

Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas

CRISTÓBAL FRANCISCO FÁBREGA RUIZ

Fiscal de la Audiencia de Jaén

Profesor Asociado de Derecho Civil. Universidad de Jaén
Juez Excedente

SUMARIO: I. *A modo de presentación.* II. *La base científica de las Pruebas Biológicas de Paternidad.* 2.1.– Concepto. 2.2.– Su evolución histórica. 2.3.– La hemogenética forense. 2.4.– La actualidad de estas pruebas. 2.5.– Pruebas de investigación de paternidad. a) Investigación bioantropológica. b) Investigación inmunohematológica. 2.6.– La técnica del ADN. 2.7.– Estudio biomatemático de los resultados. a) La probabilidad de exclusiones a priori. b) La probabilidad de paternidad. 2.8.– Factores que afectan al resultado. a) Derivados de los individuos en estudio. b) Errores técnicos. c) Errores científicos. 2.9.– Valoración judicial de las pruebas biológicas de paternidad. III. *Las pruebas biológicas de paternidad y los Tribunales de Justicia.* 3.1.– Su admisión en nuestro ordenamiento. 3.2.– Sus caracteres generales. 3.3.– Requisitos de admisión de la demanda. 3.4.– Constitucionalidad de las pruebas biológicas de paternidad. 3.5.– Pruebas obtenidas con infracción de derechos. Eficacia de las mismas. 3.6.– Régimen jurídico de la prueba. a) Naturaleza jurídica. b) Legitimación. c) Objeto. d) La «exceptio plurium concubentium». e) La prueba biológica ante el recurso de casación. 3.7.– Especial consideración de la negativa. 3.8.– Las pruebas biológicas en el acceso carnal ocasional. 3.9.– Las pruebas biológicas de paternidad en la relación incestuosa. IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía. Apéndice.*

I. A MODO DE PRESENTACIÓN

El enfrentarse al estudio de los fundamentos biológicos y a la problemática jurídica de las pruebas biológicas de paternidad –en adelante PBP– supone un doble reto para el jurista. Por un lado, por la dificultad de comprender los fundamentos médico-biológicos que suponen la base de las mismas. Por otro, por el riesgo que esa dificultad conlleva de «idolatrar» dichas pruebas dándoles un valor absoluto a modo de prueba judicial tasada, sustraída a la libre valoración del Juez y, por ello, alejada y extraña al sistema probatorio general establecido en nuestro Ordenamiento

Jurídico. Entendemos que es fundamental el que el jurista conozca, siquiera mínimamente, cuál es la base y el auténtico alcance de estas pruebas en el ámbito de los procesos de filiación, para así evitar los problemas derivados de dicha ignorancia y que se traslucen en la vida diaria de los Tribunales de Justicia. Pero en un acercamiento realizado por un jurista y que pretende ser jurídico, no puede faltar tampoco el estudio técnico-jurídico de este importante medio probatorio. A lo expuesto se une la actualidad, profusión y fuerte impacto social derivado de la aplicación de estas técnicas, efecto en el que, por obvio, no vamos a insistir.

Partiendo de las anteriores premisas el objetivo de este trabajo es el poner al alcance del jurista la información necesaria para el correcto uso de estas pruebas de paternidad. Información que queremos hacer descansar sobre dos columnas fundamentales: la primera la claridad expositiva tanto en los temas científicos como jurídicos, la segunda la exhaustividad en la exposición de los temas con el fin de ofrecer una visión lo más actual y completa posible del momento jurídico que viven estas pruebas. Para ello, y, teniendo en cuenta la gran profusión de jurisprudencia sobre las PBP, hemos considerado conveniente el limitarnos a citar las sentencias más ilustrativas o importantes, obviando reiterativas citas jurisprudenciales que podrían oscurecer la deseada claridad expositiva. Hemos tenido en cuenta, también, el especial colectivo al que va dirigido este trabajo. Juristas que, en más ocasiones de las deseables, se encuentran perdidos en la terminología científica, y en la correcta comprensión de la misma. Por ello hemos añadido a este texto una parte en que, pasado por el filtro de otro jurista, se exponen los fundamentos científicos de estas pruebas.

Nos gustaría que este ilusionado trabajo sea útil al jurista que se enfrenta a estos procesos. Al juicio de los lectores queda el comprobar si ese objetivo se ha logrado.

II. LA BASE CIENTÍFICA DE LAS PBP

2.1 CONCEPTO

Entendemos por PBP aquel conjunto de pruebas de carácter médico-biológico que tratan de determinar la paternidad biológica de la forma más segura posible. Van destinadas a realizar la identificación de uno de los progenitores, partiendo del estudio genético del otro y del hijo cuestionado. Para realizarlas debe conocerse, al menos, la identidad indubitada de uno de los individuos de la pareja para, a partir de ahí, afirmar o desmentir la paternidad o maternidad del otro. Estas pruebas de tipo bio-

lógico tienen, como luego veremos, el carácter jurídico de pruebas periciales, que pueden practicarse, bien a petición de cualquiera de los litigantes –incluido el Ministerio Fiscal–, bien de oficio, mediante las llamadas «diligencias para mejor proveer».

Excepcionalmente, pueden utilizarse también para establecer relaciones familiares cuando se dan casos de ausencia de uno o ambos progenitores ¹.

La base fundamental de estas pruebas es la afirmación científica de que todos los caracteres humanos tienen una base genética que se transmite de padres a hijos, por lo que éstos reunirán caracteres procedentes de uno y otro progenitor. Se basan, por ello, en el estudio del patrimonio genético del embrión, al considerar que las unidades de la herencia –genes– se transmiten de padres a hijos. Parten del estudio de los polimorfismos genéticos como conjunto de caracteres que varían de unas personas a otras y que sirven para individualizar totalmente a una persona. Para cada polimorfismo contemplado todo individuo posee dos alelos –representados generalmente por letras o números–, uno que procede de la madre y otro del padre biológico.

2.2 SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La investigación de la paternidad siempre ha sido posible, si bien con los distintos medios disponibles en cada momento histórico. Así, en la Antigua Grecia, Hipócrates, padre de la Medicina, incluía ya, como método de investigación de la paternidad, la duración del embarazo. Pero, obviamente, la falta de objetividad y seguridad de estos medios, por el poco desarrollo científico de la época, provocó que tuvieran poca utilización práctica, optándose por la teoría de las presunciones legales que, a través del Derecho Romano, pervive en nuestro derecho en la figura de la presunción de paternidad marital. Otro medio identificativo, que daba lugar a múltiples confusiones, fue el parecido familiar o semejanza fisiológica.

La falta de seguridad de estos métodos se unía a una legislación contraria a la investigación de la paternidad. Pero, a pesar de ello, a lo largo de la historia, podemos contemplar diversos ejemplos de la misma:

¹ El ADN mitocondrial se transmite de madres a hijos. Descubierta en la Universidad de Bekerley, ha dado lugar a la llamada «Teoría de Eva», que mantiene que todos los hombres descendemos de la misma mujer originaria de África. Ha tenido gran éxito en la determinación del parentesco de los niños desaparecidos en Argentina con las famosas «Abuelas de la Plaza de Mayo». Ver LORENTE ACOSTA, M., *La investigación biológica de la paternidad*, e HIGUERA GUIMERA, J. F., *El derecho penal y la genética*, p. 145.

a) En la Biblia encontramos el famoso juicio del rey Salomón que utilizó lo que podríamos considerar como criterio psicológico ².

b) En Roma se usaba el procedimiento de la indagación por el que se investigó el origen de los fundadores de la ciudad, Rómulo y Remo.

c) En la Edad Media hubo una gran tolerancia hacia estas pruebas, provocada por el hecho de que los bastardos estaban a cargo de las Parroquias, buscando éstas a los padres para liberarse de dicha carga. Así se utilizaba la duración del embarazo –sistema de las *Partidas* de Alfonso X el Sabio– y la curiosa ordalía del Fuero de Zorita de los Canes por la que se aplicaba a la mujer un hierro candente: si se quemaba mentía, y si no, decía la verdad sobre el padre de su hijo.

d) Ya en el Renacimiento comienzan introduciéndose aportaciones médicas de carácter cronológico –duración del embarazo–, fisionómico –parecido físico, color de ojos y pelo, etc.–, circunstancias fisiológicas –edad–, patológicas –impotencia del presunto padre–, etc. E incluso en Suecia se resolvió un caso de paternidad por medio de una tara hereditaria: la braquidactilia ³.

e) Pero el verdadero avance científico en esta materia se da con la llegada de la heredobiología, comenzándose a estudiar los dermatogrfos –líneas de los dedos, emparentada con la dactiloscopia–, y de la capacidad de percibir el sabor amargo, que tienen ambos un carácter hereditario.

En 1900 Karl Landsteiner descubrió el sistema ABO, descubriéndose los primeros grupos sanguíneos por el anterior y una vez comprobada su transmisión hereditaria por Von Dungern y Hirschfeld, nació la llamada hemogenética forense.

En dirección opuesta a estos importantes avances se encuentra la legislación que, por la importante influencia del Código Napoleónico, impedía la investigación de la paternidad con la intención de proteger a la familia.

2.3 LA HEMOGENÉTICA FORENSE

Rama de la heredobiología que estudia determinados factores tomados de la sangre y que tienen una expresión genética. La posibilidad actual de obtener estos factores de otras estructuras orgánicas –saliva, pelo, piel, ...– hace que hablemos ya de homogenética, en vez de hemogenética. En 1924 Berstein da para el sistema ABO la primera formulación matemática del grado de certidumbre de estos datos, lo que hace que

² Recogido en el Antiguo Testamento, es denominado así por LORENTE ACOSTA, M., *op. cit.*

³ Malformación genética que afecta a los dedos. También llamada braquifalanga, provoca unos dedos muy cortos, aparentemente formados por dos falanges en vez de tres. VV. AA., *Introducción a la biología*, p. 289.

dispongamos ya de los medios necesarios para la utilización de los mismos en este tipo de investigación.

Poco a poco se fueron encontrando otros sistemas útiles para estas investigaciones –Sistema MN, Rhesus, etc.– y, por fin, en la década de los ochenta surge la importantísima tecnología del ADN que nos ofrece unas expectativas casi ilimitadas ⁴.

2.4 LA ACTUALIDAD DE ESTAS PRUEBAS

Hoy en día podemos investigar la paternidad utilizando los siguientes niveles de investigación:

- a) Nivel morfológico. Caracteres macroscópicos. Se ven a simple vista, y son los caracteres formales de los seres humanos.
- b) Nivel citogenético. Análisis estructural de los cromosomas.
- c) Nivel genético-molecular.
- d) Nivel génico. Estudio del ADN –ácido desoxirribonucleico– por diversas metodologías, siendo las moléculas de éste las portadoras de la información genética.

Las principales condiciones que los caracteres heredables a estudiar deben tener para ser útiles en el estudio de la paternidad son el ser objetivos, discontinuos –caracteres cualitativos que se manifiestan con intensidad distinguible, haciendo posible una clasificación de los sujetos en grupos perfectamente definidos–, no influibles por valores externos, tener penetrancia –capacidad para expresarse–, expresividad –intensidad en la expresión–, controlados por solo un par de genes y una frecuencia génica de equilibrio en la población.

2.5 PRUEBAS DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Podemos agruparlas de la siguiente forma:

a) **Investigación bioantropológica**

Utilizadas sólo como estudios de carácter preliminar para excluir la relación y/o embarazo. Así, podemos incluir la duración del embarazo, alteraciones ginecológicas en la mujer, etc.; impotencia, esterilidad, herencia de determinados caracteres físicos o enfermedades –raza, ceguera

⁴ El ADN tiene una importancia capital en la investigación de la paternidad y en la investigación de los actos criminales. Su potencia identificadora es tal que abre caminos insospechados en el mundo de los Tribunales. Sobre su aplicación en el campo de la investigación criminal, que no vamos a abordar en este trabajo, puede consultarse HIGUERA GUIMERA, J. F., *op. cit.* y *La culpabilidad y el Proyecto Genoma Humano*; CHOCLAN MONTALVO, J. A., «Las téc-

para los colores, zurdeza, etc.— en el hombre. Estas pruebas hoy son poco aceptadas debido a la fuerte carga de subjetivismo que comportan, pero la gran cantidad de caracteres que estudian —casi 300— hacen que tengan utilidad como pruebas de carácter complementario.

b) Investigación inmunohematológica

Los llamados antígenos eritrocitarios —sistemas ABO, Rh, MnSs, Kell-Celano, Lutheran, Duffy y Kidd—. Los enzimas eritrocitarios, así como los antígenos leucocitarios representados por el sistema HLA —con una gran potencia identificadora superior al 98,62 por 100 de probabilidad consistente en la identificación de las marcas genéticas que llevan los glóbulos blancos y que, codificado en el cromosoma 6 de cada persona, tiene una alta fiabilidad tanto en la exclusión como en la atribución de la paternidad, teniendo como única desventaja su coste y su necesidad de laboratorios altamente especializados—; y, por último, los enzimas leucocitarios y las proteínas enzimáticas.

Para ver cómo funciona cada uno de estos sistemas estudiemos el funcionamiento del sistema ABO ⁵. Para estudiar este sistema debemos indicar que existen dos alelos —uno procedente del padre y otro de la madre— en cada una de las 23 parejas cromosómicas de la especie humana. Pues bien, en el sistema ABO existen tres formas alélicas principales —I^A, I^B, ii—. Las dos primeras son dominantes —se manifiestan al exterior— y la última es recesiva —no se manifiesta al exterior cuando concurre con una dominante—. Es conveniente tener en cuenta también los conceptos de genotipo —conjunto genético de una persona— y fenotipo —manifestación al exterior del genotipo—. El alelo I^A posee las proteínas llamadas antígeno A y el I^B los antígenos B. El i no produce ningún antígeno. Podemos definir un antígeno como una sustancia de naturaleza proteínica que estimula la producción de anticuerpos por los glóbulos blancos.

Con los conceptos anteriores podemos establecer el siguiente cuadro:

FENOTIPO GRUPO SANGUÍNEO	GENOTIPO	ANTÍGENO
O	ii	NI A NI B
A	I ^A I ^A , I ^A i	A
B	I ^B I ^B , I ^B i	B
AB	I ^A I ^B	A, B

SISTEMA ABO

nicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual»; VILLANUEVA CAÑADAS, E. y LORENTE ACOSTA, J. A., «Aplicaciones del Ácido Dextrorribonucleico en Medicina Legal», LORENTE ACOSTA, J. A. y M., *El ADN y la identificación en la investigación criminal y la paternidad biológica*.

