, también ha considerado que los plazos de prescripción comienzan a correr aunque el titular de la acción desconozca la posibilidad de su ejercicio (REGLE-RO, «Artículo 1.969», en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por R. Bercovitz, ed. Aranzadi, 2000, p. 2207).

formal con la verdad biológica, «adecuación vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)», «tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona». Aunque el Tribunal Constitucional declara que el legislador ha de cohonestar ese principio de investigación de paternidad con los principios de protección del hijo y de seguridad jurídica (respondiendo al primero la acción de impugnación, y a los segundos la presunción de paternidad y los plazos de caducidad), no parece que resuelva en consecuencia, pues acaba dando preferencia casi absoluta a la verdad biológica en este concreto caso.

Esta supremacía asignada a la verdad biológica para declarar la inconstitucionalidad del *dies a quo* establecido por el artículo 136.I CC es no obstante, como hace notar el magistrado Guillermo Jiménez Sánchez en su voto particular, incoherente con la constitucionalidad de los plazos de caducidad y, en general, de las limitaciones a la posibilidad de ejercer la acción de investigación de la paternidad. Sólo si con ese concreto límite se desconociese el mandato de que la ley posibilite la investigación de la paternidad o se afectase, en términos negativos, a la dignidad de la persona, podría tacharse de inconstitucional el precepto, lo que es igualmente rechazado por el magistrado citado en atención a que la investigación de la paternidad reconocida por la Constitución protege a los hijos y las madres (no a los padres putativos) (104) y a que si afectase a la dignidad de la persona que constase como padre quien biológicamente no lo es, sería inconstitucional cualquier límite a la posibilidad de que prevaleciese la verdad biológica.

Por otra parte, el principio de verdad biológica no fue entendido de este modo en la famosa STC 116/1999, de 17 de junio (105), que resolvió el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. En esa ocasión el Tribunal Constitucional tenía que enfrentar con los artículos 10 y 39 CE dos conflictivas normas de la Ley antedicha: la inseminación de mujer sola (sin pareja) y el anonimato del donante de semen para la fecundación heteróloga. Y merece la pena recordar ahora sus razonamientos.

Para justificar que la fertilización de cualquier mujer (esté o no casada, sea o no su marido el donante de semen) no vulnera la institución familiar tal y como se consagra en la Constitución, se dijo en el Funda-

(104) De esta misma opinión es el otro magistrado que emite un voto particular a las SSTC 138/2005 y 156/2005 (Eugenio Gay Montalvo).

(105) RTC 1999/116.

mento Jurídico 13.º que la tesis de los recurrentes «arranca de una identificación entre la familia natural y la jurídica que carece de todo respaldo constitucional», siendo el ejemplo más evidente de la autonomía del instituto de la familia en su concepción estrictamente jurídica «que los hijos adoptivos se integren y constituyan una familia, aunque sus padres legales no se correspondan con los biológicos». Se concluye que «[n]o existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (SSTC 289/1993 y 114/1997)», siendo «perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas contenidas fundamentalmente en los arts. 8 y 9 de la Ley».

En cuanto a la pretendida incompatibilidad del artículo 5.5 de la Ley con lo dispuesto por el artículo 39.2 CE, se resuelve en sentido negativo en el Fundamento Jurídico 15.º entendiendo que la orden dada al legislador de que «posibilite» la investigación de la paternidad «no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor»; de modo que «la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art. 39.2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad». La justificación de la limitación de la investigación de la paternidad en este caso reside, según declara la propia Sentencia, en «la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de esas técnicas de reproducción asistida [orientadas —debe nuevamente recordarse— a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones —desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación— puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo». Influye, por último, en el ánimo del Tribunal que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, no ocasiona consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos.

