

LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL: EN PARTICULAR, ALGUNAS DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE SU *DIES A QUO* DE EJERCICIO

JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

Sumario. I. PRELIMINAR. II. LA LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LA PATERNIDAD MATRIMONIAL POR LA MADRE EN EL ART. 137 II CC. 1. *La exclusión de la legitimación en nombre propio de la madre en el artículo 137 II CC.* 2. *La oportunidad de establecer un criterio de control para el ejercicio de la acción en nombre ajeno.* 3. *En torno a la jurisprudencia sobre la designación de un defensor judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997.* III. EL *DIES A QUO* DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN: RAZONES PARA DUDAR DE SU CONSTITUCIONALIDAD. 1. *Los otros aspectos del plazo de la acción de impugnación: duración y naturaleza caducable.* 2. *El dies a quo de cómputo de la acción: delimitación técnica, antecedentes y razones que parecen fundarlo.* 3. *La oscilante doctrina jurisprudencial sobre el dies a quo: doctrina contra legem y sujeción a la ley.* A) *El dies a quo de cómputo es el conocimiento o duda razonable sobre la veracidad biológica de la paternidad.* B) *La acción de impugnación caduca transcurrido un año desde la inscripción del nacido en el Registro civil.* 4. *Los argumentos que fundan la duda de constitucionalidad del dies a quo previsto en el art. 136 I CC.* A) *Las distintas perspectivas técnicas adoptables en el establecimiento de un momento de cómputo.* B) *El argumento principal: el dies a quo fijado supone un trato desigual irrazonable.*

I. PRELIMINAR

Si la disciplina de las acciones de filiación en el Código civil es compleja y a veces inexplicable, su práctica judicial es bastante más sencilla y se concentra en unos pocos, aunque agudos, problemas. La estrella indiscutible es la práctica de las pruebas biológicas, más en particular, si pueden imponerse coactivamente o si, por el contrario, cabe negarse a ellas, y entonces decidir el juicio que merezca tal negativa.

Al margen de los problemas probatorios, las dificultades interpretativas surgen principalmente en dos clases de acciones: en primer término, dentro de las acciones de reclamación, en la admisión, en virtud de una jurisprudencia *contra legem*, de la legitimación activa del progenitor para reclamar su paternidad no matrimonial cuando falta posesión de estado, pese a que esté implícitamente excluido en el párrafo primero del artículo 133 Código civil [CC]. En segundo lugar, la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial ejercitada por el marido (art. 136 I CC) donde se discute lo único discutible: cuándo empieza a correr el brevísimo plazo de duración de la acción.

Mi propósito no es abordar el estudio de todas las acciones de impugnación ni someterlas a una revisión desde los derechos y bienes constitucionales protegidos, por otra parte, tan necesaria. Es más modesto. Sólo describiré la disciplina legal de la impugnación de la paternidad matrimonial y la interpretación jurisprudencial que ha merecido, en la medida en que sea preciso para despejar algunas dudas de constitucionalidad que sobre ella pueden plantearse. El que tan sólo ofrezca un esbozo se explica por la complejidad de este régimen jurídico, con dos clases de acciones impugnatorias, dirigida una a desvelar la verdad biológica y otra a destruir por ciertas causas un título de determinación ilegalmente formado (arts. 138 y 141 CC), y con múltiples legitimados activamente, respecto a los que se debe atender a un variado conjunto de circunstancias (1).

La lectura de la jurisprudencia nos permite afirmar que la impugnación de la paternidad matrimonial se reduce, salvo raras excepciones, al

(1) Sobre las acciones de impugnación en general, con referencias jurisprudenciales más o menos completas, F. RIVERO HERNANDEZ, *Comentario al Código civil. II. 2.º Libro Primero (Títulos V al XII)*, J. RAMS ALBESA/R. M.ª MORENO FLOREZ (coords.), Barcelona, J. M.ª Bosch editor, 2000, *sub arts.* 108 a 141 CC, esp. págs. 1383-1392; y M.ª J. MORO ALMARAZ: *Código civil. Jurisprudencia comentada*, I, M. PASQUAU LIAÑO (coord.), Granada, Comares, 2000, *sub arts.* 136 a 141 CC.

ejercicio de la acción por el marido durante una crisis matrimonial o con ocasión de ella, contra su (o sus) hijo menor y su (ex) esposa. En muchas ocasiones es una desafortunada secuela de los procesos de separación o divorcio, en los que se revela, por los propios cónyuges o por terceros la falsedad de la filiación determinada (arts. 116, 117 CC), o bien donde el desamor a la esposa se traslada al hijo, en aquellos casos en que hubo un previo (o subsiguiente) reconocimiento de complacencia al matrimonio (art. 119 CC). Los hijos, o sus madres, no impugnan autónomamente la paternidad sino que ejercen la acción mixta del art. 134 CC.

Propiamente persigo arrojar alguna luz sobre un par de aspectos discutidos (y significativos) de la impugnación: en primer término, la legitimación en nombre ajeno de la madre (*sub II*) y, en segundo lugar el *dies a quo* de la acción de impugnación en sentido estricto (*sub III*).

El primer asunto nos sirve para reflexionar sobre la función que cumple, en general, la representación legal en el ejercicio de las acciones de filiación. Es en este punto donde tal vez se manifieste con mayor crudeza el olvido de los aspectos personales de la representación legal.

En el segundo, la tarea se sustancia en exponer los argumentos y razones que, creo, justifican la fundada duda sobre la constitucionalidad del *dies a quo* de cómputo del ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad en sentido estricto, recogido con más o menos precisión en los dos primeros párrafos de los arts. 136 y 137 CC. Tarea ésta que me parece más necesaria toda vez que es previsible una pronta respuesta del Tribunal Constitucional a la cuestión de inconstitucionalidad 929/1996 pendiente sobre el art. 136 I CC (2). El reciente Auto del Tribunal Constitucional [ATC] 57/1999, de 9 de marzo, sobre un precepto similar que contenía la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones [LF], nos hace concebir esperanzas en que estos argumentos hallen reflejo en tal sentencia (3).

(2) Planteada por el Juzgado de 1.ª Instancia, n.º 17 de Madrid, por posible vulneración de los arts. 14, 24. 1 y 39. 2 de la Constitución, fue admitida por Providencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1996 (BOE 28 de marzo).

(3) *Jurisprudencia Constitucional* LIII (1999), págs. 1184-1192. El Tribunal Constitucional declara la falta sobrevenida de objeto de la cuestión porque la norma cuestionada fue derogada por el Código de familia (Ley 9/1998, de 15 de julio [CF]) que solventa, a juicio del Tribunal, el problema de fondo (relativo al *dies a quo* de la impugnación) y garantiza el carácter retroactivo de la solución que ofrece, como confirma la lectura de la Disposición Transitoria 3.ª 2 CF. Sobre la cuestión de constitucionalidad, un apunte en S. GARCIA COUSO: *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, págs. 21-46, y en particular sobre la irrelevancia sobrevenida y sobre la posibilidad de cues-

Estas son las dos materias que examinaré aunque hay algunas otras que no trataré específicamente pero que merecen ser reseñadas ahora por su íntima conexión con aquéllas.

En primer lugar, el paradójicamente desatendido asunto de la práctica de las pruebas biológicas cuando los sujetos pasivos son menores o incapaces, en particular, si puede en algún caso y bajo qué presupuestos prescindirse del consentimiento de su representante legal, en el caso más frecuente de que sea la madre quien ejerza la patria potestad (arts. 90 A), 91, 92 III, 156 V CC). Podríamos decir que se da por sentado justamente lo que debería discutirse: si puede eficazmente el representante legal negarse a la práctica de la prueba biológica, si puede o no ser sustituido en su decisión por la autoridad judicial (como sucede en otros casos) y si debe motivar tal decisión, o lo que es lo mismo, si debe someterse a algún criterio de control.

En realidad, no es más que un aspecto del régimen del ejercicio por representante legal de los derechos fundamentales del representado, en tanto que con su práctica se permite la intromisión en la intimidad personal del sometido a la institución de protección y el leve sacrificio de su integridad física; y al denegarlas, se impide que se satisfaga el derecho del hijo a conocer su propio origen biológico (4).

En segundo lugar una cuestión escasamente polémica en sede judicial (tal vez por sus efectos sobre la condena en costas): la referida a las consecuencias de la impugnación. En general no están bien definidos los efectos de la retroactividad de la determinación (negativa) en el caso de la impugnación (art. 112 CC) (5), ni tampoco tienen una respuesta clara las pretensiones de resarcimiento del daño moral ocasionado por el conocimiento de la falsedad de la paternidad y, sobre todo, de restitución de las prestaciones alimentarias satisfechas por el falso padre.

tionar normas derogadas, J. M. LOPEZ ULLA: *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2000, págs. 121-134.

(4) Cuestión sobre la que he formulado ya alguna observación en el comentario a la sentencia del Tribunal Supremo [STS] de 20 de junio de 2000 [REPERTORIO ARANZADI DE JURISPRUDENCIA (RAJ) 4427; A. VILLAGOMEZ RODIL] pendiente de publicación en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* [CCJC] sub 2, comentario al que me permito la remisión. Tales problemas se compendian en discutir los casos en que procede el ejercicio por representación de estos derechos, el criterio de control que deba establecerse respecto a su ejercicio (*ex ante* o *ex post*) y la posibilidad de sustitución del representante legal mediante la autorización judicial. Ofreceré alguna explicación complementaria más adelante, *infra* II. 2.

(5) Baste para ello comprobar las dificultades que surgen en lo que se refiere a la "nacionalidad" en los arts. 17. 2 y 18 CC; sobre la cuestión, M.^o P. GARCIA RUBIO: "Consolidación de la nacionalidad española", *Anuario de Derecho civil* [ADC] (1992) III, págs. 929-1029, esp. págs. 959-962.

La cuestión más difícil es la relativa al resarcimiento de los daños morales o no patrimoniales, tanto por lo costoso de su fundamentación normativa como por el desarrollo práctico de sus presupuestos. Parece que serían indemnizables los daños inflingidos en el honor en sentido subjetivo del falso padre, esto es, en su propia estima, en la medida en que padezca o pueda alegar que padeció sufrimientos morales o humillaciones cuando conoció la falsedad de la filiación, y además tales daños fueran imputables a la madre y no hubiera razón alguna para obligarle a soportarlos. Por ello, no cabría la indemnización si hubo un reconocimiento de complacencia pre- o postmatrimonial o sabía la inexactitud e impugnó tardíamente, pero sí cuando la madre ignore la probabilidad de la falsedad de la filiación, porque su ignorancia es inexcusable (con matices, art. 139 CC). Responsabilidad que nacerá con independencia de que se hubiera infringido el deber de fidelidad (art. 68 CC) o, al menos, pudiera calificarse de deslealtad (para los casos de hijos cuya filiación se haya determinado en virtud de los arts. 117, 118 ó 119 CC) tal vez reconducible al deber de respeto mutuo (art. 67 CC).