⁵ Datos del ejemplo extraídos del ya citado *Introducción a la biología*, p. 293.

El conocimiento de estos grupos sanguíneos y de su forma de heredarse puede servir de prueba de determinación de la paternidad. Así, podemos observar:

GENOTIPO/FENOTIPO MADRE	GENOTIPO/FENOTIPO HIJO	GENOTIPO/FENOTIPO PADRE
ii/O	I ^B i/B	I ^B I ^B , I ^B i/B
		I ^A I ^B /AB

Por lo tanto, si el padre no tuviera uno de esos grupos puede excluirse de la paternidad.

Ya sabemos que no se estudia sólo el grupo ABO sino que se estudian otros muchos factores dando, por lo tanto, un mayor índice de fiabilidad. No podemos olvidar que todos estos sistemas pueden presentar algunos problemas tales como genes silentes o amorfos –que no se manifiestan en el fenotipo–, de poca potencia identificadora, así como aquellos que no están presentes en todos los fluidos o se deterioran con el paso del tiempo.

2.6 LAS TÉCNICAS DEL ADN

El llamado ácido desoxirribonucleico ⁶ –ADN– está en el interior del núcleo de todas las células de nuestro organismo, y contiene toda la información básica sobre lo que somos. Todo lo que hay escrito en él es lo que hemos llamado genotipo, y su manifestación externa es el fenotipo. Este ácido conforma los cromosomas, procede la mitad del padre y la mitad de la madre. Nuestras características serán el resultado de una mezcla o combinación de la información genética aportada por el ADN del óvulo y del esper-

⁶ La transmisión de determinados caracteres de padres a hijos fue expuesta de forma sistemática por primera vez por el agustino Gregor Mendel, que en 1866 y tras estudiar los híbridos vegetales estableció las primeras leyes de la Genética. Tras el descubrimiento del ADN –sustancia ubicada en el interior del núcleo de la célula y que contiene la información Genética–, Jeffreys enuncia la tesis del «genetic fingerprint» o «huella Genética», base de estas investigaciones. Sobre el desarrollo y conceptos básicos de la Genética puede verse el trabajo *Evolución*, de SCHWOERBEL, pp. 85 a 140. Estas pruebas de ADN en el campo de la investigación criminal están siendo cada vez mas utilizadas en nuestro país. Sirvan a título de ejemplo las STS de 13-6-1992, 24-2-1995, 21-3-1995, y 7-3-1996. La primera de ellas, aun haciendo referencia a la misma, utiliza las pruebas enzimáticas que hemos visto a la hora de hablar de las pruebas biológicas de paternidad, –utilizándose también como esta misma prueba en el caso de delitos sexuales con embarazo, p. ej. STS de 1-12-1992–. Este tipo de pruebas, sin duda apasionantes, y cuyo estudio no es el momento de emprender, presentan innumerables problemas de carácter procesal –consentimiento, aplicación coactiva, garantías, valoración, etc.– que merecería ese estudio pormenorizado que, en nuestro caso concreto, tenemos intenciones de emprender.

matzoide. En esta importantísima sustancia, fuertemente identificadora, puede estudiarse, tras obtenerla de cualquier fluido o resto de la persona, la carátula genética de cualquier individuo. Esto tiene dos importantes consecuencias: la primera es que ya no es preciso afectar, ni siquiera mínimamente, a la integridad física de una persona para poder realizar las pruebas, lo que nos obliga a replantearnos, a nivel jurídico, el tema de la posibilidad constitucional de la obligatoriedad o imposición forzosa de las mismas; la segunda, el que es posible investigar la paternidad de una persona ya fallecida.

Como conclusión podemos afirmar que las principales ventajas de estas pruebas son:

- Su procedimiento es más sencillo que el de los grupos sanguíneos y más barato.
- Resuelve el problema de la imposibilidad de presentación del encausado.
- Evita el problema de los genes silentes y sirve para asignar la paternidad de forma absoluta, incluso en los casos de existencia de incesto, con excepción del caso de padres gemelos univitelinos.

La técnica del ADN, una vez realizados los pasos técnicos precisos, da lugar a la determinación de una especie de «código de barras» similar al utilizado en el comercio y que se denomina patrón de bandas, códigos que se comparan para observar la posible compatibilidad genética. La forma de hallar estos patrones de bandas podemos expresarla de la siguiente manera ⁷:

Con muestras de sangre de los afectados se obtienen los fragmentos de ADN, usando para ello enzimas de restricción, se separarían los fragmentos mediante electroforesis transfiriéndolos a una membrana de nylon o a un filtro de nitrocelulosa donde se hibridan con una sonda conocida de ADN marcada radiactivamente, la cual se unirá a los fragmentos monocatenarios de los ADN. La membrana con los fragmentos marcados se pone en contacto con una película autorradiográfica que revela la señal radiactiva. Una vez revelada se observan una serie de bandas cuya disposición se compara. Esta comparación podría dar lugar a algo parecido al esquema siguiente:

	PADRE	MADRE	HIJO
1			
2			
3			
4			
5			
6			

⁷ Extraído de BUJAN VARELA, M. J., *Introducción a la Biología Criminal*, p. 522.

Observemos cómo el padre posee bandas en 1, 4 y la madre en 3, 6, dándole el padre el 1 y la madre el 6 al hijo. Si el hijo tuviera por ejemplo el 2 en vez del 1 no podría ser hijo de ese presunto padre.

2.7 ESTUDIO BIOMATEMÁTICO DE LOS RESULTADOS

Una vez realizadas todas las pruebas anteriormente expuestas, es preciso poner en comparación y valorar todos los datos obtenidos. Para ello deben realizarse dos operaciones una resta y una comparación. Se le resta al hijo todo el material que comparte con la madre y luego se compara para comprobar si el supuesto padre posee el material genotípico y, por lo tanto, ha podido transmitirlo. Exponiéndolo gráficamente:

PRESUNTO PADRE	MADRE	HIJO	RESULTADO
Aa	Bb	AB Ab aB ab	COMPATIBILIDAD
Aa	Bb	bB	INCOMPATIBILIDAD

Partiendo del anterior cuadro podemos dar los siguientes pasos:

– Restar el material genético aportado al hijo por la madre. O lo que es lo mismo eliminar de las combinaciones anteriores las letra b y B.

– Comparar lo restante con la combinación del presunto padre ya que del mismo debe proceder el alelo que nos resta. Así el presunto padre aportaría A o a. Si según el análisis el alelo a comparar es b no podría proceder nunca del presunto padre contemplado.

Podría pensarse que compatibilidad equivaldría a paternidad, e incompatibilidad a no paternidad, pero esto no es tan sencillo. Por ello se han creado dos parámetros matemáticos fundamentales que nos sirven para apoyar la determinación de la paternidad. Vemos cómo en esta problemática se juntan con el Derecho, la Biología –en concreto la genética y la bioestadística– y las Ciencias Exactas –métodos estadísticos y cálculo de probabilidades. Estos parámetros son:

a) La probabilidad de exclusión a priori

Hace referencia a la probabilidad que tiene un hombre, al que se ha atribuido falsamente la paternidad, de que demuestre su no paternidad con cada uno de los sistemas que se van a aplicar, antes de conocer los resultados de los análisis. El hijo no puede poseer un carácter genético

que no esté presente en su padre o en su madre. Si al hijo le falta un carácter que, necesariamente, tiene que transmitirle su presunto padre, éste no será el verdadero. Esto puede dar lugar a una posibilidad de exclusión a priori del 99,9 por 100: de cada 1.000 presuntos padres uno falso no podría ser excluido. La exclusión será tanto más fácil cuanto menor sea la frecuencia del alelo encontrado en la población en general, aumentando, por lo tanto, la probabilidad de acierto en la determinación de la paternidad. La Sociedad Internacional de Hemogenética Forense considera como mínimo aceptable, la probabilidad de exclusión «a priori» antes indicada, aunque, en aras de garantizar un mayor acierto los hermanos Lorente Acosta recomiendan que en caso de exclusiones aisladas para un solo marcador por la llamada primera regla de Landsteiner, o de únicamente dos por la segunda regla, se calculará la probabilidad sin tener en cuenta dichos marcadores. Solamente cuando el número de marcadores sea mayor, la exclusión podría considerarse como probada ⁸.

Un presunto padre puede ser excluido como padre biológico cuando se establece uno de los dos siguientes criterios:

– El hijo no tiene un carácter que no está presente en su madre o en su presunto padre. Si el Rh del hijo es positivo, los dos padres no pueden ser negativos –primera regla de Landsteiner–.

– Cuando en el hijo falta un carácter que para el presunto padre es homocigótico. Un niño MM no puede ser hijo de un padre NN. Este sistema, no obstante, puede ser llevado a error, entre otras causas, por la existencia de un gen silente, relativamente frecuentes en algunas poblaciones –segunda regla de Landsteiner–.

La noción de probabilidad refleja un valor límite de carácter ideal de frecuencias de un fenómeno o suceso aleatorio. Cálculo de probabilidades es el modelo matemático de las regularidades que se observan en las series de frecuencias correspondientes a los fenómenos aleatorios estudiados.

La probabilidad de exclusión a priori de un determinado marcador genético en una población corresponde al porcentaje de presuntos padres falsamente imputados, cuya paternidad quedaría excluida en base a ese marcador genético. En la actualidad se suelen estudiar cuatro sistemas –HLA, marcadores plasmáticos, marcadores enzimáticos y antígenos eritrocitarios– cada uno de ellos con diversos marcadores. Cada uno de estos marcadores tiene una probabilidad de exclusión que se refleja por medio de un porcentaje que se obtiene en relación inversa con la frecuencia que el marcador contemplado tiene en la población española. Podemos observar, sólo a título de ejemplo, estos datos para dos de los sistemas ⁹:

⁸ LORENTE ACOSTA, M. y J. A., *op. cit.* p. 170.

⁹ Cuadros tomados de ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, C., *Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial*, pp. 2 ss.

SISTEMA HLA

Número de alelos descritos en 1984	Porcentaje de probabilidad de exclusión
Locus A 23	76,09
Locus B 47	88,54
Locus C 8	47,88
Total 10.368 combinaciones	98,62

ANTÍGENOS ERITROCITARIOS

Sistema	Probabilidad de exclusión media en poblaciones españolas
MNSs	32 %
Rh	27,8 %
ABO	20 %
Kidd	18,5 %
Duffy	18,4 %
Kell	6,2 %
Lutheran	3,8 %
P	2,9 %
Total del sistema	77,1 %

Con el fin de alcanzar un porcentaje de fiabilidad elevado es preciso combinar todos los sistemas, ya que uno o dos sistemas no son suficientemente representativos. Así vemos que existe una probabilidad de exclusión por cada uno de los marcadores, una probabilidad acumulada por sistema, y, por último, una probabilidad acumulada por la totalidad de los sistemas, que reflejamos en la tabla siguiente:

Sistema	Probabilidad de exclusión (Porcentaje)
HLA	98,6
Antígenos eritrocitarios	77,1
Marcadores plasmáticos, proteicos y enzimáticos	96,2
Id. enzimáticos, eritrocitarios y leucocitarios	89,6
Total de sistemas	99,999

Pero para hacerse una verdadera idea no bastan estos datos ya que los mismos pueden llevar a equívocos, siendo lo realmente relevante el determinar cuál es el valor de cada sistema y marcador para excluir la

paternidad en relación con la totalidad del sistema. Es el llamado «factor de peso» que se obtiene aplicando la siguiente fórmula:

$$\left(\frac{\text{P.E.M.}}{\text{S.P.E.A.}} \right) \text{P.T.S.}$$

Aplicando, en concreto la fórmula, al sistema HLA:

$$\frac{98,6}{361,1} \times 99,99 = 27,3$$

Con dicha operación podemos construir el siguiente cuadro de factores de peso:

Sistema HLA	27,30%
Sistema A. Eritrocitarios	21,35%
Sistema M. Plasmáticos	26,64%
Sistema M. Enzimáticos	24,70%
Suma total de los factores de peso	99,99%

b) La probabilidad de paternidad

Hasta este momento, lo que hemos hallado es la posibilidad de exclusión de un presunto padre, pero la pericial no puede pararse ahí puesto que lo que se trata de buscar es la probabilidad positiva de paternidad. Para determinar la misma se utiliza la llamada Ecuación de Essen Moller, derivada del Teorema de Bayes. Dicha Ecuación es la siguiente:

$$W = \frac{X}{X + Y} \times 100$$

Siendo: W Probabilidad de paternidad. X Probabilidad de transmitir el alelo por el presunto padre. Y Frecuencia del alelo en la población en general.

El valor matemático obtenido puede transformarse en los llamados predicados verbales de Hummel:

PATERNIDAD PRÁCTICAMENTE PROBADA	> 99,73 %
PATERNIDAD EXTREMADAMENTE PROBABLE	> 99 %
PATERNIDAD MUY PROBABLE	> 95 %
INDICIO DE PATERNIDAD	> 90 %
PATERNIDAD NO SIGNIFICATIVA	> 50 %
NO PATERNIDAD NO SIGNIFICATIVA	> 10 %
PATERNIDAD IMPROBABLE	> 05 %
PATERNIDAD MUY IMPROBABLE	> 01 %
PATERNIDAD EXTREMADAMENTE IMPROBABLE	> 0,27 %
PATERNIDAD PRÁCTICAMENTE EXCLUIDA	< 0,27 %

Otro dato importante a efectos comparativos es indicar el llamado índice de paternidad, valor que indica cuántas veces es mayor la probabilidad del presunto padre con respecto a un hombre tomado al azar. La fórmula sería $IP = x:y$, siendo x la frecuencia relativa génica del presunto padre multiplicado por la frecuencia relativa génica de la madre, e y la multiplicación de la frecuencia génica de un hombre tomado al azar por la frecuencia relativa génica de la madre. Como ha recogido la sentencia del Tribunal Supremo de 17-6-1992 es una verdad admitida internacionalmente que con un IP superior a 400 –que equivale a un W de 99,75 por 100– la paternidad está suficientemente demostrada.