De estas afirmaciones nos interesan para nuestro estudio dos en particular: la paternidad biológica no tiene que establecerse en todo ca-

so, pudiendo limitarse la investigación de la paternidad si concurre razón o justificación para ello. Comparto ambas, por lo que, en mi opinión, a la hora de enjuiciar la constitucionalidad del artículo 136.I CC debería haberse dado respuesta a la pregunta de si la limitación establecida por el legislador es razonable (con independencia de que pudiera regularse el problema de la impugnación de la filiación de otro modo más respetuoso con la verdad biológica). Y razones para restringir la impugnación de la paternidad por el marido creo que concurren. Como antes expuse, no me parece correcto legitimar en todo caso una actuación del marido contraria a la responsabilidad que cabe exigirle, por el hecho de haber contraído matrimonio, en el mantenimiento de los hijos habidos por la mujer que ha elegido como compañera y a los que ha tratado como hijos propios, por lo menos, mientras ha durado el matrimonio, pudiendo incluso decirse que perjudica la dignidad personal de los hijos necesitados de protección (106). Sin olvidar que el artículo 39.3 CE eleva a rango constitucional 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 y en los demás casos que legalmente proceda. Y padres pueden ser, a estos efectos, tanto los biológicos como los jurídicos. El interés de los hijos, valor fundamental de nuestro sistema de filiación, puede servir pues para modular el derecho de acceso a la jurisdicción de los progenitores (107).

(106) Ha reparado en ello el magistrado Guillermo Jiménez Sánchez en su voto particular a las SSTC 138/2005 y 156/2005: «no parece ocioso apuntar que no es en modo alguno difícil imaginar supuestos en los que la tutela de esa pretendida dimensión de la dignidad del padre putativo, haciendo que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad arranque del momento en el que llega a tener conocimiento del hecho de que biológicamente no es su hijo aquél a quien ha tenido como tal, puede repercutir sobre este último en términos perjudiciales, que seguramente cabría estimar, conforme a la misma lógica subyacente en la argumentación desarrollada por la mayoría del Pleno, contrarios a la dignidad de la persona. Baste hipotizar, por reducir a uno solo los numerosos supuestos que podrían plantearse, el caso de que, como consecuencia del enfrentamiento entre unos cónyuges con ocasión de un proceso de divorcio, el marido llegue al conocimiento de que el adolescente a quien ha tenido como hijo hasta ese momento no es tal. El ejercicio en ese momento de la acción de impugnación de la paternidad podría lesionar gravemente los legítimos intereses del hijo, situándole en una delicada posición personal y social, con más que probables secuelas psicológicas y morales, que quizá le acarree asimismo graves perjuicios en el plano económico. Y piénsese en que, frente a ello, puede no ofrecer más que un magro consuelo la posibilidad de ejercer la acción de reclamación de filiación no matrimonial (art. 133 CC) contra el padre biológico, porque éste puede ser desconocido, haber fallecido, estar en ignorado paradero, carecer de medios económicos».

(107) El magistrado Eugenio Gay Montalvo sustenta su voto particular a las SSTC

Admito que la sanción anudada a la responsabilidad expuesta (que es la regla del artículo 136.I CC) está reñida con los valores sociales actuales, resultando extremadamente gravoso para el hombre que forma otra familia, tras su divorcio, constar a todos los efectos y para siempre como padre de alguien que no es verdaderamente su hijo. Pero esto no convierte en inconstitucional la norma. Y lo que nadie discutirá es que el valor «seguridad jurídica» queda herido de muerte si todas las relaciones paterno-filiales establecidas pueden ser atacadas cuando no responden a la verdad biológica, sea cual sea el momento en que ésta se descubra.

4. *El artículo 136.I CC es inconstitucional pero no nulo, y no cabe una interpretación secundum constitutionem*

El Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico 5.º de su Sentencia de 26 de mayo de 2005, se plantea si cabe una interpretación del artículo 136 *secundum constitutionem* que lo salve de la declaración de inconstitucionalidad. Como hemos visto la jurisprudencia del Tribunal Supremo así ha venido a entenderlo en varias resoluciones (en contra de otra línea jurisprudencial), interpretando que el plazo se contará desde que el padre registral conoce no serlo biológicamente. Pero aunque el principio de conservación de la Ley apoya la búsqueda de esta interpretación *secundum constitutionem*, siempre que el texto no impida esa interpretación adecuada a la Constitución, no puede crearse una norma que no se halla en el texto legal. No es admisible una interpretación *contra legem*. En el caso, el artículo 136.I CC «no permite entender, sin forzar el sentido propio del enunciado, que el cómputo del plazo no empiece a correr por causas distintas de la única que se explicita, esto es, la ignorancia del nacimiento. Esta ignorancia del nacimiento se configura por el legislador como un hecho excepcional de la regla general (que el plazo para el ejercicio de la acción empieza a correr desde la inscripción registral), lo que impide una interpretación extensiva de la regla de excepción».