La otra pretensión difícil es la que se refiere a la restitución de las obligaciones de alimentos satisfechas, en tanto que con la impugnación el padre pierde retroactivamente el título que justificaba su condición de deudor (el de "progenitor", arts. 110, 111 III, 112, 143. 2.º CC), con lo cual nos encontramos ante un pago indebido hecho por un tercero que ignora su condición. Por ello es, en principio, inaplicable el art. 1894 I y sí, tal vez, los arts. 1158 y 1895 a 1901 CC (6).

El elenco de problemas que subyace a esta pretensión sería, al

(6) Apenas hay un par de sentencias donde se discute el problema. En la STS de 22 de julio de 1997 [EL DERECHO (ED) 18410; A. BARCALA TRILLO-FIGUEROA] no se consideró específicamente por un problema de congruencia (no se apeló tal cuestión sino la del resarcimiento del daño moral) aunque se mencionara. Sentencia comentada por M. ESPEJO LERDO DE TEJADA: "La retroacción de la determinación de la filiación. Reflexiones sobre el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999", ADC (2000) III, págs. 1223-1231 y L. F. RAGEL SANCHEZ: CCJC 52 (2000), § 1416, págs. 153-163. La clave no está tanto en el art. 112 CC, que fija la pertinencia de la restitución porque destruye el título en el que se fundaba la retención, como en el régimen de la restitución. La segunda sentencia es de la Audiencia Provincial de Santander [Revista General del Derecho (RGD) 667 (2000), págs. 5313-5314] en la que se establece (a efectos retóricos) que en el supuesto de paternidad falsa nace una acción de reembolso aunque en el caso no se impugnó la paternidad, de manera que, como afirma la Audiencia, "la simple sospecha o duda de la falsedad de la filiación determinada no releva al progenitor de sus obligaciones". Tampoco se impugnó pero se pretendió una reducción de la obligación por la falsedad de la paternidad en la sentencia de la Audiencia Provincial [SAP] Las Palmas 29 de enero de 1999 [ED 4823].

menos, éste: cuál es el fundamento normativo para la reclamación, ya sea el enriquecimiento sin causa o el cobro de lo indebido; si las reclamaciones deben formularse frente a la madre (como coobligada al pago, art. 145 I CC) o frente al verdadero progenitor/deudor (y por tanto, art. 1158 CC) o frente al hijo/acreedor; y, por último, cuál será la cuantía de la restitución, bien se module según el enriquecimiento efectivo, o en razón de la buena o mala fe, del deudor de la restitución.

II. LA LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LA PATERNIDAD MATRIMONIAL POR LA MADRE EN EL ART. 137 II CC (7)

El art. 137 II CC legitima a la madre que ostente la patria potestad al ejercicio de la acción "en interés del hijo que sea menor o incapacitado" durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, en aquellos casos en que le compete autónomamente (arts. 166 y 299. 1.º CC). La razón para que se fije como *dies a quo* únicamente la inscripción registral es sencilla: la madre no puede desconocer el nacimiento.

La legitimación de la madre en este caso suscita las siguientes cuestiones. La primera es que el precepto niega la legitimación *iure proprio* a la madre para impugnar, asunto que tal vez deba vincularse a la inadmisibilidad de que la madre alegue su propio adulterio o infidelidad; esto es, la exclusión se fundaría en una peculiar manifestación en esta sede de la doctrina de los actos propios (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Ahora bien, si se admitiera la legitimación *iure proprio* de la madre debería vincularse su ejercicio al simultáneo ejercicio de las acciones de separación o divorcio, como hiciera el legislador catalán en el art. 12. 2 LF, exigencia que se deroga sin matices en el art. 107 CF (*sub* 1).

La segunda cuestión estriba en discutir si es admisible la legitimación en nombre ajeno de la madre contemplada en el art. 137 II CC, precepto que no exige que su ejercicio se vincule necesariamente al

(7) En el caso de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [STEDH] de 27 de octubre de 1994 [caso KROON y otros, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 191 (1997), págs. 83-86] lo principal era que la madre estuviera legitimada para reclamar en su nombre la verdadera paternidad de su hijo con impugnación simultánea de la contradictoria. En pocas ocasiones impugna la madre, véase el Auto TS de 16 de marzo de 1987 [RAJ 1508] que es una pretensión de *exequatur*, y la SAP Valencia 14 de octubre de 1997 [ED 9388] que declara la caducidad de la acción.

ejercicio anterior o simultáneo de una acción de separación o divorcio porque se empeora la posición del representado en razón de una condición propia del representante. Una vez admitida la legitimación hay que afrontar dos de sus aspectos; el primero, un problema que tiene un alcance más amplio: si la actuación de la madre como representante legal debe estar, o no, sometida a algún criterio de control. En segundo lugar, debe someterse a depuración la reciente doctrina jurisprudencial, aún no consolidada, que reclama la designación de un defensor judicial en este caso como mecanismo de salvaguardia del interés del hijo menor o incapaz (ambas cuestiones se examinarán sucesivamente, *sub* 2 y 3).

1. *La exclusión de la legitimación en nombre propio de la madre en el artículo 137 II CC*

La esposa, se dice, no puede ejercer por sí misma esta acción porque sería tanto como permitirle que alegara contra el marido su propio adulterio, o al menos, su infidelidad en sentido amplio (arts. 67 y 68 CC). Es decir, es consecuencia del principio de la inadmisibilidad de la alegación de la propia torpeza en ventaja de quien la opone (8).

En general podría afirmarse que la doctrina de los actos propios tiene su mejor acomodo en las materias disponibles y que lo decisivo de esta doctrina no es que imponga una conducta coherente, sino que impide la oponibilidad frente a terceros de la conducta contradictoria porque se suscitó en ellos una confianza legítima en la no retractación. Por otro lado, la regla *nemo auditur* persigue impedir a quienes actuaron al margen del Derecho ampararse en él; en realidad, objetiva una conducta abusiva en el ejercicio de los derechos, que debe ser cuidadosamente matizada. No siempre es preferible consolidar una situación

(8) La limitación, como señala M. PEÑA BERNALDO DE QUIROS: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Madrid, Tecnos, 1984, *sub* arts. 136-137 CC, pág. 999 responde a "la gravísima afrenta y perturbación que el ejercicio de la acción implica para la intimidad, honor, paz y organización de la familia. Al elaborarse el nuevo texto fue muy discutido si la madre podía estar o no legitimada para el ejercicio de la acción. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1972 negaba esta legitimación, pues para el ejercicio de la acción había de invocar su propia torpeza (el adulterio)". Cabe recordar que las dudas sobre su procedencia al alegar la madre su propia torpeza, deben vincularse con que entonces el adulterio era penalmente relevante; la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y amancebamiento derogó, por esa razón, parcialmente el antiguo art. 109 CC.

ilegal (o falsa) sancionando a quien ocasionó o se benefició de la infracción (9).

La limitación de la legitimación de la madre ha sido sometida a crítica empleando los siguientes argumentos (10).

En primer lugar, se afirma, la norma es inconstitucional por discriminatoria frente a la legitimación del marido (arts. 14 y 32. 1 de la Constitución [CE]), en tanto que la madre ostenta, como aquél, un interés legítimo autónomo. En segundo lugar, no siempre la impugnación supone la alegación del propio adulterio (en los casos en que la filiación se haya determinado según los arts. 117, 118 ó 119 CC) aunque sí alguna suerte de infidelidad, que, en su caso, deberá obtener una respuesta congruente en sede matrimonial pero no limitar el ejercicio de las acciones de impugnación. Por último, porque es una exclusión inadmisibles, que limita la constatación de la verdad biológica, principio inspirador de toda la materia, al impedir a quien mejor conoce la verdad su discusión.

Antes de su examen separado, me parece oportuno subrayar que son cosas distintas, la admisibilidad constitucional de la exclusión, por una parte, y la oportunidad de política-jurídica o la racionalidad de la exclusión, por otra. Es evidente el reproche que merece la exclusión desde esta última perspectiva, porque en ocasiones no hay adulterio, sino sólo alguna suerte de deslealtad conyugal (arts. 117, 118 y 119 CC); pero la falta de finura del legislador al excluir sin matices no es sin más causa de inconstitucionalidad.

¿Es constitucionalmente admisible la exclusión desde la igualdad de los cónyuges proclamada en los arts. 14 y 32. 1 CE, toda vez que el art. 136 I CC legitima al marido? La igualdad conyugal constitucional-

(9) Sobre la doctrina de los actos propios, L. DIEZ-PICAZO: *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1963; y sobre la regla "nemo auditur", entre otros, el mismo autor "Par delictum y par causa turpitudinem", *Academia Sevillana del Notariado V* (1991), págs. 173-192. En particular, para la doctrina de los actos propios en el reconocimiento de complacencia (se permite al reconecedor impugnar pese a que conocía la falsedad de la filiación), la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1900 [comentada por L. DIEZ-PICAZO: *Estudios de Jurisprudencia Civil*, II, Madrid, Tecnos, 1969, págs. 404-406]; y sobre la función de la autonomía de la voluntad en los procesos de filiación en general, los comentarios de F. RIVERO HERNANDEZ: "Comentario STS 28 de noviembre de 1992", CCJC 30 (1992), § 805, págs. 1065-1073 y "Comentario a la STS 28 de diciembre de 1993", CCJC 34 (1994), § 916, págs. 283-292.

(10) Así M. DE LA CAMARA ÁLVAREZ la tacha de "absolutamente indefendible" [Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, III. 1.º, dir. M. Albaladejo García, Edersa, 1984 (la segunda edición, de 2000, con el mismo contenido), sub arts. 136-141 CC, págs. 837-840] y F. LLEDO YAGÜE: *Acciones de filiación*, Madrid, Edilex, La Ley, 1987, págs. 164-168.

mente declarada remite a los efectos personales y patrimoniales derivados del vínculo matrimonial, en lo que se refiere a la recíproca posición de los cónyuges; pero no a las relaciones paterno-filiales, aunque la matrimonialidad de la filiación haya sido tenida en cuenta por el legislador cuando diversificó el régimen de las acciones.

La cuestión se simplifica si nos referimos a qué vínculo es el impugnado y por quién: el marido impugna su paternidad (art. 136 CC), la mujer su maternidad (art. 139 CC). La discriminación inadmisiblemente consistiría en permitir al marido impugnar, *iure proprio*, el vínculo materno y no a la inversa o en legitimar *iure alieno* al marido y no a la esposa en el mismo caso, pero no cabe tachar de inconstitucional por esta causa la limitación en la legitimación activa (11).

Otra cosa es si referimos el argumento de la discriminación inadmisiblemente comparando la impugnación de la filiación matrimonial con la no matrimonial: el art. 140 CC legitima, en presencia o ausencia de posesión de estado, a "ambos" progenitores. La matrimonialidad no justifica la restricción, si acaso, como hiciera el legislador catalán, exige un ejercicio congruente con su normal presupuesto que no es otro que la infidelidad en sentido lato, si bien no deben exagerarse las exigencias de congruencia respecto a decisiones del todo autónomas de sus protagonistas. Esto es, la sustitución del antiguo art. 12. 2 LF por el nuevo art. 107 CF puede deberse al reconocimiento de la autonomía de los cónyuges en los procesos de crisis matrimoniales o bien porque no se juzgó necesario distinguir entre el ejercicio *iure alieno* y el ejercicio en nombre propio (12).