Esta múltiple variedad de soluciones, ninguna de ellas absoluta, hace que no baste con informar al juzgador del simple estudio de la probabilidad de exclusión, sino que habrá que indicarle cuál es el valor de W –probabilidad positiva de paternidad–. Por ello, ante un valor del 27 por 100 –no paternidad no significativa– el juez debería conjugar el resultado de la pericial con el resto de las pruebas aportadas, sin que fuera correcto el excluir la paternidad de plano por la pericial. Incluso en los casos de paternidad muy improbable la no paternidad no puede considerarse aisladamente como no probada, ya que ese resultado no excluye totalmente el que pueda serlo. En esta línea nuestro TS, ha negado la paternidad –sentencia de 10-11-1986– cuando un estudio morfológico y hematológico con estudio de 22 marcadores que no puede descartar la paternidad, puesto que el informe no indica índice de paternidad, y afirma la paternidad –sentencia 11-3-1988– con una biológica que no puede afirmar ni descartar la paternidad al ponerla en relación con otras pruebas practicadas.

2.8 FACTORES QUE AFECTAN AL RESULTADO

Las conclusiones sobre la paternidad obtenidas por los medios estudiados pueden verse afectadas por diversos factores que pasamos a exponer.

a) Factores derivados de los individuos en estudio

Son la confusión de niños o suposición de parto, los problemas que se plantean cuando se duda entre presuntos padres que están relacionados genéticamente entre sí, solucionables sólo a través de la técnica del ADN, salvo que nos encontremos en el caso de gemelos univitelinos; investigaciones en caso de ausencia de la madre o del supuesto padre; casos de superfecundación –gemelos biovularios originados por esperma de dos hombres diferentes en el mismo período de la ovulación debido a la existencia de coitos muy próximos–, entre otros supuestos.

b) Factores derivados de errores técnicos

Para evitar este tipo de errores deben seguirse las siguientes pautas de comportamiento:

– La peritación debe llevarse a cabo por personal suficientemente especializado.

– El material debe identificarse de forma meticulosa y exacta.

– Las pruebas deben ser realizadas por dos técnicos diferentes de forma independiente.

– Deben incluirse diversos controles en cada una de las pruebas. Según el Tratado de Gisbert Calabuig cada paso debe repetirse tres veces, lo que también recogen otros autores ¹⁰.

– Los antisueros utilizados deben estar en óptimas condiciones.

c) Factores derivados de errores científicos

– Recientes transfusiones sanguíneas que pueden alterar estas pruebas, problema superable con la técnica del ADN.

– Algunos antígenos no pueden ser estudiados en un niño menor de dos años. La prueba de ADN también supera este problema.

– Ciertas enfermedades como la leucemia pueden alterar el sistema ABO.

– Los genes raros y los silentes pueden dificultar la averiguación del resultado.

– Las mutaciones espontáneas de genes, que precisarían para solucionarse el estudio del árbol genealógico genético. Estos cambios evolutivos genéticos pueden ser numéricos –autoploidía o aloploidía, p.ej.–, estructurales, o mutaciones propiamente dichas.

2.9 VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS DE PATERNIDAD

A pesar de todo lo expuesto, las pruebas correctamente realizadas y que utilicen un gran número de sistemas gozan de gran fiabilidad. Asimismo, estas técnicas están avanzando continuamente, siendo un ejemplo reciente la técnica de secuenciación del ADN mitocondrial, que se caracteriza porque se transmite de madres a hijos sin combinarse con el del padre y que ha sido utilizado con éxito en el caso de las Abuelas de la Plaza de Mayo en Argentina.

Todas estas técnicas hacen que hoy podamos proponer a los clásicos predicados de Hummel uno nuevo: aquel que establece un 100 por 100

¹⁰ HUGUET RAMIA, E. y CARRACEDO ÁLVAREZ, A., en GIBBERT CALABUIG, J. A., *Medicina Legal y Toxicología*, p. 1.040.

práctico de seguridad, no sólo para la exclusión, sino también para la afirmación de paternidad.

Respecto a las pruebas biológicas de paternidad nuestro TS establece una clara exposición en su sentencia de 24-11-1992 que no nos resistimos a transcribir:

«El motivo en todo su contexto, está condenado al fracaso, por cuanto que la Sala reitera en línea de principio, cuanto se expuso en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia 11 de julio de 1991, que dice así: «Se subraya que el núcleo fundamental de la controversia deriva del significado y alcance de las pruebas biológicas practicadas que, como se sabe, en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley de 13-5-1981, en lo relativo al artículo 127 ha de afirmar que sobre la diversidad y alcance de dichas pruebas se puede explicitar que las pruebas biológicas no son sino experimentos, merced a técnicas periciales, efectuados en el propio organismo de los afectados padre-hijo; y aunque las más conocidas son las analíticas de los grupos sanguíneos existentes entre ambos –para intentar una homologación en las respectivas sangres– los especialistas hablan de una diversidad: de los grupos o factores de antígenos y las relativas a mediciones sobre grado de madurez del recién nacido –dimensiones de miembros, huesos–; de siempre se ha hablado de la relatividad científica al respecto, y que las clásicas pruebas de los grupos sanguíneos, sólo ofrecen un resultado cierto por exclusión, es decir, si se imputa la paternidad a B, C y D, sirven para que, tras los análisis previos, concluir en que alguno o algunos no pueden ser padre del afectado, sin que, además, valga para el efecto positivo, o sea, el apetecido de afirmar que uno sí es el padre real o biológico; sin embargo, el avance de la ciencia en la materia ha permitido que según los biólogos la exclusión de la paternidad pueda establecerse científicamente con un 100 por 100 de seguridad, y la afirmación de la paternidad puede establecerse con certeza con un 97 por 100; ello es posible si se realiza o determina una serie amplia de antígenos de los hematíes ABO, rh, el MNSS o el KELL, etc., que con anterioridad no se podían realizar, y de los antígenos del sistema HLA como mínimo; si se determinan además los antígenos de proteínas séricas¹¹ y enzimas, se puede añadir un mayor margen de confianza a ese 97 por 100 de seguridad –ya que, y es un añadido nuestro, aumentaría dicho porcentaje–; la nueva prueba o test sanguíneo lleva el nombre de «Human Leukocyte Antigen» –HLA: se centra en el examen o identificación de las marcas genéticas depositadas en los leucocitos blancos de la sangre y llega a una certidumbre del 99 por 100; cuando se habla de las pruebas biológicas hay que pensar fundamentalmente en la heredobiológica, la más significativa e importante y se basa

¹¹ Séricas.

en el estudio de hasta 260 a 300 caracteres diferentes del hijo, la madre y el presunto padre (a veces en la práctica, sólo unos cien) valorados por el perito según las semejanzas o diferencias morfológicas, dando lugar a varios resultados que van desde la exclusión de la paternidad hasta la afirmación de la paternidad; hay una variedad estadístico-matemática de esta prueba (la antropobiomédica); tienen ambas la ventaja de que permiten, en algunos casos, poder afirmar la paternidad, en sentido positivo, otra de las pruebas es la del grado de madurez del recién nacido que se basa en estudios estadísticos y con riguroso sentido crítico, con base en miles de casos observados (27.734 para Labhardt; 19.608, Fölmer y Köningen; 35.315, Wichmann; 12.000, Housemann), que han permitido comprobar que hay una íntima relación entre la duración del embarazo y el grado de desarrollo de ciertas medidas del recién nacido, prácticamente la talla, peso, diámetros y perímetros craneales, datos que son tenidos en cuenta en su valor absoluto y en sus relaciones recíprocas, y completados con otros signos de madurez o inmadurez; con esos datos se han podido elaborar ciertas tablas, de las que se obtienen porcentajes de probabilidad y grados de verosimilitud, relacionando la duración de la gestación con las tallas, pesos o perímetros cefálicos al nacimiento; y, por último, la más clásica y conocida, la prueba de los grupos sanguíneos se realiza hoy estudiando muchos grupos y factores: A-O-B (con subgrupos A1 y A2), M-N factores S-s, P-p, Rh (con varios grupos de antígenos: Rho Rh1 Rh2 como positivos, y rh', rh''..., como negativos, en la nomenclatura de Wiener; Fisher distingue tres pares de antígenos: C-c, D-d, E-e); factores o propiedades Lewis, Duffy, Kell-Celbulinas¹², betaglobulinas...; en definitiva, en la actualidad se admite, como modelo de aceptación científica, para la valoración de las pruebas de paternidad, los siguientes predicados verbales de K. Hummel y colaboradores: Con base a los porcentajes obtenidos analíticamente dentro del elenco de probabilidades de paternidad; se inicia la escala en una probabilidad de «paternidad prácticamente probada» desde el 99,73 por 100 hasta el teórico 100 por 100; pasando del 99 al 99,73 por 100 como una «paternidad EXTREMADAMENTE probable», del 95 al 99 como «paternidad muy probable», del 90 al 95 como «paternidad probable», del 50 al 90 «indiferencia en el lado positivo», del 10 al 50 «indiferencia en el lado negativo», del 5 al 10 «paternidad improbable»; del 1 al 5 «paternidad muy improbable», y hasta los últimos módulos de la escala del 0,27 al 1 de «paternidad EXTREMADAMENTE improbable» y menor a 0,27 «paternidad prácticamente excluida», escala que respecto al aspecto positivo en su módulo máximo ya ha sido constatada judicialmente en varias sentencias de esta Sala, así en STS de 5-4-90, se decía; «Los actuales artículos 127 y 135

¹² Sistema Kell-Celano.

del CC, establecen y propician una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética en todo tipo de procesos sobre filiación, permitiendo que los Tribunales utilicen, al efecto, cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica del entorno y de la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitivo, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de éstas que no es otro que la defensa de los intereses prioritarios de los hijos. Tal principio en la práctica de las pruebas y de razonable apreciación y valoración de las mismas por el Juzgador tiende, en definitiva, a buscar el principio de verdad material en el proceso, tal como proclaman las sentencias 15-3 y 8-5-89, para lo cual resulta decisivo, a los efectos del adecuado soporte legal, el último inciso del citado artículo 135, que alude y menciona, como referencia de cierre a «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo», frase indicativa, —como ha declarado la sentencia 7-12-88—, que sin duda remite a pruebas indirectas que son de especial significación cuando no se dan los hechos base que menciona el repetido precepto —reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado, y convivencia con la madre en la época de la concepción—, ni exista prueba directa de la generación por no haber querido el demandado someterse a las pruebas biológicas. En el caso de autos, el demandado se sometió a las pruebas biogenéticas correspondientes, con su anuencia y participación, arrojando un resultado de paternidad probable de un 99,9324, que se encuentra dentro del rango de paternidad prácticamente probada», y en la STS de 2-1-1991 se decía, asimismo: «La probabilidad de paternidad (w) obtenida es de 99,91 por 100 valor que se encuentra dentro del rango considerado por K. Hummel y colaboradores como Paternidad prácticamente probada. Asimismo el Índice de Paternidad (IP) obtenido es de 1293,48, valor que se encuentra dentro de rango considerado por los mismos autores como Paternidad prácticamente probada, y de aquí que proyectando cuanto antecede al meritado caso de que se trata, es de llegar a la conclusión de que en él se consiguió una certeza casi absoluta en el resultado de la valoración de la prueba».

Con todo lo expuesto anteriormente, podemos indicar que, lo primero que tiene que plantearse el juzgador para la valoración de dichas pruebas es la solvencia científica del equipo investigador que realiza el informe aportado a la causa.

El juez debe valorar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la prueba o pruebas practicadas sin estar vinculado por ellas y poniéndolas en relación con el resto de la actividad probatoria practicada. A pesar de todo ello, no podemos olvidar que la evidente perfección técnica de estas pruebas origina que tenga un peso indudable en las decisiones tomadas, pero teniendo en cuenta como ele-

mento fundamental de la decisión judicial la perfección de la prueba realizada y la solvencia del equipo que la realizó.

Para terminar esta parte de nuestro estudio podemos establecer, como elementos que debe tener en cuenta el juzgador a la hora de valorar y dar importancia a un informe biológico sobre paternidad, de acuerdo con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, los siguientes:

1. La solvencia científica del equipo que ha realizado la prueba y de la metodología usada para la misma. Un indicador importante en este punto es el que el laboratorio cumpla las normas elaboradas por la Sociedad Internacional de Hemogenética Forense –ISFH en siglas inglesas– y que los especialistas que las practiquen formen parte de esta asociación, y posean la formación científica teórica y práctica en Biología Forense –al menos tres años de formación– suficiente. Nuestro TS ha reconocido en diversas sentencias como entidades con solvencia el Instituto Nacional de Toxicología –3-12-1991 p.ej.–, la Escuela de Medicina Legal de Madrid –17-7-1987–, algunas cátedras de Medicina Legal de Facultades de Medicina –21-4-1988–, así como algunos servicios de Inmunología o Hematología de algunos hospitales públicos –26-2-1993–, y el Instituto Nacional de Hemoterapia –4-6-1992–. Es importante, también, que el centro cuente con un programa de control de calidad.

2. Que el informe indique claramente si el equipo se somete a las normas del ISHF antes indicadas, cuales son los procedimientos utilizados para la práctica de los mismos, los métodos de control aplicados y el Índice de paternidad y probabilidad de paternidad –STS 10-11-1986–. El informe debe indicar cuántas veces se han repetido los ensayos –al menos debe hacerse tres veces.

3. Algún sector doctrinal defiende que también hay que tener en cuenta el número de marcadores genéticos estudiados considerándose que 17 marcadores son insuficientes y exigiéndose al menos 25, siendo lo ideal el estudio de los 39 marcadores fenotípicos de los sistemas estudiados, más los del sistema HLA ¹³. Cuantos más marcadores se estudien más fiabilidad tendrá el informe. No obstante, este requisito no es tan absoluto. Lo importante será la facultad discriminatoria del marcador utilizado. Lo mejor es que sumando todos los marcadores utilizados se lleve al 99,5 por 100 de probabilidad de exclusión.

4. Es preciso tener en cuenta que no todos los marcadores tienen el mismo valor a efecto de exclusión. Así se habla de exclusiones de primer orden o directas y de segundo orden o indirectas, siendo éstas más susceptibles al error. Por ello, hay que tener en cuenta en cada caso los marcadores que han provocado la exclusión para obtener una conclusión global.

¹³ LLEDÓ YAGÜE, citado por CORDERO CUTILLAS, I., *Investigación de la paternidad en los procesos de impugnación*, p. 374.

5. Por último, el valor de la prueba dependerá del índice de probabilidad de paternidad obtenida, así como del índice de paternidad. Las frecuencias genéticas y los datos poblacionales tienen que estar determinados para la población a la que se apliquen y estar suficientemente documentados, citándose en los informes la fuente de procedencia –para España, por ejemplo, la llamada Recopilación de Zaragoza.