Por último resuelve el Tribunal Constitucional el problema de la nulidad de la norma inconstitucional (Fundamento Jurídico 6.º). Como ha declarado en otras sentencias, la inconstitucionalidad de una norma no

138/2005 y 156/2005 en el interés de los hijos, como valor prevalentemente protegido por el Código civil, lo que permite entender que el legislador ponderó de modo proporcionado los intereses constitucionales en juego.

va unida necesariamente a su nulidad, lo que precisamente ocurre cuando «la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión». Considera, pues, que «[e]n el presente caso no procede declarar la nulidad de la regla legal que concede hoy al marido la acción de impugnación de la paternidad legal, resultado éste que, sobre no reparar en nada la inconstitucionalidad apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud el art. 136 CC, una acción que no merece tacha alguna de inconstitucionalidad. La declaración de nulidad de este precepto, consecuente con la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable». Y concluye que «[l]a inconstitucionalidad apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática [...] el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».

Ante un fallo así (se declara inconstitucional el 136.I CC «en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro civil»), la pregunta inmediata es evidente: ¿cómo deben resolver los tribunales hasta que el legislador no reforme el artículo 136.I CC? Por una parte se nos dice que, como no cabe una interpretación *secundum constitutionem*, no es dable entender que el año se contará desde el conocimiento de la falsedad de la paternidad; por otro, al considerar inconstitucional que no se tome en cuenta ese conocimiento como *dies a quo* obliga a admitir las demandas de los maridos que se enteren de su impotencia o de la infidelidad de sus mujeres pasado un año desde la inscripción del nacimiento y el conocimiento del nacimiento. Así que aquí tenemos el vacío legal que quería evitar el Tribunal Constitucional al no anular el artículo 136.I CC. La acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido es imprescriptible, paradójicamente en los supuestos que no quiso contemplar el legislador.

V. UN ANTECEDENTE DE DERECHO COMPARADO: EL CASO ITALIANO

1. *Las Sentencias de la Corte Costituzionale de 6 de mayo de 1985 y 14 de mayo de 1999*

El artículo 244 del Código civil italiano fija distintos plazos para ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad matrimonial, dependiendo de quién sea el actor y de las circunstancias del caso (108). Si es la madre la que actúa, cuenta con seis meses desde el nacimiento del hijo. El marido dispone de un año, que se cuenta, en última instancia, desde el momento en que tuvo conocimiento del nacimiento. Efectivamente, el plazo corre desde el día del nacimiento si el marido se encontraba en el lugar en el que aquél se produjo, o desde el día en que regresó a este lugar, o al de su residencia familiar, si se encontraba fuera, pero en todo caso si prueba no haber tenido noticia del nacimiento en dichos momentos, el término corre desde el día en que ha conocido el nacimiento. El hijo, por último, puede desconocer la paternidad en el plazo de un año desde la mayor edad o, posteriormente, desde el momento en el que conozca los hechos que hacen admisible el desconocimiento. Cuando es menor de edad, la acción compete a un curador especial nombrado por el juez a instancia del hijo menor que ha cumplido dieciséis años, o del Ministerio Fiscal si tiene una edad inferior (artículo 235 *Codice civile*) (109). Estos términos sólo se suspenden en el caso de que el interesado se encuentre incapacitado por enfermedad mental, pudiendo el tutor promover la acción (artículo 245 *Codice civile*) (110). El sedicente progenitor no está legitimado para impugnar la paternidad matrimonial, negándose la Corte de Casación italiana a utilizar el principio del *favor veritatis*, que no puede considerarse absoluto,

(108) DE FILIPPIS/CASABURI, *La filiazione nella doctrina e nella giurisprudenza*, ed. Cedam, 2000, p. 289, cuentan que la mayoría no considera discriminatorio el tratamiento dispensado a la madre, que sólo tiene seis meses para actuar, respecto del resto de los legitimados, aunque ellos se muestran disconformes con la solución legislativa.

(109) El último párrafo del art. 244 se reformó en 1983 para permitir que el Ministerio Fiscal iniciara el procedimiento de reclamación cuando el hijo es menor de dieciséis años, lo que fue criticado por la doctrina como una intromisión en la autonomía familiar (DE FILIPPIS/CASABURI, *La filiazione nella doctrina e nella giurisprudenza*, ed. Cedam, 2000, pp. 311 y ss.).