(11) Creo claro que el régimen de la impugnación de la "maternidad matrimonial" debe ser, por una razón de analogía (la identidad de razón depende de la matrimonialidad de la filiación determinada y no del vínculo impugnado) el propio de la paternidad regulado en los arts. 136 y 137 CC, aunque merezca algún ligero matiz a partir de las causas en que se sustancia la divergencia con la verdad biológica en el art. 139 CC.

(12) La legitimación *iure proprio* de la madre en la impugnación de la paternidad matrimonial en el art. 107 CF parece fundarse en que es ella quien dispone de los elementos de juicio precisos para conocer la "veracidad" de la filiación declarada, es, se afirma, otra manifestación de la prioridad del principio de verdad biológica. Así, por todos, F. RIVERO HERNANDEZ: *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, J. EGEA I FERNÁNDEZ/J. FERRER I RIBA (dirs.), A. LAMARCA I MARQUÉS/C. RUISÁNCHÉZ CAPELASTEGUI (coords.), Madrid, Tecnos, 2000, sub art. 107 CF, pág. 502. Asunto que ya lo puso de relieve M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: "El nuevo régimen jurídico de la filiación", *La reforma del Derecho de familia. Jornadas hispalenses sobre la reforma del Derecho de familia*, Sevilla, Universidad Hispalense/Diputación Provincial de Sevilla/Colegio Notarial de Sevilla/Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 1982, págs. 237-275, especialmente, págs. 251-252.

Me parece técnicamente aceptable no vincular el ejercicio *iure alieno* de la madre con el ejercicio de las acciones de separación o divorcio, en tanto que actúa "como representante legal" y no en el ejercicio de un interés propio. Es decir, no cabe imponer condiciones específicas a la acción del representado por la peculiar posición que ocupa su representante respecto al tercero. En realidad, con tal exigencia el art. 12. 2 LF empeoraba la posición del hijo sin que ese empeoramiento se fundara en circunstancias que le concernieran.

En cuanto a si la madre ostenta o no un interés legítimo autónomo, me parece muy significativo que esta limitación no le alcance si, como representante legal del hijo, ejerce la acción de reclamación-impugnación (arts. 131 I ó, lo que será más frecuente, 133 I CC en relación con el 765. 1 de la Ley de enjuiciamiento civil [LEC]), aunque puedan suscitarse problemas por la atribución dual de la patria potestad. Es decir, la limitación se refiere al ejercicio "autónomo", donde la presencia de finalidades espúreas es manifiesta: por ejemplo, gozar, al término de un proceso matrimonial, de la titularidad en exclusiva de la patria potestad eludiendo las reglas propias de estos procesos (arts. 90 A), 92, en particular, su párrafo tercero, y 103. 1.ª CC) u otros enderezados al mismo fin (art. 170 I CC).

El último de los argumentos que criticaba la exclusión afirmaba que con ella se limita la constatación de la verdad biológica, principio inspirador de toda la materia, al impedir a quien mejor conoce la verdad su discusión, argumento que es la razón que ampara el nuevo artículo 107 del Código catalán de familia.

Debemos recordar que la verdad biológica tiene dos facetas, positiva y negativa: establecer la verdad, destruir la falsa filiación. Se garantiza su primacía si se le permite ejercer la acción que conduzca a su establecimiento con la correlativa destrucción de la falsa filiación (acción de reclamación-impugnación, y así sucede, arts. 131 I, 133 I CC y 765. 1 LEC), además de que, en todo caso, puede cooperar al desvelamiento de la verdad en tanto que está pasivamente legitimada en todo proceso de filiación (art. 766 LEC). La acción de reclamación-impugnación es el caso en que por excelencia se busca la verdad biológica.

La impugnación autónoma no satisface el interés del hijo como acreedor de las instituciones de protección. Parece preferible favorecer el establecimiento de la verdad, con el correlativo nacimiento de los deberes propios de la filiación, que destruir una filiación determinada. Podría decirse que lo razonable es confiar las decisiones estrictamente negativas al principalmente concernido por ellas, por sí mismo o por

su representante legal (y éste sometido, ahora ineludiblemente, a alguna suerte de control previo).

2. *La oportunidad de establecer un criterio de control para el ejercicio de la acción en nombre ajeno*

Toda vez que la madre sólo está legitimada para ejercer la acción como representante legal del hijo, queda por determinar qué significa o cómo debe valorarse el "interés del hijo menor o incapacitado" (art. 137 II CC) cuando institucionalmente la representación legal se endereza a su satisfacción (art. 162 II 1.º y 2.º CC). Es decir, debemos establecer si se impone un control específico del ejercicio de la representación legal en este caso y, de ser así, respecto a qué (¿interés en la estabilidad o en la veracidad?) y quién valoraría su concurrencia (13).

La disciplina legal de las acciones de filiación desmiente en alguna de sus reglas (especialmente en el art. 765. 1 LEC) su supuesto carácter personalísimo, toda vez que se afirma, sin demasiada precisión, que los asuntos de naturaleza personalísima no son susceptibles de actuarse por representación. En nuestro caso, el art. 137 II CC no es una excepción a la regla contenida en el art. 765. 1 LEC, sino que, conforme con ella, especifica el plazo de ejercicio para la impugnación. Por ello, el problema del control de su decisión sobre la "oportunidad" de interponer la acción en este caso es común al resto de acciones, sean de reclamación o de impugnación, en razón de sus relevantes efectos, porque se afecta el estado civil del sujeto a representación.

(13) En lo que se refiere a la representación legal debe recordarse que en ella hay pura heteronomía, como dice L. DIEZ-PICAZO: *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, reimp. 1992, pág. 289: "la persona queda sustituida por el representante legal y las decisiones de éste le son impuestas a su esfera jurídica y a su patrimonio, con todas sus consecuencias. Dicho en términos más claros, la persona no actúa y actúa por ella, sustituyéndola completamente, su representación legal". Como afirma por su parte W. FLUMÉ: [*El negocio jurídico*, II, traducción española, J. M.ª MIQUEL/E. GOMEZ CALLES, Madrid, 1998, pág. 33] "la discrecionalidad en la configuración de relaciones jurídicas para otro, nunca es libre arbitrio, sino siempre arbitrio conforme a un deber, y se encuentra en oposición muy clara a la actuación en ejercicio de la autonomía privada como conducta "autárquica" con poder jurídico reconocido para crear relaciones jurídicas del modo que se crea preferible. Tiene razón PEÑA: *Comentarios reformas Derecho familia*, I, sub arts. 136-137 CC [nota 8], pág. 1000, cuando señala que la llamada al "interés del hijo" no supone un control específico sino que es una exigencia ordinaria en la actuación de todo representante legal, y su función es, simplemente, subrayar que no se ejerce en nombre propio.

En atención a la radical influencia del ejercicio de una acción de esta clase sobre la posición jurídica personal del hijo, debemos revisar la congruencia del sistema exento de control que propugnan en general los arts. 765. 1 LEC, 154 II 2.º, 162 II 1.º ó 267 CC, con los casos en que, por su trascendencia personal (14) o patrimonial (arts. 166 I o 271. 2.º CC) se sujeta la eficacia o procedencia de la decisión del representante legal a una previa aprobación judicial con conocimiento del Ministerio fiscal.

De esta comparación puede inferirse la necesidad de “extender” ciertos controles (audiencia del Ministerio fiscal, aprobación judicial *ex ante* o revisión *ex post facto*, sobre todo) a esta clase de decisiones. Resulta incongruente, desde un punto de vista valorativo, imponer una previa autorización judicial (con alegación de causas preestablecidas y audiencia del Ministerio fiscal) para actos de naturaleza patrimonial (caso, entre otros, de los arts. 166 I y 271. 2.º CC) y no hacerlo para el ejercicio de acciones de naturaleza personal (salvo si incluimos, para la tutela, en el art. 271. 6.º CC, a las acciones de filiación), definitivas en la conformación de una posición jurídica básica: el “estado civil” de filiación. Más aún en el caso de las acciones impugnatorias autónomas en las que debe ponderarse el “interés en la veracidad con el interés en la estabilidad”.

Una posible corrección de esta incoherencia consistiría en extender analógicamente el ámbito de las normas más generales de control en las instituciones de protección (arts. 166 y 271 CC, principalmente) al ejercicio de las acciones de filiación, donde la *ratio* del control parece ser la importancia objetiva y estabilidad de los efectos de la decisión que se emprenda; con el siguiente fundamento normativo: una interpretación amplia del art. 158 I 3.º y II CC (incluso instada de oficio por el propio juez) para valorar la oportunidad de interponer la acción de filiación.

No me parece oportuno recurrir sólo al Ministerio fiscal para someter a “control” la decisión del representante legal. La participación del Ministerio fiscal en los procesos relativos al estado civil

(14) Véanse, entre otros, los artículos 2 I b), 4. 2 de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos; 3. 1 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (pero 4. 3 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor) o el art. 156 II del Código penal. Es indudable la despreocupación del legislador por ordenar coherentemente los casos y condiciones en que cabe el ejercicio por representación legal de los derechos fundamentales o de naturaleza personal de los menores e incapaces.

tiene (según el art. 3.º 6 del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal) (15) una función predeterminada: la "defensa de la legalidad y del interés público o social", función que se solapa con la misión principal de este órgano (art. 124. 1 CE). Tal función no cabe extenderla al control sobre la "oportunidad" del ejercicio de una acción de filiación por el representante legal del activamente legitimado, en tanto que la veracidad del resultado pretendido es el objeto del proceso y está, por lo demás, sustraído a la voluntad de las partes. Si resulta difícil justificar la exención de control en los casos de acciones de reclamación, es aún más difícil hacerlo en aquellos casos en que el resultado puede ser la pérdida de una institución de protección, sin que se averigüe simultáneamente la verdad biológica.