6. Que la prueba reúna los requisitos legales y procesales necesarios, lo que estudiaremos más adelante.

7. La sentencia de nuestro TC que luego comentaremos establece, además, el requisito de que la prueba se realice por personal sanitario en centros hospitalarios públicos, lo que ha sido criticado, ya que es conocida la existencia de centros privados con gran prestigio en esta materia.

Una vez garantizado todo esto el juzgador estará en condiciones para valorar la prueba pericial estudiada.

III. LAS PBP Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

3.1 SU ADMISIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO

La admisión de las PBP en el ordenamiento jurídico español ha sido cambiante, siguiendo el devenir histórico por el que ha ido pasando el mismo. No obstante, podemos indicar, como conclusión general, el que la intención de proteger a la familia legítima provocó una tendencia contraria o de fuerte recelo hacia la libre determinación judicial de la filiación. A esta actitud de recelo contribuyó también la dificultad existente por motivos científicos para determinar con certeza la paternidad ilegítima. A pesar de esta premisa general podemos realizar un breve recorrido histórico sobre la aceptación de estas pruebas:

– Los Derechos romano y canónico, básicos en la formación de los ordenamientos de la Edad Media, admitieron la libre investigación de la paternidad, si bien concediendo a los hijos ilegítimos tan sólo derecho a alimentos.

– En la Edad Media, al igual que ocurre con el antiguo Derecho Francés, se seguía la misma tendencia, aunque ya empiezan a darse muestras de la tendencia prohibicionista.

– Es en Francia, con la Ley de 12 de Brumario del año II de la Revolución –cuya normativa fue recogida luego por el Código Napoleónico– cuando, como reacción frente a la doctrina revolucionaria de la igualdad de todos los hijos con independencia de su origen, se prohíbe totalmente la investigación de la paternidad, permitiendo únicamente el reconocimiento voluntario.

– En nuestro país, mientras que la Compilación Catalana, siguiendo el Derecho Canónico y, en concreto, las Decretales de Gregorio IX de 1692, admitía la libre investigación de la paternidad; nuestro Código Civil, siguiendo la doctrina napoleónica, la contempló sólo de forma limitada y accesoria a una condena penal por violación, estupro o raptó. La Constitución de la II República equiparó los hijos ante la ley y admitió la investigación de la paternidad, si bien su corta vida provocó el que esta materia no pudiera desarrollarse.

Este planteamiento prohibicionista dominante fue fuertemente criticado por la doctrina que, frente a la argumentación de García Goyena de que se trataba de evitar el que mujeres imprudentes escandalizaran «clamoreando un honor que jamás conocieron», entendieron que no merecía mayor respeto el honor del padre que el de la madre, y que como, en concreto, indicaba Scaevola, la ley alentaba la impunidad de los actos deshonrosos, no pudiendo decirse que la posibilidad de investigación provocara arbitrariedad ya que esta se evita, precisamente, con el procedimiento judicial. Así se han manifestado, entre otros, Sánchez Román, Lacruz, Castán y Díez Picazo, que entiende que el temor al escándalo no pasa de ser un pretexto fundado en una moral hipócrita y burguesa ¹⁴.

Históricamente, la admisión de la libre investigación de la paternidad lleva aparejada la limitación de derechos de los hijos ilegítimos, y la igualdad de los derechos de los hijos; por contra, supone la limitación de dicha investigación. Esta tendencia, rota ya por el artículo 43 de la Constitución de 1931, ha sido totalmente cuestionada en la actual regulación española.

Hoy, tras la Constitución de 1978, es comúnmente admitido el derecho que tienen los hijos de conocer a sus padres, y que dicho derecho conlleva a la consagración del principio de la libre investigación de la paternidad. Así lo ha recogido el artículo 39-2 de nuestra Carta Magna al exponer:

«La ley posibilitará la investigación de la paternidad.»

Y esta posibilidad de la investigación de la paternidad, si bien dirigida, fundamentalmente, a provocar todo el haz de derechos y obligaciones derivadas de la filiación jurídica, también, como opinan algunos autores, puede utilizarse para el logro de objetivos de carácter inferior como puede ser por ejemplo la existencia de necesidades médicas. Como, acertadamente, expone Carcaba ¹⁵, el artículo citado al hablar de «posibilitará» establece simplemente una posibilidad relativa.

Otro sector doctrinal apoya también la admisión de esta investigación en el artículo 10-1 de la Constitución Española, ya que el derecho al libre

¹⁴ CASTRO GARCÍA, J., *La investigación de la paternidad*, p. 16.

¹⁵ *Los problemas jurídicos planteados...*, p. 114.

desarrollo de la personalidad y a la dignidad de la persona conlleva, necesariamente, la posibilidad de que la persona conozca su verdadera filiación, su origen genético y genealógico, en tanto que esto sea posible, afirmando la existencia de un derecho constitucional a conocer nuestro origen genético ¹⁶. Sin perjuicio de que volvamos sobre el problema al hablar de la llamada búsqueda de la verdad biológica, entendemos que, en toda esta regulación, entran en pugna los principios de la verdad biológica, interés del menor y de estabilidad familiar, con otros principios de carácter público que hacen que no podamos identificar filiación biológica con filiación jurídica, ya que, en otro caso, no tendría sentido la admisión de la filiación adoptiva, ni la regulación de la filiación en el caso de los procedimientos de reproducción asistida, incluido el principio del anonimato del donante que ha sido fuertemente criticado por la doctrina ¹⁷, e incluso objeto de un recurso de inconstitucionalidad.

Por todo lo expuesto, habrá que determinar qué principio es preponderante, lo que supone el cuestionarse si nuestro derecho, en esta materia, considera como principal el principio de la verdad biológica, y si, en ese caso, este principio debería considerarse como absoluto, o si, por el contrario, se relativizaría en conflicto con otros derechos.

Nuestro Código Civil, tras la Ley de 13-5-1981 que desarrolla la normativa constitucional, estableció en su artículo 127:

«En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.»

Esta manifestación, unida al artículo 39 de la Constitución ya citado, hace que la mayoría de la doctrina entienda que la verdad biológica es un principio fundamental en nuestro Derecho de Filiación, que como ha indicado la sentencia del TS de 15-3-1989 «ha ido pasando del principio de verdad formal al de verdad material en aras del derecho de la personalidad consagrado en las leyes constitucionales». Tesis esta que ha sido mantenida también por nuestro Tribunal Supremo que considera como «primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica» –STS de 15-3-1989–, añadiendo –STS de 26-1-1993– que «se está debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación, lo que afecta a su dignidad y al desarrollo de su personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en el artículo 10-1 de la CE», siguiendo con ello la doctrina alemana. Ejemplo de ello es la postura adoptada por Marín Gámez ¹⁸ que afirma que el artículo 39-2 de la CE impide la restricción al derecho a conocer la verdad biológica, si bien

¹⁶ Derecho que procede del Derecho Constitucional alemán. Ver VEIGA NICOLE, E., *La reforma del régimen jurídico de la filiación...*, p. 30 con cita de Rivero Hernández.

¹⁷ Ver p. ej. MARÍN GÁMEZ, J. A., *Relatividad constitucional de las Técnicas de Reproducción Asistida*.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 105.

admitiendo que ello no significa que la Constitución prime los criterios biológicos de determinación de la filiación sobre los jurídicos. En igual sentido se manifiesta Hernández Gil ¹⁹, que entiende que el derecho a conocer la propia filiación biológica, con independencia de la jurídica, no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal, como derecho fundado en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad. Indica, también, este autor que este derecho, basado en el artículo 7-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 20 de noviembre de 1989, es independiente de la propia relación jurídica de filiación y que debería exigirse a través del juicio de menor cuantía. Termina, al fin, declarando la inconstitucionalidad del principio del anonimato de los donantes, establecido en el artículo 9-1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. Todo esto nos lleva a la conclusión lógica de que nuestro ordenamiento jurídico mantiene el principio de la verdad biológica; ahora bien, como también entiende un importante sector doctrinal, al que nos adherimos, y representado, entre otros, por Rivero, este principio de la verdad biológica no puede considerarse absoluto y ello por varias razones:

– Porque ni el principio ni la veracidad son absolutas, pues el orden constitucional refleja otros principios que pueden matizarlos, y dentro de estos podemos destacar la llamada «verdad sociológica» que se corresponde con los principios de voluntad y responsabilidad que en materia de paternidad llega a desplazar al biológico. Como expone Rivero ²⁰, «no se hace padre tanto por llevar los mismos genes, sino en cuanto asuma las obligaciones derivadas de unos actos que han dado lugar a ese nacimiento [...] Los elementos de voluntad y responsabilidad unidos al de seguridad jurídica, son el contrapeso fundamental y la desviación comprensible del principio de la veracidad y del presupuesto biológico, que subyacen conceptual y naturalmente en la idea de paternidad y filiación».

– Porque el legislador, al establecer limitaciones en la legitimación, y plazos de caducidad en las acciones de filiación, parece poner trabas formalistas que contradicen dicho principio. Ciertamente que estas trabas formales han ido matizándose a través de la jurisprudencia, extendiéndose por el TS la legitimación a personas que, en principio, no la tenían –por ejemplo, la del padre biológico extramatrimonial de un niño con paternidad matrimonial reconocida por la presunción, caso de la sentencia del TS de 5-11-1987–. Esta tendencia, si bien no es constante, puesto que la sentencia del mismo Tribunal de 1-12-1993 indica que no se puede decir que «las restricciones de la legitimación activa [...] en unos y otros supuestos

¹⁹ HERNÁNDEZ GIL, FCO., *El Derecho del niño a su identidad personal*. Estudios del Ministerio Fiscal, núm. III, Madrid, 1995, pp. 571 ss.

²⁰ Citado por GÓMEZ DE LA TORRE, M. C., *La filiación de los hijos nacidos...*, pp. 291 ss.

sean arbitrarias o infundadas sino que, en el extremo que interesa ahora, se deben evidentemente a la consideración de situaciones familiares, y al propio favor filii...», es recogida, también, por la sentencia del TC de 17-1-1994 que parece otorgar un criterio no formalista a la aplicación de los principios procesales en esta materia. Hemos de añadir que la aplicación del principio de verdad material a ultranza conllevaría una total legitimación a cualquier ciudadano interesado y sin plazo alguno, y, en concreto, una legitimación directa y propia, y no por sustitución del Ministerio Fiscal, ya que éste estaría obligado a buscar por propia iniciativa la verdad material para hacer concordar el registro civil con la realidad y, lo cierto es que la jurisprudencia y la doctrina le niegan esta legitimación directa y propia²¹. Tampoco el Estado toma la iniciativa, sino que ésta queda totalmente en manos de los particulares. Hay que tener, igualmente, en cuenta la contribución de la posesión de estado para cerrar las vías de impugnación de la paternidad. Sin duda en esta posesión de estado lo importante no es la relación biológica, sino la voluntad de tener al hijo de forma permanente.

– De admitir el principio de verdad material de un modo absoluto, no tendría explicación la regulación que nuestro Derecho da a la adopción y a la filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida –Ley 35/88 de 22-11–, sobre todo en lo que hace referencia al anonimato del donante que, si bien fuertemente criticado por la doctrina, precisamente por toda esta problemática, hoy es una realidad legal.

– Tampoco se justificaría las limitaciones que el derecho pone a determinados reconocimientos como las establecidas en los artículos 121, 122, 123 y 125 del CC, por ejemplo.

Podemos decir, por todo lo expuesto, que nuestro derecho, si bien de forma general ha de respetarse la misma, no se decanta de forma absoluta por la total prevalencia de la verdad biológica, a pesar de los fundados argumentos de un importante sector de la doctrina. Entendemos que, como indica Ocaña²², lo que se da es un rechazo a la regulación anterior, añadiendo con Montes Penades²³ que en esta materia se asiste a una perturbadora disociación entre lo biológico y lo genético, no pudiendo sostenerse una interpretación en clave genética del artículo 127 CC. Concluye este autor que «la filiación es una relación fundamentalmente jurídica, que no tiene por qué derivarse de un hecho biológico, siendo padre y progenitor realidades distintas». En realidad, como indica Vidal Martínez²⁴, lo

²¹ Sobre intervención del Ministerio Fiscal puede verse IBÁÑEZ DE ALDECOA, R., *La intervención del Ministerio Fiscal...*, y OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *La filiación en España*, pp. 222 ss.

²² *La STC del 7-1-94...*, p. 146.

²³ MONTES PENADES, *El consentimiento en la fecundación humana asistida...*, p. 506.

²⁴ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Las nuevas formas de reproducción humana*, Civitas. Madrid, 1988, pp. 63 ss.

que se da en nuestro derecho es un simple acercamiento a la verdad biológica –prueba de ello es la inclusión, en el mismo título del CC, de la filiación por adopción que se basa fundamentalmente en el distanciamiento del hijo de los padres consanguíneos–, estando ésta contrapuesta al principio de estabilidad familiar, entendida como protección del hijo frente a turbadores cambios de familia.

Queremos indicar, asimismo, que nuestro TS en sentencia de 14-3-94 establece que la ley «no ha introducido en nuestro sistema una investigación indiscriminada, perturbadora del orden interno familiar y contrarios al estado civil y posesión de hecho del mismo que gozan las personas. La ley apoya la verdad material, pero a favor de los hijos y de la familia, no como elemento distorsionador del orden interno; por ello limita el círculo de los legitimados y establece plazos de caducidad de las acciones».

En cuanto a la normativa de Derecho Internacional la Convención sobre Derechos del Niño de la ONU de 20-11-89 (Ratificada por España el 30-11-90) en su artículo 7-1 establece:

«El niño (...) tendrá derecho (...), en la medida de lo posible, a conocer a sus padres (...)»

Ello, a nuestro entender, establece la posibilidad de limitaciones al derecho a conocer el origen genético de una persona. En igual sentido se ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 23-2-89 Caso Gaskin ²⁵. En este caso el Tribunal y la Comisión entendieron que pueden existir motivos que justifiquen el impedimento de conseguir información sobre nuestra identidad, considerando superior el interés público de protección a la infancia sobre el particular de conocer datos sobre el pasado. Si bien la resolución comentada no hacía referencia a la filiación en sí, hay que tener en cuenta que en este caso no se trataba sólo de la «curiosidad» del origen, sino que la revelación era necesaria para llevar adelante un proceso penal por malos tratos. Pensamos que la doctrina general establecida en este caso por el TEDH es perfectamente aplicable al tema planteado.