(110) La doctrina considera que son plazos de caducidad (entre otros, DE FILIPPIS/CASABURI, *La filiazione nella doctrina e nella giurisprudenza*, ed. Cedam, 2000, p. 284, y UCCELLA, *La filiazione nel diritto italiano e internazionale*, ed. Cedam, 2001, p. 77).

para dar una interpretación abrogante del Código (Sentencia de 24 de marzo de 2000) (111).

Hay que tener en cuenta, para entender la doctrina constitucional sobre el *dies a quo* fijado por el legislador italiano en el artículo 244, que en dicho ordenamiento la acción de desconocimiento de la paternidad sólo se admite en tres casos según el artículo 235 (112): 1.º si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre los días 300 y 180 anteriores al nacimiento; 2.º si durante este tiempo el marido era impotente; 3.º si en ese plazo la mujer ha cometido adulterio o ha mantenido oculto el embarazo y el nacimiento del hijo, en cuyo caso el marido puede probar que el hijo presenta características genéticas o del grupo sanguíneo incompatibles con la del presunto padre, o cualquier otro hecho tendente a excluir la paternidad. En los dos primeros casos (falta de cohabitación o impotencia en el período legal de concepción), la exclusión de la paternidad va de suyo con la prueba de la causa de admisión. Y otro dato relevante que debemos destacar, antes de analizar las Sentencias de la *Corte Costituzionale* mencionadas, es el distinto *dies a quo* fijado, dependiendo de si es el marido o el hijo el que interpone la acción: el artículo 244 contempla el conocimiento del nacimiento, en el caso del padre, y el conocimiento de los hechos que hacen posible la impugnación, en el caso del hijo.

El Tribunal Constitucional italiano ha declarado inconstitucional el

(111) *Il Foro Italiano*, 2000, pp. 3206 y ss. El actor, sedicente padre biológico del hijo legítimo de un matrimonio, había ejercido, no la acción de desconocimiento de la paternidad (para la que no estaba legitimado a tenor de los artículos 235 y 244), sino la acción de contestación de la legitimidad contemplada por el artículo 248 *Codice civile*, que puede formularse por cualquiera que tenga interés siendo imprescriptible. La Corte, con perfecta técnica jurídica, afirma la imposibilidad de entender comprendida en el artículo 248 la impugnación de la paternidad legítima, pues ello se prevé en otros preceptos que limitan objetiva, subjetiva y temporalmente esta acción; el artículo 248 lo que permite es impugnar la filiación matrimonial por fallar otros presupuestos (por ejemplo, la existencia de matrimonio). Leamos sus palabras para defender la aplicación estricta del precepto: «[s]i vuol dire che, se da una lettura sistematica, che ponga a raffronto le disposizioni in tema di disconoscimento di paternità e l'art. 248, si ricava che la contestazione della paternità non può essere disciplinata da quest'ultima norma (il che emerge con chiarezza dalle considerazioni precedenti), non è consentito all'interprete, per superare tale limite, invocare il favor veritatis, ma occorre prendere atto che il legislatore ha regolato la fattispecie considerata dando prevalenza al favor legitimitatis, non sussistendo margini d'incertezza rispetto ai quali il richiamo al suddetto favor potrebbe spiegare una qualche influenza».

(112) Lo que significa, según remarca la doctrina científica, que no basta con probar que el marido no es el padre biológico, pues se exige una prueba más amplia (FERRANDO, *Giurisprudenza del diritto di famiglia, casi e materiali*, a cura di M. Bessone, raccolti a M. Dogliotti e G. Ferrando, III, 5.ª ed., Milano, 2000, p. 34).

artículo 244 *Codice civile* por no prever como *dies a quo* del ejercicio de la acción de desconocimiento, además de los regulados, el conocimiento por el marido de su impotencia para generar o la infidelidad de su mujer (113). Lo hizo sucesivamente en dos Sentencias, una de 6 de mayo de 1985 (n.º 134) (114) y otra de 14 de mayo de 1999 (n.º 170) (115).