3. *En torno a la jurisprudencia sobre la designación de un defensor judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997*

La legitimación *iure alieno* de la madre se ha complicado al suscitarse el problema de si la colisión de intereses entre madre e hijo menor exige el nombramiento de un defensor judicial, para evitar la posposición del interés del hijo. En este punto debe subrayarse la sorprendente decisión del Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de junio de 1997 (16), en la que se declara la necesidad de nombrar un defensor judicial del hijo menor en el caso de ejercicio de una acción de impugnación matrimonial frente a él, en razón de la divergencia de intereses entre la madre como representante legal y el hijo (art. 163 I CC). Merece la pena reproducir el argumento del Tribunal, que después de descartar la aplicación del párrafo segundo del art. 163 CC, dice lo siguiente (fundamento jurídico 4.º):

"resta examinar si el segundo párrafo del precepto [el 163 CC] cuando habla de que si uno de los progenitores fuese el contradictor o conflictivo, el otro asumiría la defensa del menor, es el subsumible y cuya sanción conduce a examinar si dados los intereses de ambos contendientes —progenitores del menor *ab*

(15) Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

(16) RAJ 4605; L. MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ. Esta sentencia es particularmente reprobable por las perniciosas consecuencias personales y económicas que tiene para las partes la retroacción del proceso a la 1.ª instancia (iniciado en 1990 ó 1991) para el nombramiento de defensor.

initio— alguno de ellos ostenta o persigue los idénticos [intereses] del menor, pues, entonces, aquella defensa asumida por la madre sería suficiente; en la presente compulsa judicial, se debe tener en cuenta el dogma incorporado a nuestro ordenamiento desde el precepto constitucional del art. 39, de que el valor superior y prevalente y, por tanto, proyectable en los hijos, es que, a toda costa, se facilite la “investigación de la paternidad”, esto es, que en la contienda ostente supremacía el descubrimiento de la verdad material o biológica, por lo que el conflicto de intereses de ambos contendientes con respecto al hijo deviene elemental, porque el actor, por su condición procesal litiga precisamente contra “su” hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también “le defiende”, y la propia madre code mandada, al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad, defiende los prístinos intereses del menor, que son, se repite, los acordes con la verdad biológica de su progenie, amén de que en la actuación procesal de esa madre no puede eludirse su propia defensa, de su estima, fidelidad, etc., que aunque sumergidos, son asimismo, motivaciones explicativas de aquella actuación; en definitiva, descartado el juego de ese art. 163 II, no cabe sino aplicar su primer párrafo, y exigir la observancia del nombramiento del defensor del menor, lo que conduce a que mal planteada la relación jurídico procesal, el Tribunal de oficio, y actuando a tenor del art. 1715. 2.º LEC [en su redacción derogada], decreta la nulidad de las actuaciones con reposición de las mismas desde la presentación de la demanda, para que por la instancia se proceda a ese nombramiento a los fines de la defensa de los intereses del menor en el litigio así planteado, lo que se acuerda con los demás efectos derivados sin imposición de costas a las partes en ninguna de las instancias ni en este recurso”.

El nombramiento de defensor judicial procede en los casos de colisión de intereses entre el sometido a una institución de protección y su (o sus) representante legal (arts. 163 I, 215. 3.º, 221, 237 *bis*, 299 a 302 CC) “siempre que el legislador no haya valorado expresamente el conflicto y el modo de solventarlo”, como hacen, para nuestro caso, los artículos 765. 1 LEC (antes el derogado art. 129 CC) y el 137 II CC, que designan al representante legal.

A la designación incondicionada del representante legal (el legislador valora *ex ante* que reúne las condiciones precisas para el adecuado

ejercicio de sus funciones) se añade, como garantía complementaria de la defensa del interés público y del propio interés de los menores e incapaces, la necesaria participación del Ministerio fiscal (art. 749. 1 LEC). Es más, el nombramiento de un defensor judicial es superfluo porque no satisface ningún interés que no tenga ya defensa institucional, provocando un efecto singularmente expresivo en estos procesos: el "exceso de control".

Ni que decir tiene que los severos límites a la disposición sobre el objeto del proceso por las partes en las acciones de filiación (art. 751 LEC), y la salvaguardia que en la búsqueda de la verdad ofrece la participación del Ministerio fiscal y del propio juez, eliminan la posibilidad de que se postergue el interés del hijo menor o incapaz, que en este proceso no es otro que el establecimiento de la verdad (17). Si el fin del nombramiento es evitar que la negativa de la madre a la práctica de las pruebas biológicas sobre el hijo menor sea arbitraria, caprichosa o se funde en razones de pura ventaja para ella, lo prudente no es señalar a otro que tomará la decisión por ella, sino exigir su motivación y permitir su control y eventual sustitución.

Un último argumento: si no se discute la oportunidad de una norma como la que contempla el ahora art. 765. 1 LEC, en la que se autoriza al representante legal a que decida, sin someterse a control de ninguna clase, sobre el ejercicio de las acciones de reclamación e impugnación, no se entiende muy bien por qué se impone este control en los casos en que se oponga o participe en el proceso como representante legal del hijo cuando éste ocupa la posición pasiva, además de en su propio nombre (art. 766 LEC).

(17) En este sentido, M.^a V. MAYOR DEL HOYO: "Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)", ADC (1998) II, págs. 917-936; y A. OCAÑA RODRIGUEZ: "Una sentencia que prescinde del papel del Fiscal en los procesos de filiación: la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997", *La Ley* (1998) 2, págs. 2030-2032. Ya PEÑA: *Comentarios reformas Derecho de familia*, I, sub art. 129 CC [nota 8], pág. 964, vinculaba la participación del Ministerio fiscal en estos procesos con la prevención de los conflictos de intereses entre representantes y representados. Con una posición distinta, J. A. MORENO MARTINEZ: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997", CCJC 45 (1997), § 1222, págs. 1093-1104. Véase sobre esta sentencia también J. CARBAJO GONZALEZ: "Las acciones de impugnación en la jurisprudencia (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997)", *Actualidad Civil* [AC] (2000) 1, VIII, págs. 157-180.

III. EL *DIES A QUO* DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN: RAZONES PARA DUDAR DE SU CONSTITUCIONALIDAD

El asunto principalmente debatido en la práctica judicial es el *dies a quo* de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. *Dies* que es "común" a las acciones emprendidas por el marido (art. 136 I), los herederos de éste (art. 136 II), el hijo cuando es mayor o menor emancipado en nombre propio (art. 137 I), la madre cuando ejerce la acción como representante legal del hijo (art. 137 II) e incluso cuando el Ministerio fiscal ejerce la acción, en el dudoso caso en que pueda hacerlo de modo autónomo (art. 137 II CC) (18).

En este punto abordo varias cuestiones: en primer lugar, daré cuenta de aquellos otros elementos que, junto al *dies a quo*, delimitan el ejercicio temporal de la acción, esto es, su duración y naturaleza caducable (*sub* 1). En segundo lugar, delimitaré el *dies a quo* fijado legalmente, explicando sus antecedentes y las razones en las que se sustenta, donde puede apreciarse una discordancia entre las ideas que lo inspiraron y la razón que principalmente permite ahora la impugnación de la paternidad, que no es otra que la verdad biológica (*sub* 2).

Después examinaré la oscilante jurisprudencia de nuestros Tribunales sobre este *dies a quo*: algunas sentencias, que cabe calificar rectamente de *contra legem*, se apartan del precepto, principalmente porque contraría la verdad biológica. En otras, sometiéndose con escrúpulo al principio de legalidad, se aplica con rigor. Las razones alegadas por todas ellas son útiles para discutir la constitucionalidad del *dies a quo* (*sub* 3). Por último, expondré el abanico de argumentos que justifican, a nuestro entender, la duda de constitucionalidad de este momento, especialmente estudiaré el escurridizo argumento de la igualdad en la ley, comparando esta acción con otras acciones impugnatorias (*sub* 4).

1. Los otros aspectos del plazo de la acción de impugnación: duración y naturaleza caducable.

Antes de dar cuenta del *dies a quo* querría abordar los otros dos aspectos de la duración de la acción, que modulan la interpretación

(18) Es innecesario fijar un *dies a quo* determinado cuando la acción es vitalicia, como sucede en el caso del art. 137 III CC, precepto que tiene una duración injustificable en lo que se refiere al hijo e insensata en lo que afecta a sus herederos.

del *dies a quo* de ejercicio. La primera es la duración del plazo. La segunda es la calificación de tal plazo como de caducidad, que tiene por principales efectos su apreciación de oficio (no es necesaria su oposición como excepción), carácter interrumpible y transcurso fatal.

La duración de la acción se resuelve con relativa facilidad: la duración normal es de "un" año, así en los arts. 136, 137 I y II CC y ley 70 *Impugnación b*) de la Compilación navarra; salvo los arts. 106 a 108 CF que lo han ampliado a "dos" años. En caso de ausencia de posesión de estado, la acción podrá ejercerse por el hijo o sus herederos "en cualquier tiempo" (art. 137 III CC), plazo que debemos entender vitalicio.

El fundamento de un plazo general de tal brevedad (un año) parece estar en la estabilidad del estado civil de las personas, la seguridad jurídica en las relaciones de estado y en evitar que el hijo sea víctima de las querellas conyugales. Las dudas sobre la verdad biológica deben despejarse con rapidez. El legislador consiente una eventual falsedad de la relación de filiación, si ésta es vivida pacíficamente por sus protagonistas (art. 137 III a contrario CC) y dentro del seno del matrimonio. (19).

La duración de la acción en el caso del art. 137 III CC es desproporcionadamente larga, sin que baste la alegación de la falta de apariencia protegible para permitir una amenaza de la estabilidad de tal calibre: muchos de los efectos de la filiación determinada (sobre todo una vez que el hijo goza de la plena capacidad) no dependen de su ejercicio efectivo. El exceso es aún mayor al permitir su ejercicio también vitalicio a los "herederos" del hijo, que no ostentan típicamente el mismo interés que el hijo. Tal vez sería oportuno que el legislador fijara un plazo de cierre, relativamente breve (cuatro o cinco años) y que además estableciera con nitidez los hechos a partir de los cuales empiezan a correr los plazos.

En cuanto a la naturaleza del plazo parece un lugar común calificarlo de "caducidad", tal vez por vagas razones de seguridad jurí-

(19) Como dijera F. GARCIA GOYENA al comentar el art. 105 del Proyecto de Código civil de 1851, precepto con un plazo idéntico [*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO]: "se ha abreviado el término (...), porque en materia tan sensible nadie calla por mucho tiempo, y la incertidumbre del estado de los hijos no debe ser larga". Tal vez el plazo de un año sea excesivamente breve y fuera prudente una ampliación como la de la legislación catalana. En general, me parece prudente la ampliación de los plazos mínimos y la restricción de los plazos máximos.

dica (no hay una sólida tendencia legal en la calificación) y en mérito de la tradición jurisprudencial. Como argumento normativo puede mencionarse el tenor literal del art. 140 II CC (“la acción caducará”) que podemos trasladar a este caso afirmando que no hay razón alguna para que los plazos impugnatorios, sean de filiación matrimonial o no matrimonial, tengan una naturaleza distinta (20).

2. *El dies a quo de cómputo de la acción: delimitación técnica, antecedentes y razones que parecen fundarlo*

Para que comience el cómputo del plazo el Código civil exige cumulativamente la inscripción de la filiación discutida en el Registro civil y el conocimiento del nacimiento (argumento art. 136 III CC). Aunque parezca que el “conocimiento del nacimiento” es el elemento prevalente, si falta la inscripción no comienza a computarse el plazo. No obstante y en razón del valor puramente declarativo de la inscripción (art. 112 I CC) parece razonable permitir la impugnación incluso antes de la inscripción en el Registro civil (21).

Este *dies a quo* legal rige en aquellos casos en que se ejerza la acción de impugnación en sentido estricto (no de un título de determinación, art. 138 CC), ya se trate de una filiación matrimonial determinada en virtud de la presunción de paternidad fuerte (arts. 115. 1.º, 116 y 117 a contrario CC) o ya de una determinada por alguno de los reconocimientos previstos como medio de determinación en los arts. 117, 118 y 119 CC.