3.2 SUS CARACTERES GENERALES

Podemos resumir los caracteres generales de las pruebas biológicas de la paternidad en los siguientes:

– Siguen el principio de la verdad biológica, si bien de forma limitada.

– Se encuentran ampliamente reconocidas por nuestros Tribunales con el carácter de prueba pericial, y con un valor probatorio superior al

²⁵ *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 131/1992.

resto de las mismas, si bien el juez goza de plena libertad a la hora de valorarlas, cuya apreciación la realizará de acuerdo con la sana crítica.

– Dichas pruebas no son contrarias a la Constitución, ni atentan contra los derechos fundamentales, siendo totalmente ineficaces si se obtuvieron de forma ilícita o con violación de éstos.

– Requieren como presupuesto de admisibilidad el que se presente con la demanda un principio de prueba de los hechos en que se funda.

– Sirven para determinar tanto la paternidad como la maternidad.

Algunos de estos caracteres los hemos planteado ya, los demás vamos a verlos a continuación.

3.3 REQUISITOS DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA

La inclusión en nuestro Derecho del principio de libre investigación de la paternidad no podía desconocer el hecho de que la misma podría ser utilizada con el fin de practicar la coacción y el chantaje, así como las molestias y el ataque a la paz familiar que supone la admisión de demandas totalmente infundadas y temerarias. Esta cautela, totalmente justificada para la doctrina y recogida, con mayor o menor exigencia, en el Derecho Comparado, se introdujo, también, en nuestro Ordenamiento a través del artículo 127-2 del Código Civil que expone:

«El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda.»

Para la mayor parte de los autores estamos ante una verdadera exigencia cautelar que trata de asegurar la seriedad de las acciones de filiación y evitar las graves consecuencias que se seguirían de un proceso carente de todo fundamento real. Para ello se busca un hecho demostrativo que acredite racionalmente que la pretensión puede estar fundada, dependiendo el rigor con el que se mida del tipo de acción y de las circunstancias del caso, y del prudente arbitrio judicial, ya que es el juez el que, ponderando los intereses en juego, debe determinar si el requisito se cumple o no. En palabras de O'Callaghan, estamos ante una «semiplena probatio»²⁶, que suponga una mínima acreditación de los hechos, idóneos para convencer de que la demanda se interpone con una base de credibilidad, no debiendo acreditarse la total certeza, sino sólo la mera probabilidad. La doctrina ha criticado la discrecionalidad que se concede al juez en esta materia, por poderse caer en el libre arbitrio judicial²⁷, si bien hay que tener en cuenta que, contra admisión indebida, caben todos los recursos existentes en Derecho, incluido en el de casación por la vía

²⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Investigación de la paternidad*, p. 72.

²⁷ Ver la exposición que, sobre el tema hace ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., *Determinación judicial de la filiación: Aspectos...*, pp. 127 ss.

del artículo 1692-3 de la LEC, ya que afecta a las garantías procesales, siempre que la parte demandada haya usado los recursos previos, y formulado las oportunas protestas para evitar que se rechace su motivo como cuestión nueva. En caso de no admisión, y además de los recursos de reposición y apelación, se puede presentar nueva demanda subsanando la omisión, e incluso, si la parte contraria, antes de contestar, recurre en reposición la admisión, o así lo excepciona en la contestación, en la comparecencia del artículo 693 del texto rituario, requerírsele por el Juez para que aporte el principio probatorio, y si no lo hace dictará Auto de sobreseimiento con archivo de los autos.

Un importante sector doctrinal, al igual que alguna sentencia de nuestro TS, entiende que debe prevalecer fundamentalmente el interés del hijo y, por ello, en caso de duda debe admitirse la demanda. Algunos llegan más lejos, al manifestar que el principio de prueba conculca el principio de la libre investigación de la paternidad y que, para evitar las demandas injustificadas, podría crearse un ilícito penal de atribución indebida de paternidad²⁸. No compartimos esta opinión. El Derecho Penal no debe nunca perder su carácter de «última ratio» y en tanto existan medios civiles para resolver los problemas jurídicos y sociales, deben utilizarse éstos, y no crear nuevos medios penales de coerción. Tampoco creemos que la exigencia de principio de prueba suponga una limitación insalvable, teniendo en cuenta la aplicación que los Tribunales están haciendo de la misma, y la posibilidad de repetir la acción cuando se consiga el mismo. Creemos que serán pocos los que en estas condiciones no puedan ofrecer dicho principio, si bien tampoco somos partidarios de una total espiritualización del mismo, como luego veremos.

Pasando a determinar las principales notas definitorias de esta «semi-plena probatio» podemos destacar:

- Debe acompañarse a la demanda, sin que quepa una fase previa para su práctica, como ocurre en otros Derechos.
- Es imprescindible su presentación para la admisión de la demanda.
- Lo anterior hace que sólo la prueba preconstituida y documentada, sin que sea preciso que sea escrita, resulte viable.
- Carece de valor probatorio mas allá de la admisión, aunque su objeto coincida con el de la prueba.

Un grupo importante de autores ha mantenido un criterio amplio y flexible que ha sido totalmente asumido por nuestro TS, y que pasamos a exponer con base en la jurisprudencia del mismo.

Nuestro Alto Tribunal ha considerado como principios de prueba válidos: relaciones prematrimoniales, de noviazgo o amorosas estables en la época de la concepción –STS 8-7-87, 11-3-88, 12-4-88–; fotografías

²⁸ HERRERA CAMPOS, R., citado por CORDERO CUTILLAS, I., *Investigación de paternidad en los procesos de impugnación*, p. 368.

dedicadas o que revelen relaciones de intimidad –17-11-87, 12-12-87 y 21-5-88–; testificales que manifiesten la creencia de personas del entorno de relaciones sexuales en la pareja – 10-11-86–; prueba pericial morfológica –Ídem–; cartas con tratamiento de hijo por el presunto padre –10-3-87– o demostrativas de relación amorosa con la madre –12-4-88–; de forma general las pruebas indirectas establecidas en el artículo 135 CC –14-11-87–; declaración suscrita por el cura párroco –19-1-90–; acta notarial con manifestaciones de un testigo –14-10-85–, etc. Y no solamente los casos expuestos, ya que en ese afán espiritualizador el TS, ha considerado la existencia de principio de prueba suficiente con la mera alegación u ofrecimiento en el escrito inicial de pruebas a corroborar en la fase probatoria del proceso –STS 12-11-87, 3-6-88 y 20-10-93–, siendo en este tema especialmente interesante la sentencia de 3 de diciembre de 1991. Un paso más da la sentencia de 8 de octubre de 1993 que admite la demanda si del propio contexto o contenido de la misma se aprecia la existencia de una «mínima línea de razonabilidad»²⁹. Esta espiritualización ha sido fuertemente criticada por la doctrina por excesiva, llegando a decirse que al interpretar de forma correctora el precepto legal, se está diciendo lo contrario, dejando la cautela establecida por la norma reducida a nada y haciendo inevitables los abusos. Esta postura crítica se encuentra, actualmente, afianzada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 que, como veremos a continuación, considera que este momento es una de las protecciones que el Ordenamiento recoge para evitar que se imponga la práctica de las pruebas biológicas a quien no se debe, por lo que entendemos que dicho principio de prueba debe ser exigido con un mayor rigor que el actual para que opere como norma de control, y no sólo formal, a demandas sin fundamento siquiera aparente, lo que, además, era, precisamente, la finalidad de la misma.

3.4 CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PBP³⁰

Las principales críticas y negativas a la práctica de estas PBP han venido fundadas en el argumento de que las mismas son contrarias a diversos derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución. Por ello, es fundamental el plantearnos si la práctica de dichas pruebas contradice o no nuestra Carta Magna. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse sobre este tema –además de otras resoluciones aplicables relativas fundamentalmente al test de alcoholemia– en

²⁹ CORDERO CUTILLAS, I., *op. cit.*, p. 369.

³⁰ Es interesante el estudio realizado por RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales*.

los Autos de 9-3 y 31-5-1990 y en la sentencia 7/94 de 17 de enero, habiéndose manifestado, también, el TS sobre el mismo en multitud de resoluciones de las que, a título de mero ejemplo, podemos citar las sentencias de 21-5-88 y 15-3-89. De todas estas resoluciones podemos obtener las siguientes conclusiones:

– Las pruebas biológicas no son contrarias a la Constitución. No atentan contra ningún derecho constitucional, y están amparadas por el artículo 39-2 CE, puesto que la mejor forma de buscar la paternidad son precisamente las mismas, siempre que no se lleven a la práctica de forma irregular o lesionando otros derechos protegidos. No afectan a la integridad física de la persona, ya que una intervención tan banal como una mera extracción de sangre no puede considerarse una injerencia prohibida, y no se infringe el derecho a la integridad física cuando estamos ante una prueba prevista por la ley y acordada por la autoridad judicial en Auto motivado con causa legal –art. 127 CC–, cuando sea indispensable para alcanzar el fin constitucional de investigar la paternidad, que guarde la debida proporción, lo que debe ponderarse en la motivación de la resolución y, por último, que no suponga para quien deba soportarla un gravísimo riesgo o quebranto para su salud. Además de todo lo indicado, en el enfrentamiento derecho a la intimidad y derecho a la filiación, el TC ha entendido más relevante este último. Igualmente, la Ley de 5-5-1982 sobre protección de derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, define que son los ataques a la intimidad, excluyendo de los mismos, las actuaciones acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley. Hay que tener en cuenta que, como establece la STC antes citada, «... en esta clase de juicios se produce una colisión de derechos fundamentales de las distintas partes implicadas..., en los supuestos de filiación prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad... objeto de especial protección por el artículo 39-2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial».

– No se puede imponer la práctica de dicha prueba «*manu militari*», por la fuerza y contra su voluntad, aunque el juzgador podrá deducir de esta negativa las consecuencias legales que procedan, como luego veremos, y ello porque dicha obligación iría contra el derecho fundamental a la libertad. Tampoco se puede practicar contra la voluntad del interesado –con sangre obtenida para otros fines sin su consentimiento–, lo que sería una prueba ilícita cuyos efectos luego veremos. Indiquemos que en Derecho Comparado –Alemania, p. ej.– se admite la posibilidad de la práctica de la prueba a la fuerza. La STC 7/94 ha hecho pensar a algunos autores la posibilidad de que, en nuestro Derecho, puedan imponerse ³¹

³¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Una nueva doctrina...*, p. 381, y OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *La STC...*, pp. 123 ss., aunque poniendo en duda la constitucionalidad de esta solución

por la fuerza dichas pruebas. Y ello porque como expone Veiga ³², el argumento de que los Tribunales disponen de medios suficientes para la práctica de las pruebas cuando una de las partes debe aportarlas y se niega a ello nos lleva directamente a dicha conclusión puesto que los Tribunales sólo podrían optar por dos soluciones: o le imponen a la fuerza la prueba, o consideran la negativa como una plena y tasada «*ficta confessio*», soluciones ambas contrarias a nuestro ordenamiento –basado en el principio general de la libre valoración de la prueba sin más exclusiones que las establecidas en la ley, lo que no es el caso, y en el derecho fundamental a la libertad sin más limitaciones que las legales, que no amparan la privación de libertad con este fin–. Por todo lo dicho, creemos más respetuosa la postura de O’Callaghan ³³, que manifiesta que, a pesar de lo confuso de la sentencia, que el sometimiento supone una carga procesal del demandado que si no colabora será «castigado» con la declaración de paternidad, a pesar, o precisamente por haberse negado a la prueba, si bien, esta solución choca con la falta de cobertura para considerar a la negativa como una confesión fingida, que ya hemos visto, y en la que más adelante incidiremos. Quizás el problema deba resolverse a través de una futura reforma legal.

– No vulneran estas pruebas el derecho a no declarar contra sí mismo, ya que no supone una exteriorización de manifestación sobre hechos o circunstancias, sino una forma especial de pericia, que le exige una colaboración no equiparable a una declaración que es lo protegido en el derecho invocado.

– Cuando las fuentes de prueba se hallan en poder de una de las partes la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales conlleva que dicha parte debe aportar los datos requeridos para que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Todo esto hace que, si se determinara por el juez, de acuerdo con la ley, que debe practicarse la prueba se está obligado a someterse a ella, sin que quepa oponerse, en ningún caso, alegando infracción de derechos constitucionales.

– Tanto el TS como el TC, consideran que el derecho fundamental a la declaración de la filiación no puede ser impedido por rigideces procesales, con lo cual el Juez no debe buscar sólo la verdad formal, sino la verdad material, y, por ello, no son aplicables los principios generales del procedimiento civil sobre aportación de parte, carga de la prueba y dispositivo.

– El demandado sólo podrá legítimamente negarse a someterse a la prueba si no existieran indicios racionales o serios de su conducta o

por falta de cobertura legal. Este autor – pp. 148 ss.– refleja de forma muy precisa los problemas que pueden derivarse de esta obligatoriedad, lo que hace que pueda no ser deseable.

³² *La reforma del régimen jurídico de la filiación...*, pp. 40 ss.

³³ *Op. cit.*, pp. 63 y 77.

podiera existir un gravísimo quebranto para su salud, lo que podrá alegar oponiéndose a la admisión de la demanda por faltar el principio de prueba y oponiéndose a las resoluciones que ordenan su realización por impertinentes e inútiles. En cuanto a la valoración de la negativa injustificada a la práctica de la prueba nos remitimos con las salvedades ya deducidas de la doctrina constitucional actual, a la exposición que realizaremos más adelante.

3.5 PRUEBAS OBTENIDAS CON INFRACCIÓN DE DERECHOS. EFICACIA DE LAS MISMAS

Tras la Constitución de 1978 se presta especial atención al valor que, en nuestro Ordenamiento, se debe dar a las llamadas pruebas prohibidas o ilícitamente obtenidas. Tras una época de dudas el artículo 11-1 de la LOPJ establece que: «no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales». Es ilícita la prueba cuando para obtenerla se han violentado derechos fundamentales, con independencia del carácter, público o privado, de la entidad que obtenga la prueba. Debemos incluir, por lo tanto, dentro de ellas aquellas en que se emplee coacción o violencia frente a la negativa del demandado, o no esté justificada por decisión motivada de los Tribunales, o con datos revelados a través de una actividad profesional dirigida a otros fines, y sin autorización del demandado, o bien obtenidos ignorándolo éste.