En la primera de ellas modifica su anterior doctrina, contenida en la Sentencia de 1 de abril de 1982 (n.º 64), favorable a la constitucionalidad del plazo fijado por el legislador en un caso de infidelidad descubierta una vez transcurrido el año desde el conocimiento del nacimiento (116). Los motivos aducidos por el Tribunal Constitucional para justificar este viraje son la invocación de preceptos constitucionales más adecuados (concretamente el derecho a juicio en lugar del derecho de defensa) (117) y el cambio de la conciencia colectiva, reflejado en la reforma de 1983 que permitió al Ministerio Fiscal impetrar el nombramiento de un defensor judicial al hijo menor de dieciséis años para que pueda quedar cuanto antes destruida una filiación falsa (118). En tres años el *favor veritatis* habría desbancado, en la conciencia social, al *favor legitimatis*. Más allá de estas motivaciones, lo relevante es la razón que, a juicio de la Corte, sustenta la vulneración por el legislador del artículo 24.1 de la Constitución italiana: estaríamos ante una acción *inutiliter data*, pues no se cohonestaba la posibilidad de accionar, para probar la falsedad de la paternidad marital, en caso de infidelidad de la mujer (art. 235) con el plazo concedido para ello, que comienza en todo caso con el conocimiento del nacimiento (art. 244). Interpretados los artículos 235 y

(113) Este nuevo *dies a quo* plantea en Italia los mismos problemas de fijación a que ya hemos hecho referencia, aclarando, por ejemplo, el Tribunal de Vigevano, en sentencia de 7 de febrero de 1987 (*Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, p. 752), que debe tratarse de conocimiento cierto del adulterio (no valdrían las meras sospechas).

(114) Puede consultarse un extenso extracto de esta Sentencia en FERRANDO, *Giurisprudenza del diritto di famiglia, casi e materiali*, a cura di M. Bessone, raccolti a M. Dogliotti e G. Ferrando, III, 5.ª ed., Milano, 2000, pp. 69 a 75.

(115) Vid. FERRANDO, *Giurisprudenza del diritto di famiglia, casi e materiali*, a cura di M. Bessone, raccolti a M. Dogliotti e G. Ferrando, III, 5.ª ed., Milano, 2000, pp. 75 a 79.

(116) En este momento la Corte entendió que a pesar de la relevancia concedida al *favor veritatis* en la reforma de la filiación en 1975, no se había establecido como absoluto, hasta el punto de convertir en constitucionalmente ilegítimo el diverso tratamiento dado a padre e hijo.

(117) En el año 1982 se había invocado el artículo 24.2 de la Constitución italiana (*diritto alla difesa*), mientras que en 1985, el artículo 24.1 (*diritto di agire in giudizio*).

(118) Una explicación más pragmática del cambio es la renovación del tribunal en los tres años transcurridos, habiendo cambiado de idea los nuevos miembros (AMATUCCI, «Disconoscimento per adulterio: effetti della sentenza additiva della Corte Costituzionale», *Il Foro Italiano*, 1985, I, p. 2533).

244 sistemáticamente, resulta que probado el adulterio no podría probarse la no paternidad del marido, por lo que se impediría este derecho del marido no extendiendo el plazo anual concedido desde el conocimiento del adulterio. Cierra el Tribunal Constitucional italiano su argumentación invocando el interés del menor, al que beneficiaría esta decisión.

La misma doctrina constitucional se repitió en 1999 para el caso de impotencia *generandi* del marido, dictaminando además la *Corte Costituzionale* que tanto el marido como la mujer tenían derecho a que los plazos respectivos para impugnar (un año y seis meses) se contasen desde su descubrimiento de dicha impotencia. Señala el Tribunal que el artículo 235 contempla tanto la impotencia *coeundi* como la impotencia *generandi*, y que mientras para la primera el plazo de caducidad establecido comienza en un momento adecuado (pues es evidente el conocimiento de tal impotencia por el hombre que la padece), para la segunda faltaría, cuando ya corre el plazo fijado, el conocimiento de un elemento de la acción reconocida por el legislador, precisamente el de dicha imposibilidad de procrear. Para la interpretación del artículo 244 deviene, pues, esencial lo dispuesto por el artículo 235, que paradójicamente de ser una restricción a la libre investigación de la paternidad (hay que probar alguno de los supuestos en él recogidos para intentar la prueba de la no paternidad) pasa a convertirse en la cuña que permite extender la búsqueda de la verdad biológica a cualquier momento posterior al nacimiento del hijo (119). De los supuestos contemplados por el artículo 235, en principio sólo la falta de cohabitación en tiempo hábil y la impotencia *coeundi* serían apreciables por el marido al conocer el nacimiento, pues la impotencia *generandi* y el adulterio de la esposa normalmente serán desconocidos para el marido hasta tiempo después.