Respecto a la inscripción en el Registro civil debe afirmarse que no

(20) Se trata de caducidad por “razones de seguridad jurídica” al decir de PEÑA [Comentarios reformas Derecho de familia, I, sub Cap III, pág. 945 y sub arts. 136-137 CC [nota 8], pág. 997] y en el mismo sentido la doctrina jurisprudencial previa a la reforma de 1981 respecto al entonces vigente art. 113 CC que establecía plazos aún más breves, véanse entre otras las SSTs 19 de diciembre de 1960 [RAJ 4103]; 23 de junio de 1961 [RAJ 2742]; 5 de marzo de 1963 [RAJ 1627] o 28 de enero de 1967 [RAJ 419]. Debe recordarse que la calificación de un plazo como de caducidad o de prescripción padece en nuestro Derecho de un largo uso arbitrario.

(21) F. RIVERO HERNANDEZ: *Comentarios al Código civil*, I, L. DIEZ-PICAZO/R. BERCOVITZ/C. PAZ-ARES/P. SALVADOR CODERCH (dirs.), Ministerio de Justicia, 1993, 2.ª edición, sub art. 136 CC, pág. 509. La jurisprudencia anterior a la reforma, entre otras, la STS 24 de enero de 1947 [Jurisprudencia Civil 17 (1947), 2.ª, n.º 26], había establecido que la inscripción del nacimiento en el Registro civil no implica conocimiento del nacimiento por el presunto padre y que el comienzo del plazo para impugnar era a partir del “verdadero conocimiento del nacimiento”, apoyando esta afirmación en los antecedentes históricos del precepto.

hay regla alguna que establezca la presunción de conocimiento de lo que el Registro publica, es decir, la inscripción del nacimiento no lleva consigo el conocimiento del nacimiento aunque sí su cognoscibilidad. Concepto éste que exige la valoración de la conducta diligente del que pudo conocer y no conoció para oponerle los efectos de su ignorancia o, en otro caso, para impedir que pueda ampararse, en su provecho, en una ignorancia inexcusable.

El *dies a quo* de cómputo de la acción, fijado en la fecha de inscripción en el Registro civil del nacimiento siempre que éste sea conocido tiene su explicación más plausible en sus antecedentes históricos, de los que es fiel reflejo. El art. 113 CC en su redacción original decía:

“[I] La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar el marido, o, en su caso, cualquiera de sus herederos. [II] Estando ausente, el plazo será de tres meses si residieren en España; y de seis si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará a contar desde que se descubriese el fraude”.

En buena medida el precepto era tributario del art. 105 del Proyecto de Código civil 1851, del siguiente tenor:

“En todos los casos en que el marido pueda contradecir la legitimidad del hijo, deberá hacerlo en juicio dentro de dos meses, contados desde que tuvo noticia de su nacimiento”.

Según GARCIA GOYENA “sin esta noticia no pudo en ningún caso reclamar el marido” y “si el marido, noticioso del nacimiento, dejase pasar el término legal, se entenderá que ha reconocido tácitamente al hijo; pero la reclamación ó contradicción deberá ser *judicial*: la legitimidad del hijo no debe quedar pendiente de lo vago ó incierto de contradicciones privadas”. La conexión con el reconocimiento tácito es evidente: si calla, pudiendo hablar, se entiende que consiente (22).

(22) Su explicación a partir de los antecedentes la sostiene DE LA CAMARA: *Comentarios Edersa C*, III-1.º, sub arts. 136-141 CC [nota 10], pág. 821, para quien el *dies* del nacimiento pretende prevenir que éste se oculte fraudulentamente. La explicación del reconocimiento tácito transcurrido el plazo legal de impugnación de la filiación legítima se consagró normativamente con mayor claridad en el art. 58. 3.º II de la Ley

Como puede observarse el establecimiento de este momento procede del conocimiento del nacimiento y de que, de él, se deriva la duda sobre la propia paternidad según un criterio de normalidad y de que se valora implícitamente su transcurso sin oposición como reconocimiento tácito.

Los antecedentes históricos nos sirven para determinar que sólo la ausencia del marido (o su imposibilidad física) al tiempo de la concepción permitían la impugnación (arts. 108 II y 113 CC, redacción originaria): se selecciona, por el legislador, las causas de divergencia entre filiación determinada y verdad biológica (23), de modo congruente con las restricciones impuestas entonces a la impugnación.

No obstante, parece evidente que ni el nacimiento ni la inscripción registral son datos que *per se* permitan conocer la divergencia entre realidad jurídica y biológica, objeto del proceso de impugnación de la paternidad en sentido estricto. Es la duda razonable sobre la "verdad biológica", deducida de ciertas circunstancias (como la infidelidad conyugal o la ausencia del marido al tiempo de la concepción), la que conduce al ejercicio de una acción de esta clase. Con el conocimiento del nacimiento, el marido sabe que tiene un hijo, pero no es elemento suficiente para que juzgue sobre si es o no suyo. Es más, puede transcurrir entero el plazo de caducidad sin que el marido disponga de los elementos precisos para dudar de su paternidad, es decir, sin que haya tenido ocasión material de ejercer la acción de impugnación (24).

Tampoco es razonable deducir de un simple silencio, "sin" conocimiento, un efecto positivo (el reconocimiento): la imputación del efecto a un sujeto exige alguna suerte de voluntad de asumirlo y ésta impone el conocimiento previo. Para deducir un efecto positivo del silencio la posición del que calla debe rodearse de ciertas circunstan-

de matrimonio civil de 1870, cuyo tenor era el que sigue: "Se entenderá que lo ha reconocido como suyo si ha dejado transcurrir dos meses, á contar desde que tuvo noticia del nacimiento, sin hacer la reclamacion".

(23) Decía el art. 108 II CC: "Contra esta presunción [de paternidad legítima] no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieran precedido al nacimiento del hijo".

(24) Conoce su esterilidad originaria o la infidelidad (o falta de lealtad) de su esposa "después". Justamente ésta es la razón para que en otros ordenamientos se establezca como *dies a quo* de cómputo "la fecha del descubrimiento de las pruebas en las que fundamenta la impugnación", así, entre nosotros, arts. 106. 1, 107 ó 108 del Código catalán de familia, preceptos que están probablemente inspirados en los §§ 1600 h) 1 y 1600 i) 1 del BGB o en el art. 1842 CC portugués.

cias que hagan exigible que hable; entre ellas el conocimiento de la situación que desmiente o acepta. En su caso, el silencio puede tener un valor provisional, como ocurre en el art. 117 CC, donde si el marido no formula declaración auténtica en los seis meses siguientes al nacimiento se valora positivamente su silencio. Pero se trata de una determinación extrajudicial, sin los efectos propios de la cosa juzgada (art. 222 LEC).

Que sea la verdad biológica el objeto del proceso de impugnación sólo impone que el plazo comience desde que el padre tenga los elementos precisos para desvelarla, pero "no" los predetermina. Elementos que el legislador puede deducir o bien de ciertos hechos que normalmente contribuyen a su esclarecimiento según alguna máxima de la experiencia (y esto es lo que ocurre en el art. 136 I CC), o bien del conocimiento o duda razonable. Me parece que el argumento para repudiar este *dies* desde la perspectiva constitucional no pasa necesariamente por su congruencia con el principio de verdad biológica, aunque sí parece que restringe la libre investigación (art. 127 CC).

Como se afirma en ocasiones por la jurisprudencia este *dies* es conforme con la exigencia de certidumbre y estabilidad de las relaciones paterno-filiales matrimoniales, cuestión que logra una satisfacción máxima si se establece un *dies* plenamente objetivo y determinado.

3. *La oscilante doctrina jurisprudencial sobre el dies a quo: doctrina contra legem y sujeción a la ley*

La lectura de la jurisprudencia recaída sobre procesos de impugnación de paternidad deja un sabor amargo: ni desde el punto de vista técnico ni desde la justicia material satisface a su lector. Los vaivenes de la jurisprudencia, con el Tribunal Supremo a la cabeza, alimentan las incertidumbres de estos procesos, normalmente involucrados en otros de crisis matrimoniales, en discusiones sucesorias o incluso de ejercicio de funciones tuitivas (25).

²⁵ Entre las sucesorias, ejercitan la acción los hermanos en la STS 20 de junio de 1988 [RAJ 5117; G. BURGOS PÉREZ DE ANDRADE]; o los herederos del progenitor reconocedor en la SAP Toledo de 20 de abril de 1998 [Aranzadi Civil. Audiencias (AP) 4746]. Entre los pleitos de ejercicio de funciones tuitivas, impugna el guardador de hecho (abuelo, aunque designado testamentariamente tutor) en la STS 9 de octubre de 1997 [RAJ 7407; A. BARCALA TRILLO-FIGUEROA].

Aún a riesgo de simplificar en exceso, son dos las líneas de la jurisprudencia, como veremos inmediatamente.

Su lectura exige, previamente, la mención de algunas circunstancias, que extrañas al régimen jurídico de las acciones de impugnación, influyen decisivamente en el sentido de esta jurisprudencia. En ocasiones se valora la conducta de las partes, el hecho de que la madre, ex esposa, se allane a la pretensión o admita los hechos. En otras, la práctica de la prueba biológica descarta de modo absoluto ciertas paternidades y esta es razón suficiente para eludir los límites imperativos de la caducidad. Otras veces, sobre todo en los reconocimientos de complacencia, se permite una cierta retractación del padre aunque merezca especial repudio el eludir las reglas sobre filiación adoptiva. También se aprecia como en ciertos casos el régimen jurídico de la acción de impugnación se usa como medio para poner coto a los abusos o excesos cometidos en los procesos de crisis matrimoniales

A) El *dies a quo* de cómputo es el conocimiento o duda razonable sobre la veracidad biológica de la paternidad

La primera doctrina jurisprudencial, claramente *contra legem*, señala como *dies* el conocimiento o duda razonable sobre la veracidad biológica de la paternidad. Doctrina que advierte que el *dies a quo* de cómputo fijado en el art. 136 I CC impide al marido impugnar cuando conoce la falsedad de la paternidad determinada, en tanto que, en el caso más común, los elementos de los que la deduce son conocidos "después" del transcurso de un año de la inscripción de nacimiento (26).