Las pruebas ilícitamente obtenidas no podrán surtir efecto, por lo que el Juez no deberá admitirlas o tomarlas en cuenta para fundamentar su decisión.

3.6 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRUEBA

Una vez observada la problemática constitucional existente respecto a la misma debemos estudiar el régimen jurídico de estas pruebas, con el fin de tener una visión general de su incardinación dentro del proceso.

a) **Naturaleza jurídica**

Las PBP tienen el carácter de auténticas pruebas periciales sometidas, por lo tanto, a la regulación que, para las mismas, establecen los artículos 610 y siguientes de la LEC, en relación con los artículos 1.215 y concordantes del Código Civil. Esta es la tesis doctrinal y jurisprudencialmente más aceptada. De esta afirmación general podemos extraer las siguientes ideas:

1. Son actos de investigación incorporados como prueba pericial caracterizada por su gran fuerza demostrativa, y, de acuerdo con el artículo 632 de la LEC, apreciable por los Tribunales «según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos». Esto quiere decir que el resultado judicial no dependerá, única y exclusivamente, de la misma sino que el juzgador deberá valorarla junto a las demás pruebas practicadas. No obstante hay, según la doctrina, casos en los que el juez no debe apartarse de dicha prueba pericial. Este sería el caso de una razonada exclusión de la paternidad, ya que otra cosa sería resolver el pleito basándose en pruebas falibles como la testifical, o la documental. Esta prueba pericial podemos considerarla también como la genuina prueba directa de investigación de la paternidad —ya que es un instrumento idóneo de convicción judicial, siempre que se realice dentro de un procedimiento y no sea extrajudicial—, tal como manifiesta O'Callaghan ³⁴.

2. La prueba pericial idónea es la llamada «académica» del artículo 631 de la LEC. A esta conclusión se llega, no sólo por los especiales conocimientos científicos necesarios para esta prueba, sino por la necesaria aplicación de la flexibilidad en la aplicación de los períodos probatorios tremendamente cortos para la práctica de estas importantes pruebas, y la evitación del régimen común de designación de peritos por insaculación de difícil aplicación práctica en estos casos dada la no existencia de gran cantidad de peritos en disposición de realizar estas pruebas.

3. El juez puede, a través de las llamadas diligencias para mejor proveer, decidir la práctica de estas pruebas, solicitar una ampliación de las mismas cuando considere necesario el estudio de más marcadores, o incorporar los informes aportados con retraso, al ramo de prueba.

4. Si bien algunos autores han abogado porque se realicen dos dictámenes por dos laboratorios, esta posibilidad ha sido excluida por nuestro TS en sentencia de 7-2-86 que indica que los Tribunales no tienen por qué contrastar los resultados de una prueba practicada con el dictamen de otro perito sobre el mismo tipo de pruebas.

5. Hay que tener en cuenta, además, que según la doctrina del TC desarrollada en la sentencia del mismo ya citada, las PBP sólo deben ser decretadas por el juzgador, en aquellos casos en que «a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulten del todo necesario para esclarecer una paternidad posible (...) es preciso realizarla porque no pueda obtenerse la evidencia de paternidad a través de otros medios probatorios (...)». Dicho de otro modo, sólo procederá la práctica de estas pruebas en última instancia, cuando el juzgador no pudiera hallar la verdad por otros medios ³⁵.

³⁴ *Op. cit.*, p. 76.

³⁵ La sentencia de la A.P. de Toledo de 15 de enero 1996, en su fundamento de derecho primero, entiende que, en el caso de una impugnación del reconocimiento no es apli-

b) Legitimación

Nos estamos refiriendo no a quienes se encuentran legitimados para intervenir en el proceso, tema que presenta importantes cuestiones, sino a, dando por supuesta su intervención como parte en el procedimiento, quienes se encuentran legitimados para solicitar la práctica de estas pruebas biológicas. Ya hemos hecho referencia a la posibilidad que tiene el juzgador de ordenarlas como diligencias para mejor proveer. Podemos decir ahora que pueden solicitar la práctica de estas pruebas tanto demandante como demandado. La propuesta por uno o por otro dependerá del interés que la misma puede tener, bien para probar sus alegaciones, bien para aclarar los hechos. Por poner un curioso ejemplo: en la Ley Catalana de Filiación de 1991 se establece una presunción de paternidad no matrimonial en su artículo 5 al establecer éste: «Se presumirá que es padre del hijo no matrimonial el hombre que ha mantenido relaciones sexuales con la madre en el período legal de concepción, entendido dicho período como los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedan al nacimiento del hijo». En este caso, será el padre por presunción al que le interesará la práctica de la prueba para demostrar que no lo es.

En este tema es importante el preguntarse si puede solicitarse esta prueba por el Ministerio Fiscal, lo que nos lleva al estudio del carácter de la intervención del representante público en estos procesos³⁶. Salvo en los supuestos en que el Fiscal actúe como representante del menor o incapacitado –legitimación por sustitución de la que no conocemos ningún caso–, aquel, que asume la postura formal de demandado, puede actuar, bien como parte plena, bien como mero informante, dictaminador, o garante del interés público, siendo esta última la más aceptada por la jurisprudencia. Así la doctrina se debate entre aquellos que entienden que el Ministerio Público es auténtica parte en estos procedimientos –Tome Paule, y en menor medida, Prieto Castro–, y aquellos que consideran que actúa como mero informante –Guasp, De la Cámara, ...–. La jurisprudencia, por el contrario, parece tener muy clara la postura de mero dictaminador del Ministerio Fiscal. Así lo han mantenido, entre muchas otras, las STS de 3-3-88, 21-5-88, 21-12-89, 17-3-93, ... La última citada, establece que «[...] el Ministerio Fiscal nunca es parte en estos casos concretos de tener el menor madre que lo represente y toda la legislación civil sustantiva y orgánica no prevé su intervención en estos litigios sino como repre-

cable el artículo 135 del Código Civil, que establece un régimen abierto de pruebas en la reclamación de filiación, sino que, en los casos de impugnación del reconocimiento, la petición de estas pruebas sería impertinente, y que sólo podría probarse la existencia de error, intimidación o violencia, únicas formas tasadas admitidas por el cuerpo legal. No obstante, nosotros no podemos compartir dicha opinión dados los artículos 39-2 de la Constitución y 127 de CC, así como la interpretación del TC sobre los mismos.

³⁶ Ver nota núm. 21.

sentante y defensor de la ley y al solo objeto de ser oído en audiencia...». La de 3-3-88 realiza un exhaustivo estudio de la postura del Fiscal en estos procedimientos con un interesante recorrido histórico al respecto. Basa la consideración del Fiscal como «simple informante, dictaminador y garante del interés público, pero no la de una verdadera parte procesal con los mismos deberes y cargas que afectan a éstas», en el hecho «de su desvinculación del derecho material y no afectarle la relación jurídica privada que en el proceso se debate» añadiendo que los artículos 3-6 del Estatuto del Ministerio Fiscal y el 50 de la Ley del Registro Civil «sólo exige audiencia del Ministerio Fiscal para extender el asiento contradictorio en el estado de Filiación». El problema no tendría mayor importancia, si no fuera porque, según algunos autores, el actuar como informante no supusiera la imposibilidad de proponer pruebas a no ser solicitándolas al juez como diligencia para mejor proveer. En los casos en que el Ministerio Público actúe como parte, o si consideramos que esta es la naturaleza de su intervención en general, no hay duda de que puede solicitar la práctica de la prueba. El problema se presenta en el caso de considerarlo como mero informante –postura, por otra parte, que es la más acorde con nuestra regulación sustantiva y procesal, carente como ocurre, por ejemplo, en el Derecho italiano de normas concretas y específicas, que permitan otra naturaleza de la intervención pública, como de «lege ferenda» ha sido propuesto por un sector doctrinal, al que nos adherimos–, ya que, ¿puede un mero informante solicitar la práctica de pruebas? Entendemos que, incluso en estos casos, puede el Fiscal solicitar la práctica de la prueba, y ello, por los siguientes motivos:

1. Aunque es cierto que el Fiscal debe mantenerse al margen de los intereses privados, debe velar por la pureza del procedimiento, y que en éste no se cause indefensión a parte alguna, especialmente si se trata del caso de un menor, y esta indefensión sin duda se produciría, cuando, por mala fe o negligencia de las partes, no se propusiera la práctica de la prueba biológica cuando ésta es el único medio de obtener la verdad.

2. Es obligación del Ministerio Público el velar por la concordancia del Registro con la realidad y eso conlleva la necesidad de obtener la verdadera Filiación biológica –a no ser que la ley lo impida– por todos los medios legales a su alcance; y eso, a nuestro entender, conlleva la necesidad de poder interesar la práctica de las pruebas que estime convenientes, ya que otra solución pecaría de absurda y contraria a nuestro Ordenamiento constitucional y al espíritu de la ley.

3. En el procedimiento de Filiación se hayan cuestionados los principios tradicionales del procedimiento civil y la importancia de los derechos debatidos exige la intervención de un órgano imparcial, objetivo y sometido sólo a la legalidad que defendiendo la certeza de los vínculos biológicos y la acomodación de la realidad registral a la extrarregistral

remueva los obstáculos puestos por las partes para ello, y ello sólo puede hacerlo con la posibilidad de proponer pruebas.

A pesar de lo expuesto, hemos de decir, en honor a la verdad, que es difícil, en la práctica forense, encontrar peticiones de pruebas biológicas por el Fiscal que no sigan el sistema de solicitarlas como diligencias para mejor proveer, ni jueces que nieguen la prueba solicitada por esta vía.

c) **Objeto**

El objeto de toda prueba pericial son los hechos alegados por las partes y que éstas deben demostrar. En el caso que nos ocupa lo que se busca es demostrar la paternidad o no paternidad de una persona con respecto a otra a través de un estudio biológico. La parte que propone la prueba debe expresar claramente el objeto de ésta, debiendo notificarse personalmente la práctica de la misma, mediante comparecencia en el juzgado, con advertencia de las consecuencias de su negativa al que deba someterse a ella.

Este y no otro es el objeto de la prueba pericial, lo que hace criticable la postura de algunas STS –14-7-88, 23-9-88, y 28-5-90, entre otras– que considera como objeto de la prueba la persona humana al indicar: «la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad, a su vez pasa a ser objeto del mismo, desempeñando el cuerpo humano el objeto de la prueba pericial sobre el que han de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropológicas».

Pero si lo que hace la sentencia es referirse al objeto puramente material de la prueba –y sin entrar en la verdad de que la persona, sujeto de derechos, no puede ser objeto de los mismos– tampoco es aceptable la afirmación del TS. En todo caso, objeto de la prueba sería determinadas propiedades o partes del cuerpo humano –sangre, pelo, etc.

d) **La «exceptio plurium concubentium»**

Excepción esta contra las acciones de filiación que no es contemplada de forma expresa en nuestro derecho patrio, no existiendo una postura clara en nuestra jurisprudencia puesto que unas veces la admite– STS 14-11-87 y 11-3-88– y otras no –STS 27-6-87 y 8-7-91–, si bien un importante sector doctrinal se muestra partidario de la misma. Otro sector, por el contrario, considera que el desestimar la demanda por la excepción cuando el demandado se niega a la práctica de la prueba biológica, no parece acorde con el principio de verdad biológica y se funda en razones de moralidad exclusivamente lo que atenta contra los derechos del menor. Su naturaleza es de contraprueba eficaz frente a las acciones de reclamación que consiste en la demostración de que la mujer tuvo relaciones

sexuales durante la época de la concepción con hombres distintos al demandado, lo que provoca la duda en el ánimo del juez sobre quién pudiera ser el padre. Si bien no estamos ante un hecho excluyente que descarte por sí solo la paternidad del demandado la convierte en insegura. En nuestro Derecho podemos sistematizar las consecuencias de la prueba de la excepción de la siguiente manera:

1. A no ser que se considere la paternidad probada a través de una prueba biológica positiva o ésta no se realizó por negativa de persona distinta del demandado— madre o hijo demandante—, debe desestimarse la demanda de reclamación, en el caso de conducta notoriamente deshonestista de la madre durante el período crítico en que pudo tener lugar la concepción. Nuestro TS ha indicado que —STS 27-6-87— si se probó la convivencia o comercio carnal, y el demandado se negase a la práctica de la prueba biológica —que tan útil le hubiera sido para descartar su paternidad—, puede ser declarado padre.

2. Si no están suficientemente probadas las relaciones íntimas con la madre, es irrelevante la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas —STS 20-7-1990—.

El problema planteado está expresamente resuelto por la ya citada Ley Catalana de Filiación que lo regula en su artículo 16 que establece que: «En tal caso, debe declararse padre aquel cuya paternidad resulte ostensiblemente más verosímil. Si la probabilidad de paternidad entre los posibles padres es semejante, no podrá declararse la paternidad».

En cuanto a los aspectos procesales de esta excepción podemos indicar que, en caso de haberse aportado con base probatoria suficiente la posibilidad de paternidad de otros hombres, estos deberán traerse como demandados al procedimiento a través de la vía de la acumulación de autos —por ser perfectamente conexas las causas—, debiendo el juez, de oficio si las partes no lo han hecho, proveer a la práctica de la prueba biológica, declarando el juez valorando toda la prueba practicada, incluidas las negativas existentes para la práctica de la prueba biológica, la paternidad más convincente, o no declarando ninguna si no hubo prueba para ello. Lo dicho, no cabe duda, a pesar de ser totalmente opuesto a los principios fundamentales del proceso civil, y ello, porque como ha indicado nuestro TS en sentencia de 15-3-89 en estos procesos debe buscarse la verdad material por encima de los «principios arcaicos y tradicionales» y en la de 5-4-90 al añadir que el Tribunal debe buscar la verdad, en bien de los hijos, con un «espíritu inquisitivo». Esta tesis a pesar de lo expuesto no es totalmente unánime, al oponerse a la misma un importante sector doctrinal que entiende que a un tercero no contemplado en la demanda —que es cuando se fija el objeto en el proceso civil— no puede obligársele al sometimiento a la prueba ni siquiera por el juez a través de las diligencias para mejor proveer. En el caso de negativa del tercero a la práctica de la prueba la

paternidad del mismo sólo puede probarse través de los medios indirectos del artículo 135 del CC, si bien algunos autores entienden que el no sometimiento a la prueba por el tercero constituiría un abuso de derecho, así como falta de solidaridad y colaboración con la administración de justicia, sin que pueda basarse su negativa en la trascendencia pública de una acción deshonrosa. Lledó Yagüe indica que el juez debe ordenar de oficio la convocatoria de todos los que tengan un interés legítimo, lo que concurre en el tercero que, por haber tenido convivencia con la madre en la época de la concepción, pudiera ser el padre biológico ³⁷.

e) La prueba biológica ante el recurso de casación

La Reforma operada por la Ley 10/92 suprimió el motivo casacional consistente en error en la apreciación de la prueba basado en documentos, lo que limita notablemente el control de los hechos a través de la casación dentro de estos procedimientos. No obstante, podemos establecer como posibilidades de dicho acceso las siguientes, si bien no queremos dejar de destacar la dificultad que conlleva el que el TS pueda variar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia:

1. Puede atacarse una valoración probatoria cuando ésta sea evidentemente equivocada, no concuerde con la ley, o rebase esta de forma absurda, desproporcionada o improcedente, a través del cauce de la infracción de normas o de la jurisprudencia del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, siempre que se cite el precepto infringido –arts. 127, 135, 1.250, etc., del CC–, tal como manifiestan las STS de 31-12-91 y 8-7-86, entre otras.