El Tribunal Supremo italiano, en su Sentencia de 21 de abril de 2000 (n.º 5248) (120), ha extendido esta doctrina, por lo que respecta al cómputo del plazo de caducidad en caso de infidelidad de la esposa, al supuesto de impugnación de la paternidad de los hijos nacidos en los ciento ochenta días posteriores a la celebración del matrimonio (regu-

(119) Fjense, no obstante, en que el primer inciso del artículo 235 *Codice civile* es ciertamente limitativo («*L'azione per il disconoscimento di paternità del figlio concepito durante il matrimonio è consentita solo nei casi seguenti*»), pero no así su último párrafo («*L'azione di disconoscimento può essere esercitata anche dalla madre o dal figlio che ha raggiunto la maggiore età in tutti i casi in cui può essere esercitata dal padre*»).

(120) *Il Foro Italiano*, 2000, pp. 3177 y ss.

lado en el artículo 233 *Codice civile*) (121). Con propiedad no puede hablarse de «adulterio» si la esposa, antes de contraer matrimonio, mantuvo relaciones sexuales con un hombre distinto de su marido, por lo que literalmente no sería aplicable el artículo 235.3 *Codice civile*, que permite la impugnación de la paternidad si se prueba el adulterio de la mujer en el período de concepción. Pero en la medida en que la acción de desconocimiento de los hijos nacidos en fechas cercanas a la celebración del matrimonio tiene la misma naturaleza que la acción de desconocimiento de los hijos concebidos constante el matrimonio, y está sujeta al mismo término de ejercicio (artículo 244 *Codice*), sería irrazonable no dispensarle el mismo tratamiento jurídico en cuanto al necesario conocimiento de los datos en que se funda la demanda para poner en marcha el reloj de la caducidad (122).

En conclusión, lo que interesa destacar aquí es que la decisión del Tribunal Constitucional italiano, partidario de la inconstitucionalidad del *dies a quo* para la impugnación de la paternidad por vulneración del artículo 24 de la Constitución, es semejante a la de nuestro Tribunal Constitucional, que recordemos ha entendido que el artículo 136 CC «cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 21.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial» (FJ 4.º STC 138/2005). También es similar, aunque varían los términos de comparación, la respuesta que ambos Tribunales han dado a la cuestión de la posible vulneración del principio de igualdad. El italiano desestima la denuncia de discriminación que, según los tribunales que cuestionaron el artículo 244, sufriría el padre frente al hijo, pues éste puede interponer la acción de impugnación desde el momento en que conozca los hechos en que se sustenta su demanda y no así el padre.

(121) «Nascita del figlio prima dei centottanta giorni.— *Il figlio nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio è reputato legittimo se uno dei coniugi, o il figlio stesso, non ne disconoscono la paternità*».

(122) En el caso, la Corte de Apelación había declarado la admisibilidad de la acción de desconocimiento de la paternidad propuesta, en un caso en que el marido había descubierto que no fue el único en mantener relaciones sexuales prematrimoniales con su mujer cerca de tres años después del nacimiento del hijo. En primera instancia se declaró inadmisibile la acción por haber transcurrido el término previsto por el artículo 244 *Codice*.

2. *La solución italiana no es trasladable a nuestro Derecho común*

Es apreciable la semejanza entre el artículo 244 del *Codice civile* y nuestro artículo 136 CC, por lo que respecta al *dies a quo* para ejercer la acción de impugnación de paternidad por el marido. La fecha clave no es el conocimiento de la falsedad de la filiación, con independencia del tiempo que haya transcurrido desde el nacimiento, sino el conocimiento del nacimiento. Pero el artículo 235 italiano no tiene parangón en nuestro Código civil, y a mi juicio esta ausencia es lo que impide trasladar a nuestro ordenamiento la solución de la *Corte Costituzionale*. Tampoco se da en nuestro Código civil, a diferencia del italiano, un trato diferente al hijo, que como el marido puede ver caducada la acción de impugnación sin conocer que no es verdaderamente hijo del marido de su madre. Los distintos sistemas en que se insertan, pues, el artículo 244 *Codice civile* y el artículo 136 CC determinan que la valoración sobre su respectiva constitucionalidad sea también diversa, por más que los preceptos constitucionales pretendidamente vulnerados coincidan.