Esta doctrina se formula por vez primera por la sentencia del Tri-

(26) Este *dies a quo* tiene una consecuencia inmediata en los casos de reconocimiento de complacencia pre- o postmatrimoniales por el padre (art. 119 CC), porque en ellos desde el mismo momento del reconocimiento el padre conoce la inexactitud de la filiación determinada. Estos reconocimientos no pueden impugnarse como título de determinación (no hay error sino justamente lo contrario) sino según el régimen general, como se deduce del art. 138 CC. Sobre estos reconocimientos, relativamente frecuentes, véanse, sobre paternidad no matrimonial, las SSTS 23 de diciembre de 1987 [RAJ 9653; M. GONZÁLEZ-ALEGRE Y BERNARDO]; 28 de marzo de 1994 [RAJ 2528; P. GONZÁLEZ POVEDA]; SAP Asturias 20 de septiembre de 1994 [AP 1507]; y sobre el típico caso de reconocimiento de complacencia posterior al matrimonio (119 CC) en el que la acción de impugnación es pura retractación de la voluntad de reconocer, SAP Baleares 28 de enero de 2000 [ED 8881].

bunal Supremo de 31 de enero de 1993, que en su fundamento jurídico 1.º dice lo siguiente (27):

“La conclusión a que por rigurosa observancia de esta norma del art. 136 del Código aisladamente considerado, se llega, pidiendo la desestimación de la acción entablada por el marido, cuya paternidad está, sin asomo de duda absolutamente descartada, ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley 11/1981 de 13 mayo, [ley que] en su patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, como proclama la misma Ley de Reforma y deja constancia el art. 127 CC, al admitir toda clase de pruebas en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas, entre ellas la del art. 116 que da pie, como mera presunción, a la posibilidad impugnatoria puesta en juego por el marido, acreedor, en este caso, de una particular atención, puesto que no hay indicio alguno que permita poner a su cargo la más mínima demora ni mucho menos dejación de su decisión impugnatoria, tan pronto pudo entrever la verdad en su relación paterna, poniendo seguidamente en marcha, inmediatamente de tener mera sospecha, la decisiva investigación biológica que estableció, fuera de toda duda, la negativa de su condición paterna.

Consideraciones que, en principio, militan en pro del rechazo del recurso y confirmación de la sentencia de apelación, declarando a los fines confirmatorios de lo resuelto en la instancia, su ajuste a Derecho, una vez patente que, la reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la

(27) RAJ 353; R. CASARES CORDOBA. En esta sentencia, el recurso de casación lo interpuso, en interés de ley, el Ministerio fiscal solicitando la “caducidad”. Ni que decir tiene que este es otro ejemplo de la influencia de ciertas circunstancias que deciden el fondo e imponen apartarse del tenor de la norma; en el caso fue determinante el allanamiento de la madre y práctica de la prueba biológica. Sentencia que ha merecido el aplauso de una parte muy significativa de la doctrina, X. O’CALLAGHAN MUÑOZ: *Investigación de la paternidad. Acciones de filiación. Acción de investigación de la paternidad. Prueba biológica*, Madrid, Actualidad Editorial, 1993, pág. 34 y LLEDO YAGÜE: *Acciones de filiación*, [nota 10] pág. 196. Con algunos matices, esta doctrina ha sido seguida en algunas sentencias de las Audiencias; entre otras, la SAP Granada 2 de febrero de 1994 [AP 235] aplica su doctrina, en un supuesto muy similar de allanamiento de la madre y práctica con éxito de la prueba biológica. La SAP Baleares 23 de octubre de 1996 [*Actualidad Civil. Audiencias.* @ 109/1997] añade, por su parte, como argumento, la posibilidad de afectar el derecho a la tutela judicial efectiva del marido.

verdad biológica, desvanecida la presunción del art. 116 CC. No sólo por su acomodo al sentido que en la normativa del Código, informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor; sino en consideración, a estos fines mucho más trascendente, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, primero el art. 39 CE asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor, para consagrar después la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y la voluntad del interesado expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el art. 24 de la propia Constitución.

La hiriente discordancia, según acertada y sincera expresión del representante del Ministerio Fiscal, entre la solución que en el recurso se postula y la realidad investigada y acreditada desde todas las perspectivas incluida la del interés, tanto del hijo a la verdad biológica como de la esposa (manifestado allanándose a la pretensión del marido) amén de la paz familiar, tan frecuentemente invocada en pro de mantener, pasado un cierto tiempo, la situación paterno-filial creada con la presunción legal de paternidad, abonan en el supuesto contemplado la impugnación. Porque la tan deseada pacificación en modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentando sobre una actuación fraudulenta y como tal (art. 6. 4 CC) contraria, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión constitucionalmente vedado, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en unas consecuencias, que imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas (art. 3. 1 y 2 CC) impiden desconocer, desde aquel art. 39. 2 CE, ignorado si es que se concluyese en la prevalencia de la presunción *pater is est*, pese a que no se corresponde con la realidad”.

Compendia esta doctrina la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de febrero de 1999, que en su fundamento

jurídico 1.º delimita con extraordinaria exactitud el *dies a quo* aplicado (28):

Surge “la duda acerca del *dies a quo* [de la acción de impugnación] en el caso de que el esposo ignore que no es el padre, pues tal falta de conocimiento genera una imposibilidad subjetiva de ejercitar la acción dentro del mentado plazo.

En tal situación, hay quien sostiene que *el plazo de un año se contará desde que tiene conocimiento de [aquellos] datos objetivos que le permiten sospechar de forma fundada y razonable, que puede no ser el padre, toda vez que la ignorancia de la paternidad debe obedecer a un error excusable* [cursivas nuestras]; tal postura ha sido acogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1993”.

Por último, alguna sentencia amplía esta doctrina con algún argumento que la hace más valiosa, como el caso de la SAP Valencia de 26 de noviembre de 1996, que reconduce la discusión a la aplicación analógica de la disciplina del reconocimiento por error (art. 141 CC), en la que, se dice, se contiene la valoración más precisa del legislador. Frente a la alegación de caducidad, dice (29):

“no puede olvidarse que el art. 141 [CC] marca que la acción de impugnación del reconocimiento realizado por error corresponde a quien lo otorgó y la acción caduca al año del reconocimiento o desde que cesó tal error, y esto permite interpretar la voluntad del legislador sobre la eficacia del paso del tiempo sobre la acción de impugnación de paternidad, como en el caso de autos, en que los hijos nacieron después de los casi doce años siguientes al matrimonio del que aparece como padre y puede aplicarse el tratamiento que el art. 141 da al vicio del consentimiento sobre el reconocimiento de paternidad a la pretensión de impugnación de paternidad porque según el art. 4 CC existe entre ambos supuestos identidad de razón”.

El art. 141 recoge un *dies a quo* doble, desde “el reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento”. En el caso del error éste cesa desde que se conoció la falsedad de la filiación o hubo razonables dudas para desvelarla. Este doble *dies* no

(28) ED 5442.

(29) AP 2176.

distingue entre vicios, el primero para el error y el segundo para la violencia o intimidación (en estos su permanencia impide que se inicie el cómputo del plazo) sino que distribuye la carga de la prueba del inicio del cómputo entre quien impugna y quien sostiene la validez de la filiación (30).

En resumen, los argumentos que justifican este nuevo *dies a quo*, que se aparta conscientemente del establecido en el art. 136 I CC, son los tres siguientes: el primero, su congruencia con alguno de los principios que inspiran nuestro Derecho de filiación, la verdad biológica y la protección de los intereses del hijo (que se salvaguarda con el descubrimiento de esa verdad) mencionados en el art. 39 de la Constitución. El segundo, se afirma que la tutela judicial efectiva del padre sólo se logra, se dice, si tiene la posibilidad material de impugnar (art. 24 de la Constitución), posibilidad que impone el conocimiento subjetivo de la verdad.

Por último, si no se permitiera este *dies* se colocaría al padre en una situación discriminatoria, contraria al art. 14 de la Constitución, frente a la impugnación de la paternidad cuando ésta se determinó en virtud de un reconocimiento (arts. 138 y 141 CC), en particular por error. Pero se trata de una desigualdad entre progenitores, "no" entre progenitor e hijo que, en razón de la diversa posición que ocupan (prevalente la del hijo) no son parangonables.

Esta jurisprudencia no sólo altera el *dies a quo* de la acción, sino que también introduce algunas otras circunstancias para permitir su ejercicio; entre ellas, se exige que el ejercicio de la impugnación no sea tardío (que se actúe con inmediatez una vez se descubre la verdad) esto es, en el año siguiente al descubrimiento de las pruebas; o que no se afecte la paz familiar, cosa que se deduce de la conformidad de la (ex) esposa con la impugnación; o, por último, siempre que sea un mecanismo para evitar una filiación jurídica sin ejercicio material alguno, porque sencillamente el padre ni convive con el hijo ni quiere serlo. Es significativo que se valore con tanto vigor la posición de la madre y no se traiga a colación el interés del hijo en la estabilidad de su filiación que se sustituye, acrítica e íntegramente, por la voluntad de la madre.

(30) En un sentido parecido, DE LA CAMARA: *Coms. Edersa CC*, III. 1.º, sub arts. 136-141 CC [nota 10], pág. 896. Tal vez hubiera sido preferible el *dies a quo* establecido en el art. 76 II CC para los vicios de la voluntad en el matrimonio "desvanecido el error o haber cesado la fuerza o la causa del miedo".

B) La acción de impugnación caduca transcurrido un año desde la inscripción del nacido en el Registro civil.

La segunda línea jurisprudencial, más numerosa, aunque no ignore los argumentos alegados para evitar los rigores de la caducidad, opta por el respeto a la legalidad. Resume esta doctrina, con repudio expreso de la anterior a través del expediente de considerar que se trata de supuestos distintos, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1996, que dice en su fundamento jurídico 6.º (31):

“La inscripción registral de la filiación, amparada en una presunción legal, como es la del artículo 116, es plenamente válida y eficaz en tanto no se accione contra ella por la vía impugnatoria prevenida en el artículo 136, acción ésta que se encuentra condicionada a su ejercicio dentro del plazo señalado en dicho precepto (un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro civil) plazo que es de caducidad por razones obvias de seguridad jurídica en las relaciones paterno-filiales, y es por eso, por lo que en la meritada sentencia se estimó sobradamente transcurrido el plazo en cuestión al momento de entablarse la demanda.”

Aunque hubiera bastado estimar la caducidad se insiste en fundamentar positivamente esta posición: bien arguyendo que la caducidad sirve a la estabilidad de las relaciones jurídicas, como derivación del

(31) RAJ 5104; A. BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA, seguida después por las SSTs de 10 de febrero de 1997 [RAJ 937; A. BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA, comentada por I. MIRALLES GONZALEZ: CCJC 44 (1997), § 1190, págs. 639-651 y M.ª B. FERNANDEZ GONZALEZ: RDPR septiembre (1998), págs. 669-678], 31 de diciembre de 1998 [RAJ 9776; L. MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ], 21 de julio de 2000 [ED 20367; J. R. VAZQUEZ SANDES] y 30 de septiembre de 2000 [AC (2001) 1, 57; J. R. VAZQUEZ SANDES]; doctrina que contaba con algún precedente, caso de las SSTs de 14 de octubre de 1985 [RAJ 4845; J. DE CASTRO GARCIA, comentada por C. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ: CCJC 9 (1985), § 240] y 8 de mayo de 1989 [RAJ 3672; J. LATOUR BROTONS]. Jurisprudencia seguida por numerosas sentencias de Audiencias, entre ellas, SAP Córdoba 14 de enero de 1994 [AP 44]; SAP Sevilla 11 de marzo de 1999 [ED 12427] que subraya la trascendencia del plazo para la seguridad jurídica; SAP Asturias 13 de abril de 1999 [AP 1047]; SAP Lleida 29 de diciembre de 1999 [ED 50215] donde el propósito del marido era obstaculizar el proceso de divorcio; SAP Zamora 17 de enero de 2000 [AP 35]; SAP Cantabria 4 de febrero de 2000 [ED 8641] que parece consentir circunstancias excepcionales para inaplicar el art. 136 I CC; SAP Málaga 10 de mayo de 2000 [AP 1250]; SAP Álava 10 de mayo de 2000 [AP 1251] y SAP Málaga 6 de julio de 2000 [AP 2098/2001].

principio de seguridad jurídica, bien señalando que la acción regulada en el art. 136 I CC se vincula con la presunción de paternidad matrimonial establecida en el art. 116 CC, de manera que no cabe impugnar un inexistente reconocimiento y alegar el *dies a quo* del art. 141 CC (para el error, remitido a la fecha en que se desveló).