2. Igual cauce casacional puede utilizarse, alegando la infracción del artículo 1.253 del CC en materia de presunciones, en aquellos casos en que de los indicios probados el juzgador no deduzca la consecuencia lógica y los valore inadecuada o arbitrariamente. En estos casos el control casacional se dará sobre la sumisión a la lógica de la operación deductiva, sobre el enlace preciso entre el hecho básico y el hecho presumido. Esta vía, muy utilizada para el acceso a la casación de la valoración de la negativa a la prueba biológica, que vamos a estudiar a continuación, se recoge, entre otras, en las STS de 15-3-89 y 27-3-92.

3.7 ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA NEGATIVA

Una de las cuestiones más discutidas, doctrinal y jurisprudencialmente, sobre esta materia es la de cómo, al no existir posibilidad de some-

³⁷ Citado por CORDERO CUTILLAS, I., *op. cit.*, p. 381.

timiento a la prueba por la fuerza, valorar la negativa al sometimiento de la misma por el que viene obligado a ello con los requisitos legales. Esta negativa no sólo es posible, sino que, de hecho, se da frecuentemente, y ha sido tratada exhaustivamente por la jurisprudencia que, a pesar de sus vacilaciones, nos da una solución clara para la misma.

Para estudiar este problema, y aunque ya hemos hecho referencia a las mismas, debemos distinguir los casos de negativa justificada —que deben valorarse de forma distinta de las no justificadas, lógicamente— lo que supone el plantearnos cuáles pueden ser los motivos de oposición. Hipotéticamente éstos podrían ser:

1. Que no existieran indicios racionales o serios de su conducta.

2. Que la práctica de las mismas pueda suponer para quien deba sufrirlas la existencia de riesgo para su salud. La doctrina del TC exige que este riesgo sea «gravísimo». Esta causa de justificación ha sido muy limitada por la posibilidad de aplicar las técnicas del ADN. Ejemplo típico es el del enfermo de hemofilia.

3. Que el obligado no pudiera someterse a las mismas por motivos de conciencia o religiosos. Caso típico de este ha sido la cuestión estudiada en la STS de 14-11-87 en el que se alegó por el demandado el profesar la doctrina de los Testigos de Jehová, que se opone a las transfusiones de sangre. El TS rechazó el motivo ya que dicha secta, como quedó comprobado en el proceso, no prohíbe el someterse al análisis de sangre. Quizás por ello el TC no incluye este motivo entre los posibles, si bien nosotros entendemos que si, hipotéticamente, existiera una confesión religiosa que prohibiera, por razones de conciencia, la práctica de pruebas de ADN, debería tenerse en cuenta siempre que estuviera reconocida como entidad religiosa por el Estado, ya que otra solución atentaría contra la libertad de conciencia reconocida en nuestra Constitución.

Como hemos visto anteriormente, no puede considerarse como negativa justificada la basada en la inconstitucionalidad de las pruebas o en supuestos atentados a derechos fundamentales. Tampoco será admisible —aunque en algunos casos ha sido admitido por el TS, sentencia 20-7-90— la existencia de relaciones sexuales de la madre con otros hombres en el momento de la concepción, si bien, como ya hemos visto, esto deberá tenerse en cuenta a la hora de valorar la negativa.

La oposición basada en estas cuestiones debe realizarse en los dos momentos procesales establecidos por nuestro TC:

1. Oponiéndose a la admisión de la demanda en base al artículo 127-2 del CC, lo que tropieza contra la interpretación espiritualizada que el TS ha dado al mismo.

2. Alegando en contra de la declaración de pertinencia de la prueba o recurriendo el Auto que establece la misma.

Una vez decidida la práctica de la prueba por el órgano judicial el afectado debe posibilitar su práctica por un deber de buena fe y de lealtad procesal, ya que su negativa revelaría un afán obstruccionista, un fraude de ley y un ejercicio antisocial y abuso de derecho –STS 14-7 y 7-12-88–. Ya hemos hecho referencia a que doctrinalmente se discute si puede imponerse la práctica de la prueba por la fuerza –lo que parece ir implícito en la doctrina del TC sobre la materia–, o si sólo existe para el afectado una carga procesal y una inversión de la carga de la prueba que provoca, para el obligado a ella, una serie de consecuencias si no se somete voluntariamente a la misma, lo que se relaciona con la valoración de la negativa.

Para que la negativa a la práctica de las PBP pueda ser considerada debe reunir los siguientes requisitos:

1. Ser seria, netamente obstruccionista y reveladora de un deliberado propósito de no sometimiento –STS 14-7-88 y 11-9-91.

2. Cierta, fehaciente e indubitada –STS 11-9-91.

3. Manifestada en persona por el afectado, no bastando la manifestación por procurador a no ser que éste tenga poder especial para ello –STS 24-5-89 y 24-5-92–. Para ello, debe notificarse el Auto que la ordena, y la citación para realizarla personalmente por comparecencia en el juzgado a la persona obligada, pues sólo así se garantiza su conocimiento personal. Hay que decir que este requisito ha sido modificado por la jurisprudencia –STS 7-10-95 y 13-12-94– que ha admitido que se pueda realizar esta negativa a través de Abogado o Procurador por no considerarlo un acto personalísimo, máxime si el demandado, debidamente citado, no compareció a la práctica de la prueba. Nosotros entendemos que debe asegurarse el conocimiento por el demandado, lo que sólo se logra con la notificación personal.

4. Injustificada, lo que ya hemos estudiado –STS 20-7-90 y 3-12-91.

Tenemos que hacer referencia, también, a aquellos casos en que la negativa procede, no del demandado, sino de otras personas afectadas. Ya hemos estudiado el caso del tercero. Veamos ahora el caso de negativa del menor o incapacitado. Sin duda sería muy desfavorable a sus intereses, sobre todo si se demostró la «*exceptio plurium concubentium*». En el caso del menor podemos plantearnos si cabe la negativa realizada por su representante legal. Entendemos que la postura de éste no debe ser decisiva, pues estamos ante un tema relativo a derechos de la personalidad. Creemos que, en este caso, la prueba pudiera ser ordenada por el juez en interés del menor o incapaz, previa exploración del mismo, e incluso con dictamen médico, y logrando, al menos, su asentimiento. La oposición del menor, difícil de valorar, no podría considerarse en muchos casos ni siquiera como indicio, si bien habrá que estar al caso concreto, y siempre quedaría abierta la prueba por la vía del artículo 135 del CC.

Nos queda preguntarnos sobre la valoración que dan los Tribunales a la negativa que estudiamos. La doctrina disiente sobre la valoración de la misma. Así, mientras hay autores que consideran que la actitud obstruccionista supone un reconocimiento tácito, otros se oponen a que la misma conlleve una atribución de paternidad. Todo va a depender del tipo de proceso, y del resto de las pruebas practicadas, teniendo en cuenta que con dicha negativa se imposibilita uno de los medios de prueba más eficaces para demostrar la filiación biológica, dejándose indefensa a la parte que la propuso y atentándose contra el principio de tutela judicial efectiva, tal como ha establecido nuestro TC.

El funcionamiento de la negativa como presunción hace que se practique un juicio deductivo claro, que desde el hecho base –negativa injustificada– nos lleve al hecho presunto –paternidad o no paternidad– según las reglas del criterio humano, tal como establece el artículo 1253 del CC.

En la doctrina de nuestro TS la negativa injustificada no constituye una admisión o «*ficta confessio*», pero sí comporta un importante indicio, a valorar con el resto de las pruebas practicadas. Han sido múltiples las sentencias que han mantenido esta interpretación –entre muchas otras, 20-7-90 y 13-6-91–, pero por sólo destacar alguna podemos citar la de 3-12-91 que textualmente expone:

«... (no incurre en *ficta confessio*) quien se niegue a someterse a pruebas hematológicas, pues tal resistencia no pasa de constituir un indicio que, lógicamente ha de ser apreciado por el juzgador, si bien este indicio en sí mismo tiene un valor cualificado, (...) por lo que, en cualquier supuesto, la negativa debe ser seriamente ponderada en el conjunto de los elementos fácticos y probatorios del caso para atribuirle el significado correspondiente (...).»

A pesar de lo expuesto, la oposición a la prueba es un indicio de tal importancia que, en algunos casos, el TS ha estimado la acción únicamente en base a dicha negativa. Así ha ocurrido en las sentencias de 21-5-88 y 14-7-88. Estas sentencias han sido criticadas precisamente por alejarse de la doctrina mayoritaria antes expuesta y ya que, como afirmaba Lledó Yagüe³⁸, valora de forma desmesurada la negativa, convirtiéndola en un indicio vinculante para el juzgador. Tampoco cree este autor que la negativa constituya un fraude de ley o ejercicio antisocial de un derecho, ya que no todo incumplimiento genera abuso de derecho. A pesar de las críticas expuestas, esta tesis minoritaria parece haber sido recogida por la doctrina de nuestro TC establecida en la sentencia varias veces citada, si bien, en última instancia, concluye que la negativa no es más que «un valioso indicio que (se apreciará) unido a otras pruebas».

³⁸ Citado por CASTRO GARCÍA, J., *op. cit.*, pp. 44 ss.

3.8 LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS EN EL ACCESO CARNAL OCASIONAL

Si bien no existe duda de que un solo encuentro no puede constituir convivencia por su falta de continuidad y, por lo tanto, no es incardinable en el artículo 135 del CC –STS 27-6 y 17-7-87–, nada impide que del mismo pueda provocarse un embarazo. El problema se encuentra en la dificultad que, en estos casos, presentaría la obtención de un principio de prueba que justificara la realización de la prueba biológica. Una vez sorteado este inconveniente, si el demandado se niega a la práctica podríamos aplicar la doctrina del TC y condenarlo, a pesar de faltar otros medios indirectos para probar la filiación y siempre que la negativa fuera injustificada. Si acepta la prueba y ésta es positiva también habrá de declararse la paternidad. Esta es la única conclusión que podemos derivar del principio de verdad material y del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

3.9 LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS DE PATERNIDAD EN LA RELACIÓN INCESTUOSA

El artículo 125 del CC establece la necesidad de autorización judicial, con audiencia del Fiscal, para poder determinar la filiación de un niño cuando esté determinado ya un primer progenitor hermano o consanguíneo en línea recta del segundo. Si bien esta disposición no es unánime en el derecho comparado, parte de la base de que la determinación de una filiación incestuosa y la publicidad de la misma es deshonrosa y, por ello, va en contra del interés del menor. No vamos a hacer referencia aquí a la multitud de problemas y cuestiones prácticas que este precepto plantea ³⁹, pero sí queremos hacer una ligera referencia al juego de las pruebas biológicas de paternidad en estos casos.

La primera pregunta que debemos hacernos es la de si –dada la situación de este precepto junto a los que hacen referencia a la determinación de la filiación extramatrimonial por reconocimiento– es preceptiva esta autorización también para el ejercicio de las acciones judiciales de filiación regulados en otra parte del Código. Ocaña ⁴⁰ considera que así es. En igual sentido se manifiestan Castán ⁴¹ y Albaladejo ⁴². Estaríamos, según

³⁹ Para ello es interesante observar la obra de OCAÑA *La filiación en España*, pp. 126 ss. que recoge una clara exposición de la problemática planteada.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 127.

⁴¹ *Derecho Civil Español. Común y Foral*, Reus, S.A., Madrid, 1985. Tomo V, vol. II, p. 155.

⁴² *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, J. M. Bosch, editor. Barcelona, 1991, p. 235.

estos autores, ante un especie de «requisito de procedibilidad» necesario para el planteamiento de la acción.

Lo que busca el precepto es evitar la publicidad que podría perjudicar, en estos casos, la dignidad de la persona. Y ese fin, entendemos que, podría lograrse sin necesidad de interpretar el artículo 125 del CC de una manera absurda. Y creemos que absurdo es pensar que para acudir a un proceso civil contencioso haya que lograr antes una autorización judicial tramitada a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria –generalmente, con menores garantías–, máxime cuando la no autorización en ésta dejaría abierta la vía de acudir al proceso ordinario contradictorio, ya que esta jurisdicción no crea cosa juzgada⁴³. Pensamos que lo lógico sería que esa autorización se concediera por el mismo juez que conoce de la acción valorando el interés del menor en el momento de decantarse, con audiencia del Fiscal, por la admisión de la demanda, o en la sentencia estableciendo que la paternidad declarada no sea inscrita en el registro civil.

Otra situación parecida es la que se produce en el caso de un procedimiento penal por aplicación del artículo 193 del Código Penal de 1995 –antiguo 444– cuando impone que, en los procedimientos por delitos contra la libertad sexual, se hará la declaración que proceda en orden a la filiación, y esta resulte incestuosa⁴⁴. Ocaña⁴⁵ entiende que, en este caso, se declarara la filiación, pero ésta no podrá tener acceso al Registro Civil sin la autorización judicial.

IV. CONCLUSIONES

Para terminar queremos exponer una serie de conclusiones que, sin pretender ser definitivas, sí deben suponer un acicate para el debate sobre

⁴³ No podemos compartir con Castán (*op. cit.*, p. 156) que esta vía no contradictoria sí crearía cosa juzgada. Sin profundizar, si lo que busca la autorización es la valoración de cuál es el interés prevalente del menor – efectos de la filiación y derecho a tener padre y madre *versus* escándalo o posible deshonor familiar– este interés puede variar con el paso del tiempo –pensemos en que la filiación sea ya «vox populi» por otros medios y el hijo esté totalmente desasistido– y plantear la existencia de cosa juzgada impediría lograr una autorización que le beneficia, lo que no iría acorde con los principios básicos del Derecho de Filiación.

⁴⁴ Un caso de filiación incestuosa en proceso penal se da en el Sumario 1/1994 del Juzgado de Instrucción número 2 de los de Jaén, cuya sentencia, dictada por su Audiencia Provincial, tras utilizar la determinación de la paternidad como prueba del delito, no declara la filiación basándose en el artículo 125 del CC, sin entrar a valorar en el caso concreto el interés del menor, habiendo sido recurrido en casación por el Fiscal. Obsérvese que en este caso se trata de proteger la filiación incestuosa –que ya era suficientemente pública por la cobertura periodística del proceso penal–, y para ello se priva al menor de padre y de alimentos. Con todos los respetos en este caso el Tribunal ha resultado «engañado» por la fría literalidad de la ley, y ha olvidado el verdadero interés del menor. Esperemos que el Supremo resuelva la cuestión.

⁴⁵ *La Filiación en España*, p. 128.

estas importantes pruebas de tanta actualidad en la vida jurídica. Estas son:

1. Las PBP constituyen un medio científico de un importante valor por su fiabilidad, que lleva a poder excluirse totalmente la paternidad, o a afirmarse la misma con un porcentaje de acierto de casi el 100%, dependiendo de los marcadores genéticos utilizados y del número de los mismos.

2. El valor de dichas pruebas dependerá de la preparación de las personas que las realicen, los medios de que dispongan, la técnica utilizada, y los sistemas de comprobación y control de calidad de los laboratorios, sin que sea preciso la realización de la pericia por dos equipos diferentes.

3. A efectos jurídicos procesales, tienen la naturaleza de prueba pericial realizada de acuerdo con las normas establecidas para el peritaje de corporación o colegio –pericial académica– que debe valorarse por el juez libremente, de acuerdo con las normas de la sana crítica. No obstante, su fiabilidad hace que algunos autores propongan que se reforme la legislación para establecerla como prueba tasada.

4. Dicha prueba puede ser propuesta por cualquiera de las partes –incluido el Ministerio Fiscal–, o por el mismo juez, de oficio, como diligencia para mejor proveer, debiendo practicarse siempre que sea necesario para la resolución del pleito y no exista peligro para la salud –aunque hipotéticamente podrían existir otras causas de justificación–, sin que su práctica, en estos casos, ordenada por el juez en Auto motivado, atente contra ningún derecho constitucional.

5. En aquellos casos en que sea necesario y así, con todas las garantías, lo considere el juzgador, podrá ordenarse la práctica de la prueba sobre un tercero, siempre que este –familiar directo del presunto progenitor o persona que tuvo relación carnal con la madre en la época de la concepción– tenga relación con el pleito.

6. Para poder ordenar la prueba debe haberse acreditado, al menos, la existencia de relación sexual o convivencia del demandado con la madre en la época de la concepción del hijo y, por lo tanto, la existencia de posibilidad de fecundación.

7. Dado que la realización de esta prueba no puede imponerse por la fuerza, puesto que no existe norma habilitante para ello, la negativa sería, injustificada, reiterada y personal a su práctica por la persona obligada a colaborar en su realización, será valorada por el juez, de acuerdo con el resto de las pruebas practicadas, como un valioso indicio sin que pueda suponer, en general, la existencia de una confesión tácita.

8. Dado el aumento continuo de la fiabilidad de estas técnicas y de su inocuidad creciente, así como la no existencia de causas de oposición justificada distintas a las relativas a la protección de la salud, y el principio

de búsqueda de la verdad material en el campo de la filiación –con las excepciones legales que se consideren precisas–, debía, de «*lege ferenda*», habilitarse una norma, con rango de ley orgánica por afectar a derechos fundamentales, que, como existe en el derecho comparado, imponga la obligación, exigible incluso por la fuerza, de sometimiento a la prueba, sin que deba considerarse como prueba tasada, ya que, su valor depende de factores de calidad que, difícilmente, pueden contemplarse «*a priori*» y de forma general.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, J. M. Bosch, editor. Barcelona, 1991.
- ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., «Determinación judicial de la Filiación: aspectos procesales», en *La Filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. III. CGPJ. Madrid, 1994.
- BUJÁN VARELA, M. J., «Introducción a la biología criminal», en *Estudios del Ministerio Fiscal*, núm. 1. Madrid, 1995.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida*, J. M. Bosch, editor. Barcelona, 1995.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. y continuadores, *Derecho Civil Español. Común y Foral*, Reus, S.A. Madrid, 1985, tomo 5, vol. II.
- CASTRO GARCÍA, J., *La investigación de la paternidad*, Biblioteca Jurídica de Bolsillo. Colex, 1992.
- CHOCLAN MONTALVO, J. A., «Las Técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual», *Revista la Ley*. Año XV. Núm. 3.556. 5-7-1994.
- CORDERO CUTILLAS, I., «Investigación de la paternidad en los procesos de filiación», en *Actualidad Civil*, núm. 21. Madrid, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. Tecnos, 1994.
- GISBERT CALABUIG, J. A., *Medicina Legal y Toxicología*, Fundación García Muñoz. Valencia, 1985.
- GÓMEZ DE LA TORRE, M. C., «La filiación de los hijos nacidos de TRA», *Actualidad Civil*, núms. XVI y XVII de 1993.
- HIGUERA GUIMERA, J. F., *El Derecho y la Genética*. Ed. Trivium, Madrid, 1995, y «La culpabilidad y el Proyecto Genoma Humano», *Actualidad Penal*, núm. XLIV de 1994.
- IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, R., «La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de declaración, reclamación e impugnación de la filiación» en *La filiación:...*, «Cuadernos de Derecho Judicial», núm. III. CGPJ, 1994.
- LORENTE ACOSTA, M., *La investigación biológica de la paternidad*. Inédito.
- Ídem y LORENTE ACOSTA, J. A., *El ADN y la identificación en la investigación criminal y la paternidad biológica*, Comares. Granada, 1995.

- MARÍN GÁMEZ, J. A., «Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida», en *Poder Judicial* núm. 32. CGPJ. Madrid, 1994.
- MONTES, V. L., «El consentimiento en la fecundación humana asistida. Los contratos instrumentales en las TRA: Las categorías negociales y la posibilidad de su adaptación». «Cuadernos de Derecho Judicial», núm. III, *CGPJ*, 1994.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, t. IV. Edersa. Madrid, 1981. *Investigación de la paternidad*, Actualidad, Madrid, 1994.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *La filiación en España*, Comares. Granada, 1993.
- Ídem, «La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17-1-1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal», *Revista del Poder Judicial*, núm. 36.
- ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, C., «Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial», en *La Ley*, núm. 3.785, 1995.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales» y «Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación», ambos en *Poder Judicial*, núms. 25 y 33.
- SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, A., «La investigación de la paternidad en las resoluciones del TC», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 143.
- SCHWOERBEL, W., *Evolución*, Biblioteca Básica Salvat, 1986.
- VEIGA NICOLE, E., «La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad», en *La filiación:...* «Cuadernos de Derecho Judicial», núm. III. CGPJ. Madrid, 1995.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *Las nuevas formas de reproducción humana*. Cívitas. Madrid, 1988.
- VILLANUEVA CAÑADAS, E. y LORENTE ACOSTA, J. A., «Aplicaciones del ácido desoxirribonucleico (DNA) en Medicina Legal», en GISBERT CALABUIG, J. A., *Medicina Legal y Toxicología*. Masson-Salvat, Barcelona, 1992, pp. 1048 ss.
- VV. AA., *Biblioteca Jurídica Básica*. Cívitas. Madrid, 1995.
- VV. AA., *Introducción a la Biología*. UNED, 1987.
- VV. AA., «La prueba médico-legal en las acciones de filiación», *Actualidad Civil*, núms. 43 y 44, 1986.

APÉNDICE: BREVE RELACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS TEMAS TRATADOS EN ESTE TRABAJO

PRINCIPIO DE PRUEBA

T.S. – 10/11/1986 –	T.S. – 08/10/1993 –
T.S. – 26/05/1988 –	T.S. – 20/10/1993 –
T.S. – 14/06/1988 –	T.S. – 01/03/1994 –
T.S. – 05/05/1989 –	T.S. – 29/04/1994 –
T.S. – 23/10/1990 –	T.S. – 28/04/1994 –
T.S. – 06/06/1991 –	T.S. – 28/05/1994 –
T.S. – 03/12/1991 –	T.S. – 21/12/1994 –
T.S. – 03/12/1991 –	A.P. JAÉN –09/09/1994–
T.S. – 06/10/1993 –	A.P. CÓRDOBA –07/09/1995–

PRUEBAS BIOLÓGICAS DE PATERNIDAD

T.C. – 17/01/1994 –	T.S. – 02/02/1992 –
T.S. – 08/07/1986 –	T.S. – 02/04/1992 –
T.S. – 12/11/1987 –	T.S. – 04/06/1992 –
T.S. – 14/11/1987 –	T.S. – 29/03/1993 –
T.S. – 11/03/1988 –	T.S. – 18/05/1993 –
T.S. – 18/03/1988 –	T.S. – 15/06/1993 –
T.S. – 12/04/1988 –	T.S. – 01/03/1994 –
T.S. – 23/09/1988 –	T.S. – 28/04/1994 –
T.S. – 15/11/1988 –	T.S. – 29/04/1994 –
T.S. – 05/12/1988 –	T.S. – 18/05/1994 –
T.S. – 07/12/1988 –	T.S. – 27/05/1994 –
T.S. – 24/05/1989 –	T.S. – 20/12/1994 –
T.S. – 10/11/1989 –	T.S. – 06/03/1995 –
T.S. – 30/11/1989 –	T.S. – 08/03/1995 –
T.S. – 28/05/1990 –	T.S. – 24/03/1995 –
T.S. – 20/07/1990 –	T.S. – 08/05/1995 –
T.S. – 06/11/1990 –	T.S. – 16/06/1995 –
T.S. – 06/02/1991 –	T.S. – 29/11/1995 –
T.S. – 20/05/1991 –	T.S. – 08/03/1996 –
T.S. – 20/05/1991 –	A.P. LAS PALMAS –12/03/90–
T.S. – 28/06/1991 –	A.P. ALBACETE –10/11/91–
T.S. – 03/12/1991 –	A.P. VALENCIA –12/11/91–
T.S. – 25/01/1992 –	A.P. BADAJOZ –10/03/94–
T.S. – 30/01/1992 –	A.P. CÓRDOBA –20/06/94–

A.P. VALENCIA -30/09/94-
A.P. TOLEDO -15/01/1996-

A.P. LAS PALMAS -19/07/1995-
A.P. JAÉN -20/04/1996-

NEGATIVA A LA PRACTICA DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

T.S. - 12/11/1987 -	T.S. - 28/04/1993 -
T.S. - 11/03/1988 -	T.S. - 18/05/1993 -
T.S. - 18/03/1988 -	T.S. - 15/06/1993 -
T.S. - 21/05/1988 -	T.S. - 06/10/1993 -
T.S. - 03/06/1988 -	T.S. - 08/10/1993 -
T.S. - 14/07/1988 -	T.S. - 30/10/1993 -
T.S. - 03/12/1988 -	T.S. - 28/12/1993 -
T.S. - 05/12/1988 -	T.S. - 01/03/1994 -
T.S. - 15/03/1989 -	T.S. - 28/03/1994 -
T.S. - 24/05/1989 -	T.S. - 27/05/1994 -
T.S. - 20/07/1989 -	T.S. - 28/05/1994 -
T.S. - 10/11/1989 -	T.S. - 21/10/1994 -
T.S. - 08/05/1990 -	T.S. - 21/10/1994 -
T.S. - 28/05/1990 -	T.S. - 16/12/1994 -
T.S. - 20/07/1990 -	T.S. - 13/12/1994 -
T.S. - 06/11/1990 -	T.S. - 20/12/1994 -
T.S. - 06/02/1991 -	T.S. - 06/ 03/1995 -
T.S. - 25/04/1991 -	T.S. - 08/03/1995 -
T.S. - 14/05/1991 -	T.S. - 10/04/1995 -
T.S. - 20/05/1991 -	T.S. - 08/05/1995 -
T.S. - 06/06/1991 -	T.S. - 28/07/1995 -
T.S. - 28/06/1991 -	T.S. - 07/10/1995 -
T.S. - 08/07/1991 -	T.S. - 28/11/1995 -
T.S. - 11/09/1991 -	T.S. - 22/03/1996 -
T.S. - 18/11/1991 -	T.S. - 07/02/1996 -
T.S. - 03/12/1991 -	A.P. LAS PALMAS -12/03/90-
T.S. - 03/12/1991 -	A.P. MURCIA -10/01/91-
T.S. - 30/01/1992 -	A.P. BARCELONA -21/02/91-
T.S. - 02/02/1992 -	A.P. VALENCIA -12/11/91-
T.S. - 18/02/1992 -	A.P. LUGO -29/11/91-
T.S. - 17/03/1992 -	A.P. SEVILLA -18/12/91-
T.S. - 30/04/1992 -	A.P. MADRID -10/02/92-
T.S. - 05/10/1992 -	A.P. LEÓN -24/10/92-
T.S. - 26/01/1993 -	A.P. BADAJOZ -10/05/94-
T.S. - 27/01/1993 -	A.P. CÓRDOBA -20/06/94-
T.S. - 04/02/1993 -	A.P. VALENCIA -30/09/94-
T.S. - 29/03/1993 -	A.P. CÓRDOBA -17/01/95-

A.P. CÓRDOBA –13/03/95–

A.P. SEGOVIA –05/05/95–

A.P. CÓRDOBA –07/09/1995–

A.P. ÁVILA –04/05/1995–

A.P. LAS PALMAS –19/07/1995–

A.P. JAÉN –20/04/1996–

A.P. TOLEDO –15/01/1996–

«EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIUM».

T.S. – 27/06/1987 –

T.S. – 29/03/1993 –

T.S. – 29/04/1994 –

A.P. VALENCIA –12/11/91–