A diferencia del Código civil italiano, en el nuestro no se contemplan los casos en que puede impugnarse la paternidad matrimonial. En ningún sitio se dice que hay que probar la infidelidad de la mujer o la impotencia del marido para intentar la prueba de la no paternidad, de modo que no es ineludible que probada tal infidelidad o tal impotencia deba entrarse a conocer sobre la pretensión principal de impugnación. La incoherencia que advirtió la *Corte Costituzionale* entre los artículos 235 y 244 del Código civil italiano no se encuentra en el nuestro. La conculcación del «derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos» (art. 24.1 CE) por el artículo 136 CC no resulta, en absoluto, evidente, pues debe responderse en primer lugar a la pregunta de si el marido tiene derecho a no constar como padre en cualquier momento que lo pretenda, salvo que haya aceptado durante un año la paternidad con conocimiento cierto de su falsedad (o por lo menos de su posible falsedad por no ser el único que cohabitó con su mujer). En esto se traduce, a la postre, el fallo de las Sentencias comentadas de nuestro Tribunal Constitucional. Sólo si el marido deja pasar el año posterior al descubrimiento de la infidelidad conyugal o de su impotencia, se produzca cuando se produzca tal descubrimiento, tendrá cerrado el acceso a la impugnación de su paternidad. Pero ese pretendido derecho del marido no es indiscutible que venga reconocido por la Constitución ni establecido por la ley.

Por otra parte, aunque no sea discriminatorio permitir que el hijo

cuenta con un año desde que conoce los datos en que puede fundar su demanda de impugnación, a diferencia del marido, que contaría con ese año desde el conocimiento del nacimiento, este diferente trato que da el Código civil italiano a marido e hijo está ausente de nuestro Código civil (123). Y esta igualdad de trato debería haber merecido algo más de atención por parte de nuestro Tribunal Constitucional, aunque sólo fuera a los efectos de extender la regla creada a todos los supuestos que merecen el mismo tratamiento.

VI. TRASCENDENCIA DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A OTRAS NORMAS

La declaración de inconstitucionalidad del artículo 136.I CC, por las razones apuntadas, supone la inconstitucionalidad de todas las normas que, al regular acciones de impugnación de paternidad por defecto de veracidad, no prevean como *dies a quo* el mismo que el echado en falta por el Tribunal Constitucional (124).

Es fácil extender la declaración de inconstitucionalidad a la ley 70 del Fuero Nuevo de Navarra, pues contiene una norma similar a la del artículo 136.I CC: «La paternidad del marido de la madre podrá ser impugnada por éste hasta transcurrido un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil; pero este plazo no correrá mientras ignore el nacimiento».

Más difícil resulta dilucidar si puede considerarse también incons-

(123) Ese diferente trato puede deberse a la opuesta responsabilidad que tienen marido e hijo en la situación creada. El marido ha querido casarse y acepta los hijos que tenga su mujer. El hijo no tiene ninguna responsabilidad.

(124) Cabe traer a colación las consideraciones que hizo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO al comentar la STC 236/2000, de 16 de octubre, en la que no se dio respuesta a la posible inconstitucionalidad del artículo 133 CC porque, alegada la vulneración del principio de igualdad por aplicar la ley 71 del Fuero Nuevo de Navarra (que tampoco concede legitimación al progenitor no matrimonial para reclamar la filiación) y no el artículo 133, tal y como lo interpreta el Tribunal Supremo, se entendió que tal vulneración no existía. Decía el profesor BERCOVITZ que «si el artículo 133.I C.c. debe ser sometido a una interpretación correctora (en realidad a una derogación) de carácter constitucional, para respetar los artículos 14 y 39.2 C.E. en la determinación de la filiación extramatrimonial sin posesión de estado, debe darse tanto para los sometidos al artículo 133 C.c. como para los sometidos a la Ley 71 de la Compilación navarra. Dichos artículos 14 y 39.2 están tan vigentes en los territorios de Derecho Civil común como en los territorios de Derechos Civiles forales o especiales» (*Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 54, p. 1367).

titucional el *dies a quo* fijado por el legislador cuando, en lugar del marido, son otros los legitimados, o la filiación impugnada es no matrimonial. Estoy pensando en los herederos del marido (mencionados por los párrafos 2.º y 3.º del artículo 136 CC), el hijo mayor de edad (artículo 137.I CC), la madre (artículo 137.II CC), o los distintos legitimados para impugnar la filiación no matrimonial según el artículo 140.II CC (125).