4. *Los argumentos que fundan la duda de constitucionalidad del dies a quo previsto en el art. 136 I CC*

Las razones en apoyo de la la duda de constitucionalidad de este *dies a quo* se resumen en que vulnera la igualdad "en" la ley. El que su amparo principal sea esta regla, es la razón de que se ofrezca como duda, porque, como veremos, los márgenes de esta doctrina (las nociones de razonabilidad, proporcionalidad o los mismos criterios para seleccionar los elementos a comparar) son excesivamente laxos y están sometidos a una fuerte carga de discrecionalidad política.

A mi entender, provoca una discriminación reprochable, en primer lugar, con la impugnación de la filiación paterna matrimonial cuando ésta se estableció en virtud de reconocimiento y se impugna por error (arts. 138, 141 CC, "desde que cesó el vicio"). En segundo lugar, con la posición de la madre en la impugnación de la filiación "materna" matrimonial en el caso en que se alegue no ser cierta la identidad del hijo (art. 139 CC). Y, por último, con la impugnación de la paternidad "no" matrimonial regulada en el art. 140 I CC en el caso de la falta de posesión de estado, no valorada específicamente para el padre en la filiación matrimonial, más allá de que, al menos y en general, se impusiera un alargamiento del plazo hasta los cuatro años (art. 140 II CC). Se funda por tanto en la desigualdad prohibida por los arts. 14 y 39 de la Constitución (32).

A esta razón le acompaña una crítica a su calidad técnica, si nos

(32) Cabe esperar que el Tribunal Constitucional sancione la inconstitucionalidad de este *dies a quo*, con la lectura del ATC 57/1999, de 9 de marzo, que enfrentado a un problema idéntico (la constitucionalidad del "*dies a quo*" del art. 12 LF que lo fijaba en el conocimiento del nacimiento) resolvió desde la pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión de constitucionalidad (por la entrada en vigor del, divergente en este punto, art. 106 CF, que fija el "*dies a quo*" en el descubrimiento de las pruebas). En su fundamento jurídico 3.º, refiriéndose a la derogación de la norma cuestionada dice: "eliminada precisamente por parte del legislador con el propósito de perfeccionar en términos constitucionales [cursivas nuestras] la regulación de este puntual extremo relativo al inicio del cómputo del plazo".

atenemos a los modos en que generalmente el legislador decide el término a partir del cual deben correr las acciones: cómo se conoce o puede conocer la producción de su hecho constitutivo. Primero expondré lo defectuoso de este *dies* desde una perspectiva técnica, aunque deba recordarse que las malas leyes no son por esa razón inconstitucionales (*sub A*). Después me referiré a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la igualdad “en” la ley y su traslado al problema que nos ocupa (*sub B*).

A) Las distintas perspectivas técnicas adoptables en el establecimiento de un momento de cómputo

Los *dies a quo* de cómputo de las acciones se fijan no el momento de nacimiento de la acción o derecho en cuanto tal sino a partir del momento en que ese nacimiento afecta al titular. La regla general se contiene en el art. 1969 CC, que fija supletoriamente el *dies* en el “día en que pudieron ejercitarse”, sin que determine en qué consiste la “posibilidad de ejercicio”. Se establecen, comúnmente, a partir de ciertos elementos objetivos, de los que cabe deducir el nacimiento de la acción y que son accesibles de alguna manera al titular afectado.

Los dos modos de organizar el *dies a quo* se remiten a la posibilidad de ejercer el derecho o acción al que se refieren: posibilidad efectiva derivada del conocimiento o posibilidad en abstracto; con cualquiera de tales modos se satisface, en principio, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) (33).

El legislador sólo ocasionalmente fija ese momento desde el conocimiento “subjetivo” de su titular, tal es el caso, por ejemplo, de los art. 43 III, 76 II, 141, 646 I, 652, 1301 II 1.º, 1311, 1483 III, 1524 I *in fine*, 1690 I y 1968. 2.º CC. Parece que el conocimiento efectivo goza de preferencia

(33) Este es el verdadero sentido de la “posibilidad” del art. 1969 CC, que no es único sino plural, como posibilidad objetiva o subjetiva, aunque en general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (magníficamente recogida por M. ALBALADEJO GARCÍA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXV. 2.º, dir. M. ALBALADEJO/S. DIAZ ALABART, Edersa, 1994, *sub art.* 1969 CC) opte por el criterio de la “cognoscibilidad” del hecho que genera la acción, con independencia de que el titular lo conozca o no y con independencia de que ello se deba a impedimentos personales. Véanse, también, sobre este precepto, B. GOMEZ CORRALIZA: *La caducidad*, Madrid, Montecorvo, 1990, págs. 217-225; y F. J. MUÑOZ JIMÉNEZ: “El inicio de la prescripción y el cómputo de sus plazos”, *Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, F. J. FERNANDEZ URZAINQUI (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial XIV, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 181-250.

legal cuando entra en colisión con un plazo fijado objetivamente (caso de los arts. 1301 *in fine* y 1524 I CC). Criterio de colisión congruente con el fin principal de estas normas: que el titular de una acción tenga la posibilidad efectiva de ejercerla.

El más frecuente es el segundo modo, que se remite a elementos "objetivos", que posibilitan abstractamente el conocimiento del nacimiento de la acción o derecho (es la regla de la "cognoscibilidad"). Podríamos decir que se configura al modo de las presunciones (recuérdese el derogado art. 1253 CC): deduce del hecho establecido el conocimiento.

Los elementos objetivos suelen referirse a hechos o situaciones de los que, según una máxima de la experiencia y ciertas exigencias de diligencia y seguridad en el tráfico, se deduce la existencia del nacimiento del derecho o acción. Cuando se opta por esta posibilidad "en abstracto" son irrelevantes las circunstancias subjetivas de los afectados (conozcan o no el nacimiento, por ausencia o incapacidad), porque se remite a un modelo de diligencia en conocer, separado de las condiciones particulares de los titulares del derecho o acción.

Por lo tanto, son índices de cognoscibilidad de la situación subyacente, con lo que se logra conciliar la posibilidad efectiva de ejercer la acción para su titular (su interés se centra en poder discutir), con la fijeza y seguridad sobre los efectos del transcurso del tiempo en las acciones y derechos (interés del tráfico).

Entre estos índices de cognoscibilidad sobresalen los mecanismos de publicidad institucional de los derechos, ya sea porque se incorporan a documentos públicos (art. 1483 II CC) o porque acceden a los Registros públicos (sea éste el civil o de la propiedad, arts. 136 I, 137 II, 140 II, 1524 I CC, 32 y 34 de la Ley hipotecaria). En otras ocasiones, se establece que se ha conocido (o podido conocer) a partir del conocimiento indubitado de ciertos hechos de los que debe deducirse necesariamente el nacimiento de la acción: así, la lesión se deduce de la propia partición (art. 1076 CC) y la defectuosa utilidad de la prestación de la consumación del contrato (arts. 1301 II 2.º, 1473, 1490 ó 1496 I CC).

Aunque la fijación de un *dies* en abstracto se remita a un modelo de diligencia, desprendido de circunstancias particulares, el legislador no olvida que como circunstancia previa de este modelo, el titular del derecho o acción debe estar en condiciones de conocer, cosa que depende de su capacidad; por eso, en ocasiones, se renueva el plazo con la adquisición de la plena capacidad (tal es el caso de los arts. 75, 137 I, 140 III, 1299 II, 1301 II 3.º CC)

En nuestro caso, podría decirse que la elección del elemento obje-

tivo no es muy afortunada. Dificilmente puede deducirse del hecho simple de conocer el nacimiento el conocimiento sobre la divergencia entre la verdad biológica y la paternidad declarada. Sólo será así cuando haya una conexión directa entre el conocimiento del nacimiento de un hijo y la duda sobre la verdadera paternidad en los casos de ausencia al tiempo de la concepción probable o de indiscutible imposibilidad física. Pero en la mayor parte de las ocasiones, si el hijo es fruto de la infidelidad o deslealtad, saber de su nacimiento es insuficiente.

Pero no por ello es inconstitucional: pese a su carácter defectuoso el padre tiene la ocasión de discutir su propia paternidad.

B) El argumento principal: el *dies a quo* fijado supone un trato desigual irrazonable.

Para llegar a esta conclusión, que formulo en forma de duda, los pasos a seguir son los siguientes: el primero, exponer cuál es la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la igualdad en la ley (*sub a*); y luego aplicarla a nuestro caso, procediendo a una triple comparación, con la impugnación del reconocimiento por error (*sub b*), con la impugnación de la maternidad matrimonial (*sub c*) y con la impugnación de la paternidad no matrimonial (*sub d*). La comparación se lleva a cabo con otro tipo de impugnación (del título de determinación), con la posición de la madre al impugnar su propio vínculo y con la posición del padre no matrimonial. Trataré de valorar si la importancia de las diferencias justifica el diferente trato.

La igualdad en la ley tiene, como veremos, importantes puntos de fuga. Por ello, creo más razonable deducir una simple "duda" de constitucionalidad.

a) Exposición sucinta de la doctrina constitucional sobre la "igualdad en la ley".

La "igualdad en la ley", como límite al ejercicio del poder legislativo, se sustancia en que el autor de la norma no puede diferenciar entre situaciones sustancialmente iguales y debe establecer una proporcionalidad entre las diferencias que la norma reconoce y las consecuencias que anuda (es decir, entre el interés protegido y el sacrificado) a través de la búsqueda de una justificación objetiva y razonable a su establecimiento.

Las diferencias colocan a uno de los términos comparados en una situación mejor, si disfruta de un régimen jurídico más favorable debe haber una justificación objetiva y razonable para ello. Razonabilidad y proporcionalidad son las dos exigencias esenciales en el juicio de desigualdad constitucionalmente admisible. La diferencia de trato debe reposar en un fin objetivo y constitucionalmente aceptable (en esto consiste la razonabilidad) y a situaciones levemente disímiles no deben anudarse consecuencias radicalmente diversas (proporcionalidad) (34).

El sentido y finalidad constitucionalmente legítima de la norma es el elemento para juzgar sobre la relevancia o no de las diferencias, aunque también deba asegurarse el control de necesidad de las diferencias, esto es, las diferencias deben establecerse sólo cuando sean precisas para lograr el resultado buscado.

El juicio de razonabilidad remite a juicios de valor o a las convicciones sociales generalmente aceptadas (sobre qué merece un trato distinto y qué diferencias son arbitrarias o irrazonables), con lo cual los márgenes de libertad del legislador son bastante amplios y por tanto más difícil declarar la inconstitucionalidad de una norma por esta causa. La propia tarea legislativa se concreta en desigualar e uniformar a los sujetos. Tales márgenes han sido considerablemente ampliados por el propio Tribunal Constitucional que ha apreciado la diferencia de trato a partir de una mínima justificación y, sobre todo, por su manejo del criterio de la razonabilidad.

Debe exigirse un *plus* de razonabilidad cuando el elemento elegido para diferenciar es alguno de los especialmente sospechosos según

(34) Sobre la igualdad en la ley, I. DE OTTO Y PARDO: voz "Igualdad", *Diccionario del sistema político español*, J. J. GONZALEZ ENCINAR (dir.), Madrid, Akal, 1984, págs. 447-455; M. RODRIGUEZ-PIÑERO/M.^a F. FERNANDEZ LOPEZ: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, esp. págs. 46 y sigs.; F. REY MARTINEZ: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, págs. 39-60; y F. RUBIO LLORENTE: "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción" y "Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad", ahora ambos en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, págs. 605-632 y 633-652, respectivamente. Sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, véanse, J. SUAY RINCON: "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, II, Madrid, Cívitas, 1991, págs. 837-892; F. RUBIO LLORENTE y otros: *Derechos fundamentales y principios constitucionales. (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995, sub art. 14 Constitución, págs. 108-138; y J. M. BILBAO UBILLOS/F. REY MARTINEZ: "Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional", *La Constitución y la práctica del Derecho*, I, M. ARAGON REYES/J. MARTINEZ-SIMANCAS (dirs.), Pamplona, Aranzadi/BCH, 1998, págs. 243-339.

el art. 14 CE (v. gr. el “nacimiento”), por eso en nuestro caso debe examinarse con especial cuidado la posición del hijo en las diversas acciones (35).

El principio de igualdad en la ley puede afrontarse también desde los supuestos de hecho de las normas que se enjuician, de manera que no cabe configurarlos como diferentes cuando suponga tratar de modo distinto a personas que, desde todas las perspectivas lógicamente adoptables, se encuentren en la misma posición.

Por otra parte, aun cuando los supuestos de hecho sean distintos y sea legítimo diferenciar el distinto trato, el legislador debe respetar la exigencia de “proporcionalidad” entre el fin perseguido y los medios que emplea para satisfacerlo, proporcionalidad que deriva del propio principio de igualdad.

Por último, la restauración de la igualdad supone la creación de una norma nueva, eliminando una ventaja para algunos o bien extendiéndola a todos. En nuestro caso debe elegirse entre los distintos regímenes jurídicos en comparación, sin que quepa construir uno nuevo: por ello deberá optarse por reconducir la respuesta al tipo de mayor protección (36).

b) La comparación de la impugnación de la paternidad en sentido estricto con la impugnación del reconocimiento por error.

La desigualdad más patente se refiere a su comparación con la acción de impugnación de la paternidad matrimonial cuando se estableció en virtud de reconocimiento que luego se demuestra errado. Esta impugnación es posible en los casos en que el padre marido reconoce expresamente al nacido durante los primeros ciento ochenta días del matrimonio (art. 117 CC), cuando reconoce al hijo nacido después de los trescientos días siguientes a la separación matrimonial (art. 118 CC) o, y este será el caso más frecuente, cuando se reconoce a los hijos prematrimoniales antes del matrimonio o después de él (art. 119 CC, que en ocasiones manifiesta un reconocimiento de complacencia, pese

(35) La libertad de configuración del legislador, por ejemplo, le permite establecer un régimen favorable a la filiación matrimonial (desigual en razón del matrimonio como elemento diferenciador): el problema está en sujetar a límites el trato desigual, a partir de qué momento no es reconocible la diferencia material que el matrimonio supone en las normas diferenciadoras.

(36) Sobre este asunto, M. GONZÁLEZ BEILFUSS: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000.

a que el marido disponga para asumir la función de padre del mecanismo del art. 176. 2 II 2.^a CC) (37).

La comparación se establece entre la denominada acción de impugnación en sentido estricto con la impugnación de un título de determinación, cada una con su propio régimen jurídico, arts. 136 y 137 CC por una parte, art. 141 CC, por otra. Sólo la primera tiene efectos de cosa juzgada y teóricamente sería inoponible en la segunda la alegación de que la filiación así establecida (incluso por violencia o intimidación) es la verdadera.

En realidad, el objeto de las acciones de impugnación debe ser (es) único: el desvelamiento de la verdad biológica, con independencia del título de determinación extrajudicial (presunción o reconocimiento) y desde luego esto es evidente en el caso del reconocimiento erróneo. La causa que fundamenta la acción de impugnación en sentido estricto y la impugnación del reconocimiento por error "es la misma": la divergencia con la verdad biológica. Si una es la causa, una deber ser la acción (38).

No hay razón para diferenciar estos supuestos "desde la posición del progenitor matrimonial según su modo de determinación": si la impugnación de paternidad, en el art. 136 CC, se vincula a la vigencia de la presunción de paternidad, se coloca al marido en una posición significativamente peor respecto a la verdad biológica que la que ocupa quien tiene determinada su paternidad de otra manera.

Parece claro que el sentido de la presunción de paternidad matrimonial debe reducirse al campo de la "determinación extrajudicial" de la filiación, como reflejo fiel y sensato de una máxima de la experiencia

(37) Debe advertirse que el reconocimiento de complacencia también es impugnabile por error, en tanto que es falsa la filiación que determina: no hay ningún interés atendible en impedir tal impugnación, porque no hay terceros protegibles ni exigencias de diligencia en la averiguación de la verdad. Otra cosa es que su plazo de impugnación deba empezar a correr desde el mismo momento del reconocimiento porque desde este momento sabía la falsedad. No obstante, con esta impugnación queda patente la inutilidad e incongruencia de dos clases de acciones impugnatorias según el modo de determinación de la filiación. Como se ha puesto de manifiesto con contundencia el art. 119 CC sólo sirve para dificultar la impugnación de la filiación sobrevenidamente matrimonial sin que pueda alegarse una diferente situación material, de suyo inexistente. Véase, J. L. MOREU BALLONGA: "Matrimonialidad de los hijos por subsiguiente matrimonio de los padres", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, III, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1988, págs. 665-707.

(38) La imprescindible tutela que merece el violentado o intimidado debe tener respuesta en las normas jurídico-penales, de responsabilidad civil o con la privación de derechos o facultades a quien violenta, intimida o se aprovecha de la intimidación o violencia de un tercero.

y de una regla jurídica (art. 68 CC): los hijos de la mujer casada son del marido (39).

En este caso sugerimos una igualación por arriba, de manera que el *dies a quo* que más favorece (el desvelamiento de la verdad biológica, que es cuando “cesa el vicio”, según el art. 141 CC) se extienda al padre que impugna *ex art.* 136 CC.

c) La comparación con la impugnación por la madre de la maternidad matrimonial: el incompleto art. 139 CC (40).

La impugnación de la maternidad matrimonial no dispone de un régimen jurídico particular en nuestro Derecho, salvo la mención, en el art. 139 CC, de las causas por las que se autoriza: “la suposición de parto y no ser cierta la identidad del hijo”. De manera que normalmente se entiende que su régimen jurídico debe ser el propio de la impugnación de la “paternidad” matrimonial (41).

Ahora bien, para que la enumeración específica de las causas tenga algún sentido (toda vez que son reconducibles a la falsedad biológica de la filiación declarada), debe extraerse alguna consecuencia de su mención en las dos cuestiones propias de cualquier régimen jurídico de una acción impugnatoria: quién y durante qué plazo. En lo que afecta a la legitimación activa se salva la alegación de la propia torpeza en el caso de la suposición de parto, que es una conducta penalmente relevante (arts. 220-222 del Código penal). En lo que se refiere a su plazo de ejercicio, el conocimiento de la falta de identidad del hijo parido con el determinado será el *dies a quo* de la acción impugnatoria por esta causa, si se fijara otro *dies* la mención de esta causa en el art. 139 CC sería absurda.

No hay ninguna razón para desigualar a los progenitores con respecto al hecho de su propia filiación, aunque, eso sí, la impugnación

(39) Sobre el fundamento de la presunción de paternidad matrimonial, F. RIVERO HERNANDEZ: *La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1971, esp., págs. 206-287; y R. VERDERA SERVER: *Determinación y acreditación de la filiación: en especial el establecimiento jurídico de la paternidad del marido de la madre*, Barcelona, J. M.ª Bosch editor, 1993, esp. págs. 150-157.

(40) En el caso RASMUSSEN [STEDH de 28 de diciembre de 1984, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 56 (1985), págs. 1513-1525] se pretendía por el padre la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial sin sujetarse a plazo porque la madre podía hacerlo de tal modo. Se predica la igualdad de los progenitores entre sí cuando impugnan su propio vínculo.

(41) Así, PEÑA: *Comentarios reformas Derecho de familia*, I, sub art. 139 CC [nota 8], pág. 1006.

de la maternidad repercute en la filiación paterna en razón de la indivisibilidad de la filiación matrimonial.

d) La comparación con la impugnación de la filiación no matrimonial en general.

La última desigualdad se refiere a la comparación con la filiación no matrimonial, regulada en el art. 140 CC. En esta disciplina observamos la relevancia que se asigna a la posesión de estado, hasta el punto de determinar el régimen de la acción (párrafos primero y segundo) y el empeoramiento de la posición de los hijos no matrimoniales en la estabilidad de su relación (si nos atenemos a quiénes y durante qué plazo pueden impugnar) sin que, me parezca, la matrimonialidad en la determinación extrajudicial de la filiación justifique tan distinto trato en la impugnación judicial.

La matrimonialidad debe reconocerse, en esta sede, en la posibilidad de que se dispense un trato de favor en la determinación, porque es distinta la situación material de partida. Pero una vez que se ha optado por un medio de determinación y ha merecido el amparo legal no hay razón para menospreciarlo en su impugnación. Si el reconocimiento parte, como la presunción de paternidad matrimonial, de una razonable máxima de la experiencia (sólo se reconocen los hijos que se creen propios) y se ordena como el mecanismo principal para la determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial (art. 120. 1.º CC), no es sensato disminuir su eficacia permitiendo, con más amplitud de legitimados y plazos, su impugnación.

La estabilidad del matrimonio puede estipularse dentro de las relaciones conyugales pero no parece igualmente sencillo para las relaciones paterno-filiales, en las que es indiferente que los padres estén o no casados entre sí en punto a ser hijos. La utilidad de esta comparación estriba en que el régimen jurídico de la impugnación no matrimonial ordena una duración de la acción más favorable para los progenitores (cuatro años "con" posesión de estado), lo que impondría una igualación por arriba en la duración de la impugnación de la paternidad matrimonial.