En el caso de los herederos del marido, no cabe duda de que para aplicar el párrafo 2.º del artículo 136 CC habrá que partir de la interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional al párrafo primero. Si el marido hubiera podido impugnar la paternidad una vez conocida la infidelidad de su mujer o su impotencia, también podrán sus herederos hacerlo si el marido fallece entretanto (mientras otra cosa no diga el legislador). Con la oscura condena del Tribunal Constitucional, declarando inconstitucional pero no nulo el artículo 136.I CC, y no queriendo pronunciarse sobre el concreto plazo que ha de computarse, queda también inseguro el plazo que les quedaría a los herederos del marido para accionar. Aunque lo más sensato es entender que tendrían un año como máximo. Hasta ahora la aplicación de los dos últimos párrafos del artículo 136 CC había sido nula, pues difícilmente podrá darse el cúmulo de circunstancias necesarias (fallecimiento del marido dentro del año posterior a la inscripción de nacimiento conociendo su no paternidad). Pero con la nueva comprensión del artículo 136 CC la probabilidad de que interese a los herederos del marido engañado accionar ciertamente aumenta, pues pueden variar por completo los llamados a la herencia (126).

Lo que no estaría justificado en ningún caso es extender a los herederos la legitimación para impugnar la paternidad del marido si éste fallece desconociendo que no es el verdadero padre, utilizando para

(125) Piénsese, a su vez, que la impugnación prevista por el artículo 140 CC tiene su reflejo en la ley 70 del Fuero Nuevo de Navarra, que después de regular la impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento («podrá ser impugnado por su otorgante dentro del año siguiente a su cesación»), prevé: «El reconocimiento de la filiación no matrimonial será asimismo impugnabile por aquellos a quienes perjudique dentro de los cuatro años siguientes a su inscripción». Cabría pensar que también considera inconstitucionales todos estos preceptos, pues aboga por la reforma de los artículos 136.I y III, 137 y 140.II CC, GARCÍA VICENTE, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, en prensa.

(126) Puede que no sean herederos los que lo serían si triunfase la impugnación (por ejemplo, los padres del fallecido), pero éstos, que sí podrían impugnar la filiación no matrimonial porque pueden resultar afectados en su calidad de herederos forzosos (art. 140 CC), no están legitimados para impugnar la paternidad matrimonial.

ello el último párrafo del artículo 136 CC, que no sólo se aplicaría a los supuestos en que el marido fallece sin saber el nacimiento sino también a aquellos en que fallece sin saber que había sido engañado por su mujer (la impotencia será difícilmente cognoscible ya). Si ya es discutible que el marido tenga este derecho, no hablemos de los herederos.

Es posible que el hijo se entere, pasado más de un año de su mayoría de edad, de que quien venía considerando como su padre no lo es biológicamente. Aplicando literalmente el artículo 137.I CC la acción para impugnar tal paternidad habría caducado, pero si se ha considerado que el marido debe poder conocer todos los datos en que se basa su demanda para actuar, con mayor razón habrá que reconocer este derecho a los hijos. Porque nada han tenido que ver con las acciones de sus padres (o los que tienen por tales), y no concurre en ellos la posible tacha de negligencia o de responsabilidad por riesgo que apreciamos en el marido, o de incumplimiento del deber de fidelidad por la esposa.

Por último, no será fácil sostener, aun a falta de declaración expresa del Tribunal Constitucional, la validez del artículo 140.II CC, al fijar un plazo de ejercicio de la acción de impugnación de la filiación no matrimonial que no tiene en cuenta la imposibilidad de ejercer la acción por desconocimiento de los hechos que le servirían de base. Debe estimarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE).