

LA PREVISIBLE REFORMA DEL DERECHO DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN. ALGUNAS PROPUESTAS

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

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA FILIACIÓN. 1. *El interés del hijo, en particular cuando es "menor" de edad.* 2. *La verdad biológica y el derecho a conocer el propio origen.* 3. *La igualdad en la ley.* 4. *El personalismo de la relación de filiación.* 5. *La filiación es, de modo prevalente, una institución de protección del hijo.* III. LAS CONTROVERSIAS MÁS FRECUENTES EN LA JURISPRUDENCIA. IV. LA REFORMA "LIMITADA" DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN. 1. *La legitimación del progenitor en la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial en ausencia de posesión de estado.* 2. *El dies a quo de cómputo de las acciones de impugnación.* 3. *Límites o restricciones admisibles al dies a quo de cómputo en la impugnación.* 4. *Límites o restricciones admisibles a la legitimación del progenitor en la reclamación.* V. LA REFORMA "EXTENSA" DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN. 1. *El régimen de las acciones, sean de reclamación o de impugnación, debe ser "indiferente" al matrimonio de los progenitores.* A) *Las acciones de reclamación.* B) *Las acciones de impugnación.* 2. *La supresión de la posesión de estado como criterio que discierne la legitimación activa y el plazo del ejercicio de las acciones.* 3. *La legitimación activa debe restringirse a los progenitores y al hijo y, en su caso y con limitaciones temporales, a los descendientes del hijo.* 4. *El ejercicio de las acciones por el representante legal del hijo debe estar sometido a controles específicos, en particular en caso de impugnación.* 5. *El plazo de ejercicio de las acciones debe reducirse y simplificarse y también debe unificarse el dies a quo de cómputo.* 6. *El régimen de impugnación debe ser único con independencia del título de determinación, salvo para la impugnación del reconocimiento otorgado mediante violencia o intimidación.* 7. *La extensión de las acciones de mera determinación.* VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Las sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, 156/2005, de 9 de junio, 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero obligan al legislador a modificar los artículos 133 y 136 del Código civil. En este trabajo se proponen dos modelos de reforma: una limitada y otra extensa. La primera consiste en modificar los artículos 133 I y 136 I así como, por razones de armonía legal, el *dies a quo* de cómputo de las acciones acogidas en los artículos 137 y 140. La segunda aborda la reforma íntegra del Derecho de las acciones de filiación desde la experiencia judicial y los valores y derechos constitucionales.

PALABRAS CLAVES: acciones de filiación, Código civil, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

Constitutional Court Sentences 138/2005, of May 26th, 156/2005, of June 9th, 273/2005, of October 27th, and 52/2006, of February 16th, force the Government to modify articles 133 and 136 of the Civil Code. Two reform patterns, a limited and an extended one, are suggested in this paper. The first one consists of modifying articles 133 I and 136 I as well as the *dies a quo* for the actions granted in articles 137 and 140. The second one would embrace an overall reform of the Law of filiation actions, considering the judicial practice and the constitutional values and rights.

KEY WORDS: Filiation Actions, Civil Code, Constitutional Court.

I. INTRODUCCIÓN (1)

Las sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, primero (reiterada en la 156/2005, de 9 de junio) y la sentencia 273/2005, de 27 de octubre, después (reiterada en la 52/2006, de 16 de febrero), han declarado inconstitucionales por omisión los artículos 136 I y 133 I CC, respectivamente. En ellas se obliga al legislador a reformar al menos esos preceptos para salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva del padre matrimonial que impugna su filiación en el primer caso, y del progenitor no matrimonial que la reclama, sin posesión de estado, en el segundo (2).

(1) Dedico este trabajo, con afecto y respeto, al Profesor Francisco RIVERO HERNÁNDEZ.

(2) Las SSTC 138/2005 y 156/2005, sobre el art. 136 I CC, han merecido diversas posiciones críticas, así puede verse Susana QUICIOS MOLINA: "La impugnación de la paternidad matrimonial. Estado de la cuestión tras las SSTC 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio", *DpyC* n.º 19 (2005), pp. 259-318; Roncesvalles BARBER CÁRCAMO: "Hacia la pacificación de la acción de impugnación de la filiación marital", *ArC*

El Tribunal Constitucional juzga inadecuada la declaración de nulidad de estos preceptos (que justifica en su doctrina de que no hay una vinculación necesaria entre declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la norma) puesto que en ambos casos propiamente se trata de una omisión del legislador o, con más rigor, de una exclusión *ex silentio*, y por ello es preferible que sea el propio legislador el que supla su omisión del modo que juzgue más conveniente. Así, el Tribunal Constitucional encomienda al legislador una tarea positiva de reforma de estos preceptos para acomodarlos a la interpretación que propugna de cada uno de ellos.

Expresamente, respecto al art. 136 CC, dice la STC 138/2005, FJ 6.º: “La inconstitucional apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición institucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, FJ 6.º) el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9. 3 CE) el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE)”. De un modo semejante se pronuncia en la STC 273/2005, FJ 9.º, relativa al art. 133 I CC, aunque añade la posibilidad de que el legislador introduzca límites a la legitimación activa del progenitor, de manera que: “regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE)”.

El legislador no está sujeto a un plazo para reformar estos preceptos, de modo que es muy difícil predecir cuándo emprenderá la tarea. Justamente para poner coto al arbitrio del legislador en estos casos el *Proyecto de Ley orgánica por el que se modifica la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* establece en su artículo 39. 3 lo siguiente: “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para

18 (2005); y José Ramón GARCÍA VICENTE: “Comentario a la STC 138/2005, de 26 de mayo”, *CCJC* 70 (2006) § 1882. La STC 273/2005, de 27 de octubre, sobre el art. 133 CC, también ha sido comentada por Susana QUICIOS MOLINA en *CCJC* 71 (2006), pendiente de publicación, buena amiga a la que agradezco que me haya facilitado el original.

que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia" (3).

En este trabajo trataré de desarrollar las distintas opciones que, a mi juicio, podría seguir el legislador para cumplir la obligación que pesa sobre él. La exposición que sigue se refiere al Derecho "estatal" de las acciones de filiación. No obstante, algunas de estas reflexiones pueden trasladarse al Derecho navarro en la medida en que son patentes las semejanzas entre las leyes 70 *impugnación b)* y 71 *Acción de declaración b)* de la Ley 1/1973, de 1 de marzo por el que se aprueba la Compilación de Derecho Civil de Navarra o Fuero Nuevo, por una parte y los arts. 133 y 136 del Código civil, por otra.

En todo caso, parece aconsejable, al menos, mejorar la redacción de los preceptos relativos a las acciones de filiación. Como se ha dicho: "La regulación que el Código civil contiene de las acciones de filiación es extremadamente casuística: quizás por ello no resulte bien ordenada. De hecho aparecen preceptos cuya *ratio* no se identifica muy bien, e incluso, por paradójico que parezca, hasta se producen ciertas lagunas –evidentemente no queridas por el legislador–, al escapársele algunos supuestos" (4).

La reforma necesaria de los arts. 133 I y 136 I CC tal vez sea una buena ocasión para sugerir una reforma de mayor alcance, al margen de la de aquellos otros preceptos que, por razones de pura congruencia, deben modificarse, esto es, al menos, los arts. 136 III, 137 y 140 II CC. Desde esta perspectiva, probablemente la inclusión del progenitor en el artículo 133 del Código civil (salvo que se introduzcan los límites al ejercicio de la acción a que se refiere el Tribunal Constitucional) privará de sentido a la conservación de un régimen diferenciado entre las acciones de reclamación según que la filiación sea matrimonial o no matrimonial cuando "falta" la posesión de estado, toda vez que ya existe un único régimen cuando hay posesión de estado (art. 131 CC). La única diferencia entre los arts. 132 I y 133 I CC (sus segundos párrafos tie-

(3) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, A 60-1, de 25 de noviembre de 2005.

(4) Así, Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ: "Acciones de filiación. Algunos aspectos sustantivos", *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1994, pp. 155-170, p. 157. Los evidentes defectos de técnica legislativa de la regulación de las acciones de filiación han sido puestos de manifiesto analíticamente por Pablo SALVADOR CODERCH: "Dogmática jurídica y teoría de la legislación", *Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho civil*, Oñati, HIEE/IVAP, 1983, pp. 151-169.

nen el mismo contenido) radica en que no se menciona al progenitor en la filiación no matrimonial, omisión que es la que se ha declarado inconstitucional.

Para sugerir el alcance de la reforma debemos partir de los siguientes extremos: por una parte, de los principios en que se inspira el Derecho de la filiación y la interpretación que de ellos ha formulado el Tribunal Constitucional. En realidad el propósito es dilucidar a qué obliga la Constitución y qué permite al legislador: la conclusión es clara, la libertad de configuración del legislador es bastante extensa (*infra* II). Por otra parte, parece oportuno dar cuenta de las controversias más frecuentes en esta materia que, al menos, justifica la sensatez de simplificar ciertas reglas y de legalizar otras (*infra* III).

A la vista de estos presupuestos la reforma del Derecho de las acciones de filiación puede abordarse con dos perspectivas de política jurídica distintas.

Según la primera, bastará con la reforma de los preceptos concernidos por las sentencias del Tribunal Constitucional (arts. 133 y 136 CC) y de aquellos otros respecto a los que esta tarea también es exigible por razones de armonía legal (arts. 132, 137, 140 CC): es la que podemos denominar reforma "limitada" (*infra* IV). Según la segunda, la reforma puede abordarse con miras más amplias a la vista de la experiencia acumulada desde la entrada en vigor del régimen establecido en el Código civil en virtud de la Ley 11/1981, de 13 de mayo y de la interpretación constitucional de ciertos derechos y principios, así como de la patente evolución de las convicciones sociales (*infra* V).

Se opte por una u otra reforma hay algunas decisiones de política legislativa que podrían tomarse, aunque el legislador no haya puesto mayor empeño en hacerlo. Me refiero, en primer lugar, a la unificación del régimen de la filiación ahora disperso entre el Código civil y la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA).

No obstante este asunto parece ahora impertinente porque el nuevo texto de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida aborda la filiación derivada de tales técnicas (en sus arts. 7 a 10, de un modo por lo demás muy semejante al recogido en la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida, LTRA) sin que se haya suscitado durante el trámite parlamentario discusión alguna sobre la procedencia de esta regulación única. No obstante, como el propio Tribunal Constitucional advierte esta unificación no es una exigencia constitucional sino, si acaso, una exigencia de buena técnica legislativa. Así la STC 116/1999, de 17 de junio, FJ

14.º señala que: “no existe precepto constitucional alguno que obligue al legislador a reunir en un solo texto normativo todo el Derecho de familia (STC 72/1984, FJ 5º)” (5).

En segundo lugar, deberían armonizarse las normas sobre impugnación judicial de la filiación con las normas registrales sobre impugnación y rectificación de los asientos registrales. En las acciones de impugnación de los asientos registrales se pretende la invalidez del título por algún defecto procedimental o bien porque infringe una norma imperativa. Como procedimiento de jurisdicción voluntaria se sujeta a sus reglas (arts. 1811 y siguientes LEC 1881) y se le aplica el régimen de la nulidad de los actos procesales (arts. 238 a 243 LOPJ y 225 a 231 LEC) (6). Me parece que este procedimiento de impugnación, si acarrea la desaparición del título de determinación, debe conjugarse con los lí-

(5) Algunas observaciones a los arts. 7 a 10 de la nueva LTRHA, aunque en materia de filiación son pocas las novedades porque eran (son) otras las preocupaciones del legislador: la *Exposición de Motivos* ignora la cuestión. En primer lugar, carece de sentido la prohibición contenida en el art. 7. 2 porque no hay donde manifestar en la inscripción de nacimiento circunstancia de tal índole (arts. 165 a 170 RRC). En segundo lugar no es necesario tampoco, en el caso en que pueda fecundarse a la mujer no casada con los gametos de varón que consintiese específicamente tal fecundación (dicho sea de paso, con independencia de que sea o no su compañero *more uxorio*), establecer que si no logra la determinación extrajudicial de la paternidad siguiendo el expediente registral regulado en el art. 49 LRC, quedará “a salvo la reclamación judicial de paternidad” (art. 8. 2). No es necesario porque la inmunidad o anonimato sólo se garantiza para el caso de inseminación heteróloga por donante “desconocido”. Ni se entiende tampoco, en tercer lugar, que se establezca la prohibición de impugnar cuando los progenitores no están casados entre sí, a diferencia de lo establecido para los que sí lo están (art. 8. 1). En cuarto lugar, es superfluo, una vez fijada la invalidez del contrato de gestación por sustitución y reiterada que la filiación materna en tal caso “será determinada por el parto” (art. 10. 2) señalar que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Padre solo puede ser, salvo los casos consentidos de exclusión en la propia LTRHA, el que aportó el material genético. En quinto lugar, es sorprendente la insistencia en las menciones al “marido” o al “varón no casado” (arts. 8 y 9 LTRHA) a la vista de la nueva regulación del matrimonio en virtud de la Ley 13/2005, de 1 de julio. Por último son desafortunadas tanto la ubicación del art. 9. 2 I como el tenor literal del art. 26. 2. b) 8.º Véase sobre las posibles reformas, entre otros, los trabajos compendiados en el volumen *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*, Ana DÍAZ MARTÍNEZ (coord.), Dykinson, Madrid, 2005 o las innumerables propuestas formuladas por Marina PÉREZ MONGE: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

(6) Sobre la cuestión, Manuel PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, IV-3.º, Manuel ALBALADEJO/Silvia DÍAZ ALABART (dirs.), Edersa, 1997, *sub* art. 49 LRC, pp. 171-282, especialmente p. 280-282. En lo que atañe a la jurisdicción voluntaria, el *Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria* (2005) no ha regulado específicamente este asunto.

mites sustantivos a las acciones judiciales de impugnación, límites que deben respetarse en todo caso (arts. 6. 4 CC y 11. 2 LOPJ).

Junto a la reforma de las normas sustantivas sobre las acciones de filiación cabe enumerar aquellas otras que, aunque afecten a las reglas procesales, son del mayor interés, porque son esenciales para la eficacia de cualquier sistema de acciones de filiación. Bien es verdad que, en este caso, el problema principal no reside en la mejora técnica de ciertas normas, sino en su aplicación.

La piedra de toque de las acciones de filiación se halla en la prueba del hecho de la generación, en particular, en las pruebas biológicas (arts. 39. 4 CE y 767. 2 LEC), sobre todo para decidir su práctica coactiva así como los problemas del sometido a ella, sea menor, incapaz o fallecido. Otras reglas procesales y los problemas que generan no pueden resolverse a través de reformas legales. Me refiero al requisito de la aportación de un principio de prueba de los hechos en que se funde para la admisión de la demanda (art. 767. 1 LEC): su interpretación jurisprudencial ha vaciado de sentido a este control previo. Por otro lado, en muchas ocasiones los procesos de filiación se reducen a una enumeración de los hechos que superan el que pudieramos denominar “*test* de suficiencia probatorio”: esto es qué hechos deben acreditarse para que con la negativa injustificada a la práctica de la prueba biológica quepa determinar o destruir la filiación declarada (art. 767. 3 y 4 LEC), hechos que en general consistirán en aquellos que acrediten la probabilidad de relaciones sexuales al tiempo de la concepción (convivencia, relaciones afectivas o de otro signo) o la conducta del progenitor sedicente admitiendo su condición (fotografías, bautizos, posesión de estado) (7).

II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA FILIACIÓN.

Los principios fundamentales en que pudiera inspirarse la reforma, principios inevitablemente encontrados y por tanto de difícil acomodo,

(7) Los términos de la controversia están bien expuestos en José Manuel BUSTO LAGO: “Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa””, *Dp y C* n.º 19 (2005), pp. 7-54. Controversia que no cesa, como puede deducirse de la recentísima STC 118/2006, de 24 de abril, que anula la STS 27 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 1039) por “falta de motivación”. Sobre las pruebas biológicas en general la literatura es vastísima, cabe destacar últimamente el valioso trabajo de Corona QUESADA GONZÁLEZ: “La prueba del ADN en los procesos de filiación”, *ADC* (2005) II, pp. 493-594, y allí más referencias.

son los siguientes: el interés del hijo, en particular cuando es menor; la verdad biológica; la igualdad entre los hijos y progenitores con independencia de que la filiación sea o no matrimonial; el personalismo de la filiación y, por último, la eventual desvinculación entre filiación e instituciones de protección de los hijos (8).

Cabe advertir que en cierto modo su enumeración predispone una u otra solución y el carácter variable de alguno de ellos contribuye a que las afirmaciones que vierta más adelante sean susceptibles de controversia (9). En todo caso el Derecho de las acciones de filiación tiene unos fines modestos: fijar o desmentir quién es hijo y/o progenitor. De modo que no pueden resolverse en su seno todos los problemas propios de las relaciones de filiación, ya sea como institución de protección, o como presupuesto de relaciones patrimoniales o de otra índole. Ni tampoco pueden incluirse, sin que se produzcan graves distorsiones del sistema, juicios de conveniencia o de mérito *ex ante*: los padres son los que son aunque no convenga que lo sean. Veámoslos por separado con algún detalle.

1. El interés del hijo, en particular cuando es "menor"

El interés del hijo no es unívoco y tiene un contenido distinto según que el hijo sea o no menor de edad y, en sede de acciones de filiación, según se trate de acciones de reclamación e impugnación. Este interés es el que fundamenta la regla constitucional del art. 39. 2 CE y es el que goza de prevalencia legal, reiterada en distintas normas (en particular, los arts. 2 y 3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor) (10).

(8) Una excelente exposición de los problemas que suscita el Derecho de la filiación es la que suministra Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de familia*, José Luis LACRUZ BERDEJO/Francisco de Asis SANCHO REBULLIDA/Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Barcelona, J. M.^a Bosch Editor, 1989, 2.^a edición, § 46 y también el mismo autor en *Comentario al Código civil. II. 2.º. Libro Primero (Títulos V al XII)*, J. RAMS ALBESA/R. M.^a MORENO FLÓREZ (coords.), Barcelona, J. M.^a Bosch Editor, 2000. La STC 138/2005, FJ 4.º enumera también los valores constitucionales que juzga relevantes en la regulación de la filiación.

(9) En buena medida sostengo aquí ideas ya expuestas en otra ocasión, José Ramón GARCÍA VICENTE: "Los principios del Derecho de las acciones de filiación", *ArC* 5 (2004), pp. 15-29.

(10) Sobre el interés del hijo menor Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, *passim* y José Manuel RUIZ-RICO RUIZ/María José GARCÍA ALGUACIL: *La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa*, Aranzadi, 2004, especialmente, pp. 59 y ss.

Puede manifestarse en los siguientes aspectos: por una parte, el interés en la “veracidad”, que se conecta con el conocimiento de la verdad biológica, toda vez que la identidad se configura desde el conocimiento del propio origen. En este sentido solo se satisface por aquellas normas que permitan, incondicionadamente para él, la averiguación de la verdad o el desvelamiento de la falsedad.

El segundo aspecto es el interés en la “protección”, prevalente durante la minoría de edad del hijo aunque alguno de sus contenidos se prolonguen más allá de la minoría (art. 39. 3 y 4 CE): así para la obligación de alimentos (arts. 143 y 144 CC) o para los llamados a desempeñar los cargos tutelares en caso de incapacidad del hijo (art. 171, 234 y 291 I CC). La consideración de la realidad biológica que subyace a la relación de filiación se justifica desde la perspectiva constitucional en razón de las obligaciones que entraña para los progenitores, obligaciones cuyo beneficiario es el hijo (art. 39. 3 CE). Dicho de otro modo la protección de los hijos debe ser soportada por quienes son biológicamente progenitores suyos, aunque, en ocasiones, no se anude su establecimiento a la titularidad de funciones tuitivas (entre otros, arts. 110 y 111 CC).

El tercer aspecto del interés del hijo es el interés en la “estabilidad” de la filiación declarada: el hijo tiene interés en que no pueda debatirse indefinidamente la filiación legalmente establecida, sobre todo cuando la controversia se sostenga por los progenitores o por terceros.

2. La verdad biológica y el derecho a conocer el propio origen

La Constitución vincula, como no podía ser menos, la relación jurídica de filiación con la naturaleza: padres son quienes lo sean biológicamente. La búsqueda de la verdad se constituye en un principio esencial del Derecho de filiación, cuya intensidad debe ser mayor dentro de la determinación judicial de la filiación (con su efecto de cosa juzgada) que en la determinación extrajudicial, en la que es razonable que cobre mayor valor la autonomía de los progenitores e hijo. Tal principio, que ha merecido una interpretación desigual, se deduce del art. 39. 2 *in fine* CE que estipula que la ley posibilitará la investigación de la paternidad.

El principio se manifiesta en dos aspectos: por una parte, en la construcción del derecho a conocer el propio origen biológico; por otra, en su influencia en la conformación de los procesos de filiación, esencialmente inquisitivos y con un fuerte componente público.

En este punto creo que puede sostenerse que hay un derecho a conocer el propio origen biológico del que es titular el hijo y que justifica que, al menos él, pueda reclamar o impugnar la filiación con la destrucción en su caso de la filiación contradictoria. Puede considerarse como un derecho o como un interés legítimo que necesita de la intermediación legal para su satisfacción, y no es en absoluto pacífica su calificación, sobre todo si es un “derecho fundamental” emanado del art. 10 CE o bien un derecho de configuración legal. Los límites admitidos en la STC 116/1999 respecto al anonimato del progenitor (en la donación heteróloga) contribuyen a reforzar la afirmación de su carácter puramente legal (11).

Dice la STC 116/1999 en su FJ 15.º: “En efecto, la Constitución ordena al legislador que “posibilite” la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art. 39. 2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad.

No es éste el caso de la previsión contenida en el art. 5. 5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual recla-

(11) Sobre el derecho a conocer el propio origen biológico, sus titulares, calificación y límites, véanse, Corona QUESADA GONZÁLEZ: “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *ADC* (1994) II, pp. 237-303; Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 13 de febrero de 2003)”, *Actualidad Civil* (2003) 2, pp. 593-632 y “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona a conocimiento de su origen biológico”, *RJCat* 1 (2004), pp. 105-134; Ramón DURÁN RIVACOBÁ: “El anonimato del progenitor”, *ArC* 4 (2004); y Nuria MAGALDI: *El derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004.

mación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39. 2 de la Constitución”.

No parece tan sencillo atribuir tal derecho (o interés) al progenitor: aunque probablemente el saber quiénes son los propios hijos satisfaga la propia dignidad del progenitor.

Como afirma la STC 13/2005, FJ 4.º el mandato del art. 39. 2 CE “guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10. 1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona”.

Un derecho o interés de esta clase justifica las normas sobre el conocimiento de la verdad o la reserva en materia de filiación adoptiva y también es la clave de la acción de mera declaración en la filiación adoptiva (art. 180. 4 CC) y también sirve para restringir el número de los legitimados activamente en las acciones de filiación, en tanto que solo los hijos y/o los progenitores son titulares del derecho a conocer el propio origen. La verdad biológica, por último, obliga a sacrificar la denominada paz familiar, que puede estar fundada en relaciones biológicamente falsas, y también se sobrepone al valor que quepa atribuir a la posesión de estado.

3. La igualdad en la ley

El principio de igualdad “en la ley” expresado en el art. 14 CE tiene una relativa eficacia más allá de las discriminaciones absolutamente vedadas puesto que el legislador goza de un amplio margen de apreciación sobre las diferencias normativas razonables. La igualdad “en la ley” exige que la distinta regulación que pueda establecerse respecto a casos semejantes tenga un fundamento objetivo y razonable. Es decir, la diferencia debe residir en un distinto sustrato material que imponga, según criterios de proporcionalidad y necesidad susceptibles de compartirse, una regulación diferente. Rige el denominado juicio de mínimos: las diferencias normativas aceptables y rechazables así como el juicio de proporcionalidad depende de variables convicciones políticas o sociales a las que la Constitución otorga amparo (12).

(12) Sobre la igualdad en la ley, véase, con más referencias, David GIMÉNEZ GLÜCK: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004. La doctrina

La igualdad en la ley ha sido alegada y rechazada por el Tribunal Constitucional cuando se ha enfrentado a la constitucionalidad de los arts. 136 I y 133 I CC (SSTC 138/2005 y 273/2005) y tiene buen sentido práctico hacerlo. Sobre todo cuando le cabe al propio Tribunal recurrir a otro derecho o principio en que apoyar su juicio: el principio de igualdad en la ley es acusadamente “político” (13).

No obstante, me sigue pareciendo que la igualdad en la ley debe imponerse en sede de acciones de filiación. Por el contrario la desigualdad tiene razón de ser en la determinación extrajudicial de la filiación, en la medida en que hay que reconocer una distinta posición de los progenitores respecto al hecho de la filiación según que estén o no casados entre sí. La matrimonialidad cumple una evidente función en los modos extrajudiciales de determinación de la filiación, puesto que contribuye a su certeza, en razón de los presupuestos y efectos propios del matrimonio (los deberes de convivencia y fidelidad, arts. 67 a 69 Cc) y de los criterios de normalidad generalmente admitidos (los hijos de la esposa suelen ser del marido, aunque cabe advertir que esas reglas de normalidad son susceptibles de extenderse a los convivientes “more uxorio”). Esta función se plasma en la presunción de paternidad matrimonial (art. 116 Cc).

4. El personalismo de la relación de filiación

El carácter íntimamente personal de la filiación es un principio que ha encontrado una recepción más amplia en otros ámbitos y que en se-

del Tribunal Constitucional sobre la igualdad en la ley se resume en la fundamental STC 44/1988, de 12 de julio, FJ 1.º; luego completada por las SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9.º; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3.º; 152/2003, de 17 de julio, FJ 5.º C); 53/2004, de 15 de abril, FJ 2.º; 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3.º y 57/2005, de 14 de marzo, FJ 3.º. Por otra parte, precisa esta doctrina en lo que concierne a la diferencia de trato entre grupos o categorías de personas, en particular en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10.º. Por último, explican los casos de situaciones homogéneas o equiparables sin las cuales no cabe repudiar una norma por contradecir el principio de igualdad las SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6.º; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5.º; 212/1993, de 28 de junio, FJ 6.º; 80/1994, de 13 de marzo, FJ 5.º; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3.º y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5.º

(13) Propugnó la inconstitucionalidad de la exclusión del art. 133 I CC por contrario a la igualdad en la ley, José Ramón GARCÍA VICENTE: “Comentario a la STS 20 de junio de 2000”, CCJC 55 (2001), § 1492, sub 1. e). También la del art. 136 I CC, José Ramón GARCÍA VICENTE: “La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio”, *Dp y C* n.º 15 (2001), pp. 1-34.

de de acciones de filiación debería cobrar una mayor importancia: en concreto, en la legitimación activa o pasiva para el ejercicio de las acciones. Este entendimiento es ahora una convicción social extendida: es difícilmente admisible que cualquier tercero pueda inmiscuirse en las relaciones de filiación o que sus efectos patrimoniales puedan determinar el régimen del ejercicio de las acciones.

De igual modo, este principio pone al descubierto algunas paradojas: así, por ejemplo, que el legislador someta a variados controles la conducta de los representantes legales de los menores cuando tal representación afecta a ciertos aspectos de la esfera personal de los menores sometidos y, por el contrario, no establezca un control específico cuando de las acciones de filiación se trata (14). O también la reiterada legitimación de los herederos del hijo o del progenitor para ejercer las distintas acciones o incluso la mención de cualesquiera que ostente un "interés legítimo" o resulte "perjudicado" por la filiación determinada. En estos últimos casos, para dotar de sentido a tales menciones, debe considerarse que tales sujetos son distintos a los mencionados expresamente.

5. La filiación es, de modo prevalente, una institución de protección del hijo

Por último, el Derecho de filiación se apoya en un principio que está presente en las normas sobre filiación adoptiva (art. 180. 4 CC) y que podría extenderse con más fuerza también en la filiación por naturaleza, aunque aparezca en ella de manera ocasional (así en la filiación establecida en un proceso penal, art. 111 CC). Cabe enunciarlo del siguiente modo: es posible la desvinculación entre filiación e instituciones de protección de los hijos. O mejor cabe desvincular la relación biológica de la jurídica, de manera que puede establecerse la denominada "paternidad social" (15). La cuestión de la "paternidad social" fundamenta las accio-

(14) El Tribunal Supremo ha corregido esta incongruencia con una solución que carece de justificación normativa: en el caso de acciones de impugnación exige el nombramiento de un defensor judicial al hijo menor (art. 163 CC). En particular con la STS 5 de junio de 1997 (RJ 1997, 4605). Sobre este asunto, *infra* III.

(15) Encarna ROCA I TRÍAS: *Familia y cambio social. (De la "casa" a la persona)*, Madrid, Cívitas, 1999, pp. 243-257 al enunciar los principios que ordenan la relación de filiación como técnica jurídica ideada para proporcionar a los nacidos un sistema de protección durante su minoría de edad, principios que deduce de la Constitución incluye además de la verdad biológica y la igualdad, el que denomina "paternidad social" (referida a la protección que ofrecen los particulares a los menores en situación de desamparo, en los casos de acogimiento, guarda o adopción).

nes de mera determinación, la eventual desvinculación entre realidad biológica y jurídica y también puede ser el cauce a través del cual reconocer eficacia en este ámbito a la posesión de estado. Igualmente justifica establecer lazos jurídicos de protección al margen de los biológicos como ocurre en las familias reconstituidas (16).

La separación entre determinación de la filiación y nacimiento de una institución de protección no debe ser, no es, un criterio deseable. Pero nada lo impide; bien porque la determinación sólo tenga por fin conocer el propio origen (como ocurrirá en los casos de filiación adoptiva); o bien porque las circunstancias que rodearon la generación hagan inaceptable el nacimiento de una institución de tanta intensidad tuitiva como es la patria potestad (por ejemplo, en el caso de la filiación derivada de la comisión de un delito contra la libertad sexual). De igual modo es razonable en aquellos casos en que se desempeñan pacíficamente funciones tuitivas aunque no estén justificados en lazos biológicos: así los casos de las denominadas familias reconstituídas.

III. LAS CONTROVERSIAS MÁS FRECUENTES EN LA JURISPRUDENCIA

Una de las razones que invita a promover la reforma del Derecho de las acciones de filiación es su práctica judicial (17). La jurisprudencia de los últimos veinticinco años (1981-2006) presenta el siguiente panorama de controversias que enumero según su frecuencia ante el Tribunal Supremo. En primer lugar, el caso más común al que se enfrentan los Tribunales, es el ejercicio de una acción de reclamación de paternidad no matrimonial por la madre en representación legal del hijo menor de edad frente al sedicente progenitor. En estos supuestos, los problemas más importantes son los probatorios y también los relativos a los efectos de la filiación pretendida, en particular, el derecho de visita y la obligación de alimentos. No obstante, también se debate la legitimación de la madre como representante legal, las más de las veces porque no ha con-

(16) Sobre la familia reconstituída, véase Margarita GARRIGA LORINA: "Las relaciones paterno filiales de hecho", *Indret* 3/2004, working paper de Derecho catalán n.º 13; y también *ídem*: "Les relacions paterno-filials de fet (I) y (II)", *RJCat* n.º 1 (2005) y n.º 4 (2005).

(17) Un panorama semejante puede verse en QUICIOS: *Dp y C* n.º 19 (2005), pp. 266-277. Véase también el interesantísimo trabajo de Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: "Acerca de cierta jurisprudencia relativa a acciones de filiación. (¿Deconstrucción, reconstrucción de su régimen jurídico?)", *Revista Poder Judicial* n.º 75 (2004), pp. 57-115.

currido con ese título sino como si ejerciera un interés propio, cuando carece de legitimación autónoma para reclamar (art. 133 I CC). La jurisprudencia normalmente recalifica la posición de la madre como “representante legal” al amparo antes del art. 129 CC y ahora del art. 765. 1 LEC, para evitar un resultado que se estima injusto (18).

En muchas menos ocasiones es el propio hijo el que reclama una vez alcanza la mayoría de edad: sobre todo ocurre en personas nacidas antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981 que o bien no disfrutaban de legitimación activa o bien estaban sujetos a rigurosas restricciones probatorias. En estos supuestos con frecuencia el progenitor demandado ya ha fallecido y la acción de filiación se acumula a otras de naturaleza sucesoria.

En segundo término, la impugnación de la paternidad matrimonial que pretende el padre/marido después (o con ocasión) de una crisis matrimonial. En este punto la jurisprudencia ha abordado dos asuntos: por una parte, la caducidad de la acción de impugnación, en donde una variable doctrina ha estimado y desestimado la caducidad ante supuestos iguales a través de un cambiante *dies a quo* de cómputo (el legal de la inscripción del nacimiento; o el jurisprudencial del desvelamiento de la verdad), caducidad que es la alegación principalísima en estas acciones por parte de la madre como representante legal del (o de los) hijo (hijos). Por otra parte, en caso de que la madre se negara a la práctica de la prueba biológica sobre su hijo menor, una cierta doctrina jurisprudencial optó por imponer el nombramiento de oficio de un defensor judicial, en la medida en la que se juzgaba (pese a la regla expresa de legitimación sin restricciones contenida antes en el art. 129 CC y ahora en el art. 765. 1 LEC) que existía un conflicto de intereses entre progenitor e hijo, cuyo interés principal radica en el desvelamiento de la verdad. Esta doctrina tenía un efecto devastador sobre la duración del proceso.

Cuando la acción de impugnación se ejerce por el propio hijo o por la madre en representación legal de éste no suele hacerse de modo autónomo sino por lo común en el ejercicio de una acción de reclamación-impugnación o mixta acogida en el art. 134 CC: la jurisprudencia ha

(18) Sobre todo en virtud de la tardanza en resolver (la duración del proceso puede ser tal que finalmente se resuelva cuando el hijo ya ha alcanzado la mayoría de edad) y para la salvaguarda de su situación de necesidad a través de las obligaciones de alimentos (no cabe su prestación retroactiva, art. 148 I CC). Esto es, si se desestima la demanda por esta causa volverá la madre a emprender la acción (no hay cosa juzgada), ahora con la alegación expresa de su representación legal, en la que aducirá los mismos argumentos de fondo.

afirmado el valor prevalente del régimen de la filiación reclamada sobre el régimen de la contradictoria impugnada, prevalencia que, por otra parte, se deduce con nitidez del régimen legal.

La alegación interesada de que se trata de un supuesto común de acumulación de acciones (ahora arts. 71 a 73 LEC) ha sido reiteradamente rechazada por la jurisprudencia. Si lo fuera la acción de impugnación se desestimaría tanto por su restringida legitimación activa como por la brevedad de los plazos de caducidad a los que se somete. La prevalencia del régimen de la acción de reclamación y la subordinación de la impugnación se justifica en la preponderancia de la verdad biológica. La función propia de la regla del art. 134 CC no es autorizar la acumulación de acciones (que sería innecesaria) sino permitir a algunos legitimados activamente en la reclamación ("progenitor e hijo") remover también la filiación ya determinada para el caso en que pueda no estar legitimado (caso del verdadero progenitor) o bien haya transcurrido el plazo de ejercicio de la acción (caso en que hayan caducado las acciones de impugnación) (19).

El tercero de los conflictos atañe al ejercicio por parte del progenitor no matrimonial, en ausencia de posesión de estado, de la acción de reclamación de la filiación frente al hijo menor y su madre, normalmente una vez que ha fracasado el reconocimiento extrajudicial de su paternidad. En la jurisprudencia se ha reconocido su legitimación con el recurso a una interpretación claramente *contra legem* de los arts. 133 y 134 CC. La STC 273/2005, FJ 8.º, afirma que no puede sostenerse como interpretación *secundum constitutionem* (que salva la constitucionalidad de un precepto) aquella "que ignore o desfigure un enunciado legal meridiano" o bien que "reconstruya una norma que no está debidamente explicitada en un texto legal" (20).

(19) Así Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, III-1.º, Manuel ALBALADEJO (dir.), Edersa, 1984, sub arts. 131-135 CC, p. 601.

(20) Sobre la ausencia de legitimación activa del progenitor en el art. 133 I CC, véanse, Susana QUICIOS MOLINA: "Legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial según el Código civil (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1997)", *Dp y C* n.º 11 (1997), pp. 419-440 y luego en "Comentario a la STS de 2 de octubre de 2000", *CCJC* n.º 55 (2001), § 1501; Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: "Comentario a la STC 241/2000, de 16 de octubre", *CCJC* n.º 54 (2000), § 1486; Gabriel GARCÍA CANTERO: "Legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial, sin posesión de estado (Crítica a una dirección jurisprudencial de la Sala 1.ª del TS)", *RJNot* n.º 36 (2000), pp. 313-325; GARCÍA VICENTE: *CCJC* n.º 55 (2001), § 1492 y Juan Antonio GARCÍA AMADO: "¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código civil", *La Ley* (2001) 5, D 152.

También se suscita con cierta frecuencia la impugnación de la paternidad no matrimonial en aquellos casos en que el progenitor que impugna desmiente una paternidad que era, desde el reconocimiento, conscientemente falsa. Se trata de la impugnación de los reconocimientos de “complacencia” en los que la jurisprudencia se debate entre aceptar o rechazar tal posibilidad y también en dilucidar su régimen jurídico: si se asimila o no al régimen de la impugnación del reconocimiento por error, o bien al general de la impugnación de la filiación no matrimonial o incluso si debe recurrirse al régimen de la invalidez de los actos simulados o sencillamente falsos.

En aquellos casos en que se impugna la paternidad no matrimonial sin que haya reconocimiento de complacencia (esto es, al amparo del art. 140 CC) la jurisprudencia traslada a esta sede la doctrina sostenida sobre el *dies a quo* de cómputo de la caducidad de las acciones de impugnación de la paternidad “matrimonial”, que se concreta en referirlo al conocimiento de la verdad o desvelamiento de la falsedad, sin que parezca razonable rechazar la impugnación cuando es evidente que no se sustenta en verdad alguna.

Son testimoniales los casos en que se reclama o impugna la maternidad matrimonial, o bien aquellos otros en que se debate la legitimación de sujetos distintos a padres e hijos, sobre todo, de los ascendientes y también de los herederos o de los otros hijos del padre/marido cuya filiación es reclamada o impugnada.

IV. LA REFORMA “LIMITADA” DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

El modo más sencillo de reformar el Código civil para atender a las exigencias de los fallos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los arts. 133 I y 136 I del Código civil consiste por una parte, en mencionar al progenitor en el caso del art. 133 I CC (*sub* 1); por otra en introducir el conocimiento de las pruebas en que se funde la demanda en el art. 136 I CC y en aquellos otros preceptos que, por razones de pura congruencia, deben modificarse en el mismo sentido, al menos cuando la acción pueda ejercerla el progenitor o el hijo (*sub* 2). Y por último, si acaso, establecer algún límite o restricción específico al ejercicio de la acción por parte del progenitor o bien introducir un criterio que, en aras de la seguridad jurídica, objetivice el carácter excesivamente subjetivo del *dies a quo* de cómputo de la acción que se deduce de las sentencias del Tribunal Constitucional (*sub* 3 y 4); modificaciones estas que pueden completar la reforma pero que no son imprescindibles.

De hecho la STC 138/2005, FJ 6.º (como después la 156/2005) relativa al art. 136 I CC exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática “el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9. 3 CE) el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE)”.

Por su parte, la STC 273/2005, FJ 9.º (como luego la 52/2006) en relación al art. 133 I CC conmina al legislador a que “regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE).”

Esta limitada reforma dejaría incólume el resto de principios y reglas: así, la trascendencia de la posesión de estado como criterio de discernimiento entre los distintos regímenes jurídicos de reclamación, la designación de los herederos del hijo como legitimados (aunque sea de un modo ciertamente extraordinario), las reglas generales de cómputo, o las excepciones y la duración de los plazos de las acciones de impugnación.

1. La legitimación del progenitor en la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial en ausencia de posesión de estado

En lo que concierne al art. 133 I CC basta con refundir en un único precepto los vigentes artículos 132 y 133 del Código civil: refundición que se logra con la supresión de la mención “matrimonial” en el art. 132 I CC. Para evitar que el art. 133 CC quede vacío de contenido puede trasladarse la legitimación de los herederos del hijo contenida en los párrafos segundos de los arts. 132 y 133 CC al nuevo artículo 133 CC.

Los preceptos podrían redactarse del siguiente modo. Artículo 132 CC: “A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo”. Artículo 133 CC: “Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase la plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que falte para completar dichos plazos”.

En sentido estricto no hay razón para establecer reglas distintas según la matrimonialidad de la filiación pretendida y tampoco en razón del vínculo, sea paterno o materno. Tanto en la filiación matrimonial como en la no matrimonial el progenitor (padre) que reclama no puede por su sola voluntad lograr una determinación “extrajudicial” eficaz de la filiación. En el caso de la filiación matrimonial porque no rige la presunción de paternidad matrimonial fuerte (art. 116 CC) y por tanto necesita “además” de su propia voluntad el consentimiento de la madre (arts. 117 *in fine* y 118 *in fine* CC). En el caso de la filiación no matrimonial porque su eficacia exige la concurrencia de autorizaciones o consentimientos ajenos (arts. 120. 1.º, 123, 124, 125 y 126 CC): bien sea del propio hijo, bien de sus descendientes, o bien de la madre, o bien se requiere la “aprobación judicial”, aprobación que es legalmente subsidiaria en el caso más común (esto es, cuando el hijo es menor o incapaz y su madre rehúsa prestar su consentimiento, art. 124 I CC).

En sentido propio la “autorización judicial” en la filiación incestuosa (art. 125 CC) es un puro juicio de “conveniencia” que no reposa en la verosimilitud de la filiación (es más, su punto de partida consiste en que se sepa que la “verdadera” filiación es incestuosa) y que, por otra parte, es incongruente con los casos en que la filiación incestuosa se determina judicialmente en sede penal (art. 193 CP). La “inconveniencia” de esta filiación (como lo es en caso de que se haya cometido un delito contra la libertad sexual en la generación) tiene su sede más apropiada, a mi juicio, en los efectos de la filiación (art. 111 CC) y no en su determinación.

La aprobación o autorización judicial en los casos en que procede (arts. 124 I *in fine* y 125 I CC) se sujeta a un procedimiento de “jurisdicción voluntaria” (21). Uno de los problemas discutidos en este punto se refiere al interés que deba satisfacer la aprobación judicial: si es la conveniencia del hijo menor o incapaz reconocido o bien si debe atenderse a la verosimilitud de la filiación reconocida. En el borrador de *Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria* se despeja la duda y se opta por el criterio (razonable) de la verosimilitud; así dice su artículo 45. 1: “El tribunal resolverá seguidamente [una vez consumada la comparecencia de los interesados y del Ministerio Fiscal] lo que proceda sobre el reconocimiento de que se trate, atendiendo para ello al discernimiento del progenitor, la veracidad o autenticidad de su acto, y la ve-

(21) Según dispone la Disposición Transitoria 10.ª 1.º de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, procedimiento que, a la espera de una *Ley de Jurisdicción Voluntaria* (DD Única 1.ª y DF 18.ª LEC), es el que se regula en los arts. 1811 a 1824 de la LEC 1881.

rosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma" (22).

Lo más sensato es que la aprobación judicial se funde en razones de "verosimilitud biológica" y no de mera conveniencia (23). En todo caso se persigue averiguar la "verosimilitud" (la verdad probable) y no la verdad material, porque ésta es el objeto del proceso de filiación. Aunque la verosimilitud no sea el objeto propio del examen judicial, la falsedad o falta de verosimilitud notoria de un reconocimiento debe ser apreciada como impeditiva de la eficacia de la voluntad de reconocer y debe rehusarse su inscripción por los Jueces encargados del Registro Civil (art. 28 LRC) (24).

La refundición en un único precepto de los arts. 132 I y 133 I CC también aclara el asunto de la indiferencia del carácter matrimonial o no de la filiación en el caso de que sea la "madre" la que reclame su propio vínculo (como representante legal del hijo seguirá sus propias reglas). Su legitimación puede deducirse del art. 132 I CC y debe ser igualmente predicable de la maternidad no matrimonial (no constaba expresamente en el art. 133 I CC), puesto que el matrimonio no influye en la fijación de los hechos que deben ser tenidos en cuenta para determinar extrajudicialmente la filiación materna (la identidad del hijo y el hecho del parto) "sino" en la paterna, que es lo que importa al legislador (25).

(22) Este Borrador también señala la ausencia de fuerza de cosa juzgada del auto que resuelva el procedimiento; así el proyectado artículo 18. 1 dice: "Lo resuelto en un expediente de jurisdicción voluntaria no tendrá efectos de cosa juzgada material, pudiéndose promover sobre el mismo asunto proceso declarativo por el procedimiento que corresponda, en el cual podrá pedir la confirmación, modificación o revocación de la resolución dictada en el expediente". Esta remisión a la vía judicial ordinaria debe entenderse, en nuestro caso, a las acciones de reclamación.

(23) Véase, Susana QUICIOS MOLINA: *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, Barcelona, J. M.^a Bosch Editor, 1997, pp. 175-238 y en otro sentido Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: "La intervención de la autoridad judicial en los reconocimientos de filiación", *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Cuadernos de Derecho Judicial. III, Madrid, CGPJ, 1994, pp. 45-94.

(24) En este sentido no parece admisible, como pretendió el voto particular a la STC 273/2005 formulado por la Magistrados PÉREZ VERA y GAY MONTALVO al que se adhirió el Magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS, el recurso al art. 124 CC como mecanismo para que el progenitor tenga salvaguardado su derecho a la tutela judicial efectiva; las razones están muy bien expuestas por QUICIOS: CCJC 71 (2006) (pendiente de publicación), *sub* 4.

(25) Este asunto es aún más evidente después de que la STS 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) declarara contraria a la Constitución la facultad de desconocimiento de la maternidad no matrimonial acogido en el art. 167 RRC, sentencia que suprime el último rastro normativo de diferencia entre madres en orden a la determinación de la filiación materna.

Como se ha dicho con exactitud: “En la *determinación de la maternidad* no puede ni debe haber diferencia entre la matrimonial y no matrimonial, pues (imperativos constitucionales aparte) la naturaleza no obra de manera diferente en una y otra ni en la determinación se manejan criterios o pruebas distintas: la realidad subyacente, sustancial, es idéntica, porque la relación madre/hijo es igualmente directa e inmediata, cognoscible, en matrimonio que fuera de matrimonio (26).”

2. El *dies a quo* de cómputo de las acciones de impugnación

Por su parte deberá modificarse el *dies a quo* del art. 136 I, y por razones de armonía legal, también el *dies* contenido en los arts. 136 III (el conocimiento del nacimiento por sí solo no permite el ejercicio efectivo de la impugnación), 137 I y II (no bastará el conocimiento de la inscripción del nacimiento) y 140 II (desde la inscripción del nacimiento y goce de la posesión de estado) todos ellos del Código civil.

Me parece que el modo más sencillo será emplear el *dies* ya conocido en otros preceptos, en particular, en los arts. 132 II y 133 II CC: “el descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda”. No olvidemos que se trata de enunciar este *dies* como otra excepción a la regla general, regla que se refiere al conocimiento del nacimiento una vez inscrito en el Registro civil al que incluso puede añadirse que se goce de posesión de estado.

No parece que haya razón alguna para fijar un *dies a quo* distinto según que se trate de acciones de reclamación o de impugnación: en ambas el *dies* será el desvelamiento de la verdad o el conocimiento de aquellos hechos que hacen razonable la duda. Aunque puede discutirse si debe aplicarse este *dies* también en los casos en que la legitimación activa corresponde a los “herederos del hijo” (arts. 136 II y III CC) (27).

En el caso de los herederos el legislador podría no mencionarlos sin detrimento constitucional; si lo hace no puede fijar de un modo absolu-

(26) Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: “*¿Mater semper certa est?* Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, ADC (1997) I, pp. 5-96, p. 12.

(27) El supuesto del art. 137 II CC (“Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos”) no requiere modificación alguna si subsiste la regla de la imprescriptibilidad o carácter vitalicio de la acción de impugnación. Si, por el contrario, se opta por restringir esa duración (como nos parece preferible, *infra* V. 5) deberá introducirse un *dies a quo* de cómputo, innecesario cuando no hay término.

tamente objetivo el *dies a quo* de cómputo de la acción de impugnación que les reconoce (vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva); pero sí puede hacer depender su posibilidad de ejercer la acción de que subsista en cabeza de su causante al tiempo de fallecer éste. La legitimación activa de los herederos (de progenitores e hijo) es “relativamente” autónoma y es razonable que lo siga siendo.

La regla de la sucesión de los “herederos del marido” en el art. 136 II CC debe conservarse sin modificación alguna, porque las circunstancias de conocimiento a tener en cuenta son las del marido que fallece.

Si el progenitor supo y pudo ejercer la acción de impugnación y no lo hizo en vida con su fallecimiento se agotan las posibilidades de discutir la paternidad declarada (al margen, claro está de que conserve en su caso esta posibilidad el propio hijo contra su padre ya fallecido): la relación de filiación tiene su sentido propio entre padres e hijos y aunque algunos efectos de tal relación puedan repercutir sobre terceros (efectos sucesorios o los derivados de la obligación de alimentos, arts. 143 II y 144. 4.º CC) éstos no son sino efectos reflejos y contingentes. Debe reconocerse a los protagonistas de la relación de filiación una oportunidad efectiva de debatir sobre la filiación declarada, pero solo a ellos. De modo semejante el conocimiento e inacción agotan la posibilidad de ejercer la acción en los arts. 132 II y 133 II CC: los herederos del hijo no podrán emprender la acción de reclamación si transcurrió más de un año desde que éste (el hijo) supo la verdad biológica (desde “el descubrimiento de las pruebas en que haya de fundar la demanda”) con independencia de si ellos la conocían o no. En este sentido su legitimación es “relativamente” autónoma.

El mismo *dies a quo* de que disfruta el padre/marido en el art. 136 I CC debe trasladarse al art. 137 I CC. Por otro lado, es prudente que el hijo conserve la posibilidad de ejercer la acción durante el año siguiente a que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal y siempre que conozca las pruebas en que puede fundar la demanda. Con tal regla se asegura su posibilidad de decidir autónomamente el ejercicio de la acción, al margen de que “antes” hubiera podido hacerlo por él su representante legal. Ahora bien, debe suprimirse la regla del art. 137 II CC porque la limitación temporal carece de sentido y porque la afirmación de que la madre está legitimada para impugnar como representante legal del hijo es superflua (art. 765. 1 LEC) salvo que se haga para sujetar ese ejercicio a algún control específico.

Por último, si la acción impugnatoria en el caso del art. 140 I CC es imprescriptible no es necesario señalar *dies a quo* de cómputo. Hay que advertir que el art. 140 I CC no solventa expresamente el asunto del pla-

zo de la acción impugnatoria cuando falta la posesión de estado, semejante laguna puede integrarse a través de las siguientes posibilidades: en primer término, a través del recurso a los plazos previstos en los párrafos segundo y tercero del mismo artículo; en segundo lugar, recurrir al plazo supletorio general de las acciones personales (art. 1964 CC) y por último, propugnar la imprescriptibilidad de la acción puesto que el objeto de controversia “está fuera del comercio de los hombres” (art. 1936 CC), imprescriptibilidad que se refuerza con el art. 137 III CC que dice “en cualquier tiempo”.

En otro caso el plazo que se establezca deberá correr desde un momento idéntico al establecido en el art. 140 II CC. Igualmente podría discriminarse en el supuesto del art. 140 II CC entre los progenitores e hijo por una parte (cuya acción debe empezar a correr desde que supieron o no pudieron diligentemente ignorar los hechos en que fundan la demanda) y “quienes puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos” respecto a los cuales es razonable establecer un *dies* como el que aparece en el propio art. 140 II CC. No obstante el legislador considera en un mismo plano a todos los activamente legitimados y a todos ellos les debe ser aplicable por igual el nuevo *dies a quo*.

En resumen los artículos 136, 137 y 140 del Código civil tendrían el siguiente tenor literal:

Artículo 136 CC: “[I] El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento ni tampoco si, conociendo el nacimiento, *ignora las pruebas en que haya de fundar la demanda*. [II] Si el marido falleciera antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo. [III] Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero”. Artículo 137 CC: “La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. *El plazo no correrá sino desde que conozca las pruebas en que haya de fundar la demanda*. Si fuera menor o incapaz el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal. [II] El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado corresponde, asimismo, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal (28). [III] Si falta en las

(28) Como mejora técnica en este párrafo quizá sea deseable subrayar normativamente el carácter subsidiario de la intervención del Ministerio Fiscal introduciendo “... o en su defecto, el Ministerio Fiscal”.

relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos". Artículo 140 CC: "[I] Cuando falta en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique. [II] Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparezca como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondientes. *Este plazo no correrá mientras no conozcan los hechos en los que se funde la demanda.* [III] Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad" (29).

3. Límites o restricciones admisibles al *dies a quo* de cómputo en la impugnación

En el caso del art. 136 I CC pueden sugerirse las siguientes posibilidades de reforma complementarias. En primer lugar, cabe restringir la subjetividad del (nuevo) *dies a quo* de cómputo desde el conocimiento de la verdad o falsedad biológica, añadiendo un criterio de diligencia en el conocimiento: desde que se pudo diligentemente conocer o era inexcusable la ignorancia. O, en segundo lugar, invertir la carga de la prueba del conocimiento una vez transcurre un plazo predeterminado desde el nacimiento del hijo: transcurrido tal plazo se presume que el marido conocía la verdad biológica y deberá acreditar su ignorancia, plazo que para ser armónico con los existentes podría ser el de "cuatro años" desde la inscripción del nacimiento. Incluso sería posible establecer ambas restricciones, que no contradirían la tutela judicial efectiva. No parece pertinente y sería excesivo imponer al marido que impugna su paternidad matrimonial la demanda anterior o simultánea de separación, nulidad o divorcio (30).

(29) Como mejora técnica el tenor literal de este párrafo tercero del art. 140 debería ser igual al del párrafo primero in fine del art. 137 CC ("Si fuera menor o incapaz el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal"). La acción del hijo debe seguir siendo vitalicia, como sostienen los arts. 132 I ("imprescriptible") y 133 I ("durante toda su vida") ambos del Código civil.

(30) Así lo hacía para la madre que ejerce la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, en nombre propio o del hijo menor, la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril de filiaciones (derogada en este punto por el Código catalán de familia), en su ar-

La finalidad última de estas restricciones consiste en limitar la arbitrariedad del marido en la fijación del *dies* de cómputo: no parece razonable que el marido monopolice la impugnación, esto es, que quede a su arbitrio el inicio del cómputo y prolongue excesivamente el plazo de impugnación en detrimento de la estabilidad de los estados civiles.

Como ya he sostenido, debe exigirse un “mínimo de diligencia en despejar la ignorancia o acceder al conocimiento (desde la duda razonable o fundada). Por ello debe rehusarse la conducta de quien ignoró inexcusablemente, aunque por la propia naturaleza de los hechos e incluso de la deducción de la consecuencia (la no paternidad) no conviene formular un modelo abstracto de diligencia sino que es preferible recurrir al modelo circunstanciado (art. 1104 I CC)” (31).

4. Límites o restricciones admisibles a la legitimación del progenitor en la reclamación

Cabe igualmente establecer límites o restricciones específicos al ejercicio por el progenitor no matrimonial sin posesión de estado de su acción de reclamación de filiación (art. 133 CC), sobre todo para combatir el ejercicio abusivo o contrario a la buena fe de la acción.

La propia STC 273/2005 dice en su FJ 9.º: “con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE).” Antes, al referirse a la exclusión del progenitor en el art. 133 I CC, había dicho lo siguiente (FJ 7.º): “el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado desde el momento en que, aparte de que podría haber sido sustituido por otras limitaciones (como la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción), el sistema articulado por nuestro ordenamiento no permite, en ningún caso, el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas, desde el momento en que, a tal efecto, se prevé

título 12. 2. También es imaginable la fijación de un plazo máximo o límite temporal absoluto, como hace el art. 256c 1 CC suizo (cinco años desde el nacimiento del hijo, plazo para el caso de impugnación “por el padre”) o el límite para los plazos de caducidad fijados por el art. 121-24 del CC catalán (treinta años). Estas opciones exceden los límites de una reforma limitada y tendrían que examinarse en conjunto con el problema de los plazos en una reforma de miras y alcance más amplio (*infra* V. 5).

(31) GARCÍA VICENTE: CCJC 70 (2006) § 1882, sub 5. a).

que “en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde” (art. 767. 1 LEC y, anteriormente, el derogado art. 127 CC)”.

Así, cabe vincular el ejercicio de la acción a que el reconocimiento haya fracasado por razones que no le sean imputables al progenitor y que tal intento haya sido tempestivo en relación con el conocimiento o desvelamiento de la verdad. Este límite tiene sentido solo cuando no está determinada la filiación paterna porque si lo estuviera al padre no matrimonial no le sería exigible una conducta distinta a la interposición de la acción judicial de reclamación-impugnación (arts. 113 II y 134 C).

En cierto modo establecer este límite supone recuperar la razón que se alega para justificar la exclusión del progenitor en el art. 133 I CC: el progenitor no matrimonial ha tenido la oportunidad de asumir su condición a través del reconocimiento y “no” lo ha hecho (arts. 123 a 126 CC). La privación de su legitimación actuaría, se dice, como una sanción legal a su conducta, o como un estímulo a su pereza (32).

Un modelo podría ser el artículo 104. 2 del Código de familia catalán (aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio) que dice: “El padre y la madre pueden ejercer, durante toda su vida, la acción de reclamación de paternidad o maternidad no matrimonial, en nombre e interés propio, si su reconocimiento no ha sido eficaz por falta de consentimiento de los hijos o de aprobación judicial”.

La suerte que ha corrido la regla que en sede de acciones de filiación se ha destinado a evitar las demandas maliciosas, temerarias, caprichosas o sencillamente infundadas, que es la exigencia de un principio de prueba para la admisión de la demanda (art. 767. 1 LEC), hace que no tengamos esperanza ninguna en que un eventual control de mérito de la acción de reclamación tenga éxito, más allá de los casos de ejercicio claramente intempestivo porque supere el límite legal. La jurisprudencia ha desactivado el control al asimilar el principio de prueba con la simple “oferta de prueba ulterior” por parte del actor.

La restricción técnica más sencilla es la imposición de límites “temporales” al ejercicio de la acción, que es, por otra parte, la opción por la

(32) Véase, Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, I, Tecnos, Madrid, 1984, sub art. 133 CC, p. 979. En un sentido semejante se pronunciaba para defender la razonabilidad de la exclusión de la legitimación activa, GARCÍA CANTERO: *RJNot* n.º 36 (2000), pp. 313-325, para quien la privación de la legitimación sanciona la tardanza en reconocer del progenitor, además de que le parezca aceptable que se vincule la legitimación a la posesión de estado, porque no rompe una paz familiar previa.

que parece inclinarse el Tribunal Constitucional (STC 273/2005, FFJJ 7.º y 9.º) aunque supone una novedad en las acciones de reclamación. Deberán fijarse por igual tanto en la filiación no matrimonial como en la matrimonial puesto que la acción de reclamación de la filiación matrimonial solo tiene sentido cuando no rige la presunción de paternidad matrimonial; y además deberá establecerse su cómputo desde que se conocieron los hechos en los que funde la demanda (arts. 132 II y 133 II CC). Podrá consistir en fijar un plazo máximo determinado o bien puede optarse por remitir a un “plazo razonable” en el que el progenitor tenga que justificar que la tardanza en reconocer no le fue imputable.

Límite temporal que no impide la eficacia o posibilidad del reconocimiento extrajudicial posteriormente consentido por el propio hijo: el límite concierne en exclusiva a la “acción” de reclamación y no a la determinación de la filiación misma.

V. LA REFORMA “EXTENSA” DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

La segunda perspectiva, como dije, consiste en optar por una reforma “completa” del Derecho de las acciones de filiación (33). Las razones para proponer una reforma de este calado son las siguientes: por una parte, hay razones puramente prácticas, dirigidas a resolver problemas técnicos que han aparecido con alguna frecuencia en el ejercicio de las acciones de filiación o que, al no haberse resuelto de un modo explícito, han generado una relativa incertidumbre jurisprudencial.

En segundo lugar, un entendimiento de los aspectos constitucionales del Derecho de la filiación más acorde con el desarrollo legal de los derechos fundamentales o del Derecho de la persona, de modo sobresaliente la preeminencia de su dignidad o una comprensión más estricta de la igualdad en la ley. En realidad, el Derecho codificado de las acciones de filiación que subsiste después de las sentencias sobre los arts. 133 y 136 del Código civil no contraría la doctrina constitucional sobre el Derecho de la persona y la familia, pero sí se ha aleja-

(33) Algunas de estas reformas ya las he sugerido antes; así en GARCÍA VICENTE: “Comentario a la STS 12 de julio de 2004”, CCJC n.º 67 (2005), § 1808, *sub* 5 y CCJC 70 (2006) § 1882, *sub* 5. A la hora de formular estas propuestas me ha servido como fuente de inspiración la interesantísima enmienda 119 del Senado al proyecto de ley sobre la materia [*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, I Legislatura, Serie II, n.º 154, 24 de febrero de 1981]: sobre todo en lo que afecta a la dudosa constitucionalidad del distinto trato entre filiación matrimonial y no matrimonial, a los excesos en materia de legitimación activa y a la sobrevaloración de la posesión de estado.

do o no ha acompasado su tenor a la evolución de la doctrina y las convicciones sociales sobre los derechos y principios constitucionales relativos a la persona y la familia. La regulación de la filiación contenida en la reforma de 1981 no es la única constitucionalmente admisible y no refleja con exactitud el rostro histórico de nuestro Derecho de la filiación (34).

Por último, la reforma amplia supondría que se simplificara un régimen jurídico demasiado enrevesado, fruto de una modificación atrevida para su tiempo pero que se formuló como respuesta a los preceptos derogados más que como desarrollo de los principios que proponía (interés del hijo menor, veracidad e igualdad) y en el que se conservaron algunas reglas cuyos efectos deben manifestarse en otra sede (la posesión de estado) o, sin más, desaparecer.

1. *El régimen de las acciones, sean de reclamación o de impugnación, debe ser "indiferente" al matrimonio de los progenitores*

El régimen debe ser único en virtud del principio de igualdad en la ley. "Parece razonable discriminar la filiación según su modo de determinación *extrajudicial*, porque la distinta realidad de partida junto con la existencia de deberes jurídicos (el deber de fidelidad contemplado en el art. 68 CC) invitan a facilitar la filiación matrimonial, o sea, es muy sensata la existencia de una presunción de paternidad matrimonial. Podría entonces considerarse constitucionalmente legítima y racional la clasificación (diferencia) legislativa entre filiación matrimonial y no matrimonial en orden a su *determinación extrajudicial*.

Ahora bien, no encuentro razón para que, una vez establecidos distintos modos de determinar la filiación, distinguir entre ellos según su resistencia a la impugnación. La prevalencia de la presunción de paternidad matrimonial no puede propagarse a una esfera donde lo que se discute es la *veracidad biológica* de la filiación declarada y no la utilidad o racionalidad de la presunción misma. Esto

(34) Incluso en el voto particular formulado por los Magistrados JIMÉNEZ SÁNCHEZ, DELGADO BARRIO y GARCÍA-CALVO a la STC 273/2005, estos se hacían eco de esta perspectiva: "y cabe incluso admitir que la evolución de la sociedad, en el marco del acelerado proceso histórico de nuestro tiempo, pudiera hacer aconsejable acomodar a las circunstancias del tiempo presente el régimen establecido por el párrafo primero del artículo 133 del Código civil".

es, tanto en la impugnación según los arts. 136 y 137 CC, como en el caso de impugnación del reconocimiento por error (art. 141 CC) *la causa de pedir es la misma*: la falsedad biológica de la filiación determinada.

Por otra parte, el interés del hijo (o del progenitor) en la estabilidad de la relación paterno-filial es idéntico con independencia de que la filiación sea o no matrimonial. Es más, si se juzga la estabilidad como beneficio o ventaja y la incertidumbre como sacrificio, no parece razonable que los hijos no matrimoniales estén sometidos a una mayor incertidumbre que los matrimoniales, aunque el sacrificio derive de la conducta de terceros (los progenitores)" (35).

La diferencia entre la filiación matrimonial y no matrimonial debe reservarse para la determinación "extrajudicial" de la filiación: la presunción de paternidad matrimonial no solo se justifica en una regla de normalidad (*id quod plerumque accidit*) sino que también es un efecto propio del matrimonio, de la convivencia efectiva entre los cónyuges y del deber de fidelidad (art. 68 CC) (36).

La presunción de paternidad favorece principalmente al hijo, que, para la determinación de su filiación, no tiene que proceder judicialmente ni tampoco recurrir a la voluntad de sus progenitores, al margen de su utilidad respecto a los hijos póstumos. También dota de estabilidad al vínculo puesto que los progenitores para destruir el título de determinación construido a partir de la presunción tienen que recurrir a las acciones judiciales de impugnación.

Por otra parte, la garantía institucional de la familia en la Constitución no se restringe a la "matrimonial" sino que tiene igual valor la fa-

(35) GARCÍA VICENTE: CCJC 70 (2006), § 1882, *sub* 4. c). En este mismo sentido debe recordarse el preámbulo de la Ley catalana 7/1991, de filiaciones que decía que la no discriminación era coherente con el principio del *favor filii*, que obliga a un régimen paralelo de determinación de la paternidad "sense cap més diferència que la previsible, en consideració a la diferent realitat que es separa". Sobre la igualdad "en la ley", *supra* II. 3.

(36) Véase, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: *La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 206-287 y Rafael VERDERA SERVER: *Determinación y acreditación de la filiación: en especial el establecimiento jurídico de la paternidad del marido de la madre*, J. M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1993, pp. 150-157. No obstante, podría establecerse una presunción de paternidad "fuera del matrimonio", aunque en este caso debieran exigirse estabilidad a la pareja *more uxorio*. En este sentido, el art. 94. 1 a) del Código de familia catalán establece que se presume padre no matrimonial al: "hombre con el que la madre ha convivido en el periodo legal de la concepción [el art. 88 determina este periodo]".

milia “no matrimonial” o aquella constituida sin descendencia (37). En todo caso, no parece razonable que la protección de una (la matrimonial) se haga con menoscabo del ámbito de protección de la otra (la no matrimonial).

No obstante, en sede de filiación, el Tribunal Constitucional ha considerado explícitamente que las diferencias de régimen jurídico entre la filiación matrimonial y la no matrimonial respetan la igualdad en la ley.

Declara inadmisibles las diferencias en lo que concierne a los efectos de la filiación (arts. 14 CE y 108 CC) pero “sí cabe otorgarle relevancia en relación con la forma de determinar la filiación, que es un aspecto previo, y que puede regirse por criterios distintos” (STC 138/2005, FJ 13.º); afirmación para la que recurre a la exposición de motivos del Proyecto de ley que condujo a la reforma de 1981. A mi juicio, la explicación tiene sentido en la determinación extrajudicial pero no puede compartirse en la judicial: en particular, esto es evidente en el art. 132 CC, en el que aunque exista matrimonio entre los progenitores no rige presunción de paternidad alguna, esto es, el vínculo existente no se acompaña de deberes de fidelidad o convivencia en vigor.

Probablemente la unificación del régimen de las acciones, en virtud de la indiferencia que propugno, está plenamente justificada para las acciones de reclamación, aunque puede discutirse la conveniencia de fijar algún límite o requisito complementario a la legitimación activa en las acciones de reclamación de filiación no matrimonial (como advierten las SSTC 273/2005 y 52/2006). Un límite de esta clase debería pronunciarse igualmente para la reclamación de la paternidad matrimonial porque tal acción solo cobra sentido en defecto de presunción de paternidad (38). También puede discutirse su oportunidad en las accio-

(37) Así dice la STC 116/1999, FJ 13.º: “sin negar que la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de “un reducto indisponible o núcleo esencial” del mismo (STC 32/1981, FJ 3.º, últimamente reiterado en las SSTC 40/1998 y 109/1998), a cuya preservación “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (STC 26/1987, FJ 4.º)”, la Constitución obliga, no es menos cierto que el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los Diputados recurrentes. Así, siendo evidente que en dicho precepto (art. 39. 1 CE) se incluye la familia matrimonial (STC 45/1989, FJ 4.º), también lo es que nuestra Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”, ni existe ninguna “constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural (...)” (STC 222/1992, FJ 5.º, reiterada en la STC 47/1993, FJ 2.º)”.

(38) Sobre este límite, véase *supra* IV. 3.

nes de impugnación de la “paternidad”, en las que al menos debe dulcificarse la radical diversidad que padecen tales acciones, para lo cual basta comparar los artículos 136 y 140 CC.

Antes de distinguir entre las acciones de reclamación e impugnación y su régimen unificado procede formular dos observaciones. Por una parte, el régimen de la reclamación debe seguir siendo el prevalente en caso de acción mixta o de reclamación-impugnación, esto es, debe conservarse íntegramente el artículo 134 CC, que limita su ejercicio al “hijo y al progenitor”. Aunque tal vez pueda modificarse para depurar su expresión técnica. La prevalencia del régimen de la reclamación puede formularse de un modo más explícito, como hace el art. 105 *in fine* del Código catalán de familia, que dice: “En todo caso, es preeminente el régimen jurídico de la acción de reclamación”.

Finalmente, si se unifica el régimen deberá derogarse el art. 119 CC que solo tiene sentido desde la divergencia de regímenes: su único efecto normativo es que la filiación matrimonial es más resistente a la impugnación que la no matrimonial en circunstancias idénticas, esto es, tanto haya como falte la posesión de estado.

A) Las acciones de reclamación

La unificación del régimen en las acciones de reclamación es una consecuencia de las SSTC 273/2005 y 52/2006 puesto que, como ya hemos visto, se vacía de contenido singular el art. 133 I CC (39). Si se opta por conservar como criterio de ordenación la presencia o ausencia de la posesión de estado, el artículo 131 CC comprendería la reclamación en caso de presencia de posesión de estado y el art. 132 CC la reclamación en caso de ausencia, y quedaría vacío de contenido el art. 133 CC (su párrafo segundo es idéntico al párrafo segundo del art. 132). No obstante, como expondré inmediatamente, me parece que también debe derogarse la posesión de estado como directriz de política legislativa para ordenar los distintos regímenes. Para evitar este vacío podría trasladarse al (nuevo) art. 133 CC los casos en que están legitimados los descendientes del hijo para reclamar en ausencia de posesión de estado. De modo que estarán legitimados en todo caso para reclamar la filiación matrimonial o no matrimonial el “hijo” y los “progenitores”.

(39) *Supra* IV. 1.

Podría decirse que tanto en un caso como en otro, la situación de hecho de ambas acciones no justifica un distinto régimen: para el vínculo paterno, la reclamación de la filiación matrimonial tanto en el art. 131 CC como en el art. 132 CC se refiere típicamente a aquellos casos en que “no” rige la presunción de paternidad matrimonial, puesto que si así fuera la simple inscripción de la filiación materna acarrearía la filiación paterna matrimonial. En la filiación “materna” no hay desde luego elemento de hecho alguno que permita establecer un régimen jurídico distinto (40).

B) Las acciones de impugnación

Me parece que puede unificarse el régimen de la impugnación con independencia del título de determinación extrajudicial de la filiación, esto es, al margen de que la filiación se haya establecido en virtud de la presunción de paternidad, expediente registral, reconocimiento viciado o de complacencia, salvo en el caso de la impugnación del reconocimiento otorgado mediante violencia o intimidación (41).

La estabilidad de la filiación, corroborada o no con el ejercicio pacífico de sus efectos (a través de la posesión de estado) no depende de su carácter matrimonial o no, puesto que los deberes, facultades y cargas que entraña la paternidad o maternidad son iguales dentro y fuera del matrimonio.

La unificación del régimen debería referirse tanto a los legitimados para impugnar como a los plazos en sentido amplio (*dies a quo* de cómputo y duración). Si se optara por mantener alguna diferencia de régi-

(40) No obstante el art. 132 CC contempla también otro supuesto: se trata del caso en el que el hijo nacido en el seno de un matrimonio haya sido inscrito como hijo matrimonial o no matrimonial de otros progenitores por no ser cierta la identidad del hijo (art. 139 CC) o porque se cometiera un delito al tiempo del nacimiento (sustitución del hijo por otro, ocultación o entrega a terceros, arts. 220 a 222 CP), en cuyo caso, es imprescindible el ejercicio de una acción judicial para destruir la filiación así determinada aunque rigiera la presunción de paternidad fuerte (art. 116 CC).

(41) Como veremos más adelante es razonable conservar, en defensa de la libertad personal, alguna regla especial para el caso en que el reconocimiento fuera otorgado mediante violencia o intimidación (*infra* 6). Esta impugnación se pronunciará sobre la validez del título de determinación pero que no tendrá fuerza de cosa juzgada sobre la verdad biológica, sustrato último de la relación de filiación de modo que cabrá ulteriormente el reconocimiento o la reclamación.

men debería reducirse a la impugnación de la paternidad matrimonial por el “marido”: en particular, podría vincularse su ejercicio a la interposición simultánea o anterior de una acción de separación, nulidad o divorcio, porque el marido que impugna en todo caso alega una infracción del deber de fidelidad de su esposa.

No obstante, si el legislador reconoce y respalda la legitimidad y el valor del reconocimiento como modo de determinación de la filiación no matrimonial y además la filiación declarada de este modo despliega sus efectos de modo pacífico, no se entiende que esté sometida a una incertidumbre temporal mayor o que se consienta a un número más amplio de sujetos que pueden pedir la impugnación (art. 140 II y III CC) que si la filiación fuera matrimonial. También la filiación matrimonial puede haberse determinado en virtud, igualmente, del reconocimiento: en los casos de los arts. 117 y 118 CC. Esta divergencia resulta claramente arbitraria en el caso del art. 119 I CC en el que la filiación determinada en virtud de las reglas propias de la filiación no matrimonial solo puede impugnarse según las propias de la “matrimonial”.

Por último, el régimen de la impugnación de la “maternidad” debe ser en todo caso único, porque única es la realidad de la maternidad. Es absurdo el régimen que se deduce del Derecho vigente: como no hay reglas explícitas para la impugnación por el hijo de la maternidad matrimonial, aunque sí por la propia madre (art. 139 CC), lo razonable parece ser aplicar analógicamente el régimen previsto para la paternidad (arts. 136 y 137 CC). Por el contrario, para la filiación no matrimonial los párrafos I y II del art. 140 mencionan expresamente la filiación “materna. No debe olvidarse que la filiación matrimonial es indivisible, aunque también se suscita la cuestión en la filiación no matrimonial: la paternidad se establece por referencia a la maternidad en ambas clases de filiación aunque en la primera (si se aplica la presunción de paternidad) no sea necesaria la concurrencia del padre/marido y el éxito en la impugnación de la maternidad acarree necesariamente la cancelación registral íntegra de la filiación.

2. La supresión de la posesión de estado como criterio que discierne la legitimación activa y el plazo del ejercicio de las acciones

La posesión de estado (del “estado civil de una filiación determinada” lo esté o no legalmente) es, en los artículos 131 a 141 CC, el elemen-

to que discrimina la legitimación activa en las acciones y decide los plazos de su ejercicio (42). Es el criterio rector para decidir la suerte de unas u otras acciones y es la expresión de la exigencia de “estabilidad” en las relaciones de filiación y de protección de la apariencia en este ámbito.

La influencia de la posesión de estado en el régimen legal de las acciones de filiación podría resumirse así: en la reclamación, su presencia amplía y prolonga; en la impugnación, restringe y acorta. Su ausencia tiene el efecto contrario: en la reclamación, restringe; en la impugnación, extiende.

Los elementos definitorios de la posesión de estado son los tres siguientes: en primer lugar, el uso del apellido (*nomen*). En segundo lugar, el trato (*tractatus*) que tiene una proyección *ad intra* y que consiste en el comportamiento material y afectivo propio de la relación de filiación, por los progenitores y/o su familia respecto al considerado como hijo. Y en tercer lugar, la consideración pública (*fama* o *reputatio*) que tiene una proyección *ad extra* y que consiste en el hecho de ser reputado socialmente, en la opinión pública o el entorno social próximo, como hijo, elemento que prevalece en la delimitación de esta institución. En razón de su naturaleza de institución “posesoria” le son exigibles ciertos elementos que revisten a la situación fáctica de los elementos precisos para su relevancia jurídica: pacífica, pública, continua o ininterrumpida y actual al tiempo de su ejercicio. Debe observarse que es una situación de mera apariencia y que, por tanto, puede o no coincidir con la realidad, de modo que no debe exagerarse su valor. No obstante, es una regla de la experiencia generalmente aceptada que no suelen tratarse como propios a los hijos que son de otro o dicho de otro modo, quienes se comportan como padres son probablemente padres.

Ahora bien, la estabilidad de las relaciones familiares, la tutela de la apariencia o la protección de quienes ejercen de un modo pacífico y continuado relaciones de filiación biológicamente falsas, deben seguir siendo fines que persiga nuestro Derecho de la filiación, pero las acciones de filiación “no” es la sede más oportuna para su logro. Lo más ra-

(42) Sobre la posesión de estado, Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ: *La posesión de estado familiar*, Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1971 y Raquel EVANGELIO LLORCA: “Funciones de la posesión de estado de filiación tras la reforma del Código civil por Ley 13 de mayo de 1981”, *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, volum II, Departament de Dret civil, Universitat de València, 1996, pp. 627-644.

zonal es prescindir de la presencia o ausencia de la posesión de estado al ordenar las acciones de filiación.

La tutela de la posesión de estado más que fundarse en ser el reflejo de una verdad biológica “probable” se funda en que entraña una relación de apariencia, material y pacíficamente desenvuelta, de relación de filiación; apariencia que debe ser protegida en sí misma, con independencia de que coincida o no con la verdad material. Pero la tutela de la apariencia no debe incurrir en el exceso de proteger más allá de la ficción que supone la equiparación entre la apariencia y la realidad, es decir, en ningún caso la apariencia suprime o sustituye a la verdad biológica, aunque se haya dicho que la posesión de estado es una manifestación del principio de “verdad material”.

Los que se comportan materialmente como progenitores desenvuelven conductas socialmente valiosas que deben ser respaldadas por el Derecho, como las de los guardadores de hecho (arts. 303, 304 y 306 CC). Justamente este asunto nos lleva a propugnar una extensión de las acciones de mera determinación que no es más que una consecuencia de la posibilidad de desvincular la filiación y las instituciones de protección (43).

La estabilidad de las relaciones familiares que se viven pacíficamente es idéntica dentro o fuera del matrimonio. La matrimonialidad no le atribuye una mayor estabilidad a las relaciones entre progenitores e hijos (art. 108 CC) aunque sí a las establecidas por los progenitores entre sí (el matrimonio obliga a un conjunto específico de deberes). Desde esta perspectiva es rechazable la radical diferencia entre la duración y legitimados en las acciones cuando hay o falta la posesión de estado: basta comparar, para las acciones de impugnación, los arts. 136, 137 I y II, 140 II CC con los arts. 137 III y 140 I CC. Preceptos estos últimos que ordenan una legitimación activa bastante amplia y una duración generosísima de las acciones. Es igualmente sorprendente una legitimación activa como la prescrita en el art. 131 I CC (cualquiera que ostente un “interés legítimo”), para las acciones de reclamación.

El legislador justificó del siguiente modo la importancia de la posesión de estado en la Exposición de Motivos del *Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio* de 1979: “Al regular la determinación del vínculo jurídico de filiación, la presente ley refleja la influencia de dos criterios encontrados. De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la

(43) *Infra* 7.

verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco. En la redacción de las nuevas normas se ha procurado conjugar equilibradamente, según las circunstancias, estos criterios, declarando la admisibilidad de toda clase de pruebas en tema de filiación, y en particular las biológicas; confiriendo especial relevancia a la posesión de estado, tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen; y exigiendo, para que el Juez pueda dar curso a la demanda en virtud de la cual se reclama o se impugna un estado de filiación, la existencia y presentación de un principio de prueba suficiente de los hechos en que se funde" (44).

La eficacia de la posesión de estado debe circunscribirse a la puramente probatoria: la lectura del art. 767. 3 LEC y de la jurisprudencia que lo interpreta permite colegir su enorme eficacia en defecto de pruebas biológicas. O puede emplearse, marginalmente, como un modo de acreditación de la filiación, en la medida en que no se haya inscrito la filiación, esto es, para suplir un defecto de publicidad. Pero no puede determinar la extensión de la legitimación activa o el plazo, cuando el régimen de las acciones, del Derecho de la filiación en su conjunto, se funda en el principio de veracidad biológica de modo principal.

3. La legitimación activa debe restringirse a los progenitores y al hijo y, en su caso y con limitaciones temporales, a los descendientes del hijo

La legitimación activa para el ejercicio de las acciones de filiación debe sujetarse a las exigencias del "personalismo" propias de la relación de filiación. Por lo tanto debe legitimarse exclusivamente a los pro-

(44) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, A, nº 71-I, 14 de septiembre de 1979. Como DE LA CÁMARA: *Coms CC y Comp Forales*, III 1.º, sub arts. 136-141 CC, p. 898, ha explicado con acierto: "Se ha partido sin duda de la siguiente idea: la posesión de estado constituye una apariencia de estado de filiación (si se quiere un estado de filiación putativo) y debe facilitarse que esa apariencia se confirme o se consolide."

tagonistas de la relación de filiación: hijo y progenitores. Son los únicos sujetos que menciona explícitamente el art. 39. 2 y 3 de la Constitución; además son los titulares del derecho a conocer el propio origen y es entre ellos donde se despliegan los efectos principales de la relación de filiación.

Este protagonismo es reconocido por el propio Código civil al referir, en el art. 134, solo a ellos la legitimación activa de la acción de reclamación-impugnación (45). Cuando el hijo sea menor de edad o incapaz el ejercicio de las acciones por sus representantes legales deberá someterse a controles específicos; controles que podrían extenderse también a los casos en que sean los propios progenitores menores o incapaces (art. 121 CC) (46).

No hay ningún derecho o bien constitucionalmente protegido que pueda alegar cualquier otro sujeto para que se le reconozca como activamente legitimado, aunque el legislador pueda, en el uso de su libertad de configuración del Derecho de filiación, permitir que terceros distintos puedan debatir la filiación. Pero no está constitucionalmente obligado a hacerlo. Si acaso, puede discutirse la oportunidad de legitimar, bajo circunstancias específicas y plazos limitados, a los “descendientes” del hijo, porque son titulares de intereses que justifican que ejerzan al menos acciones de “reclamación” (sucesorios, alimentos, nacionalidad) pero sería igualmente legítimo excluirlos, y no reconocer su legitimación *iure proprio* como (inexistentes) continuadores o defensores de la memoria de su causante (47).

No obstante, el Código civil reconoce su posición autónoma prácticamente en todos los casos: así en los arts. 131 I, 132 II, 133 II, 137 II, 140

(45) El Código civil en su redacción vigente legitima “también”, y lo hace con generosa amplitud, a sujetos distintos tanto para el ejercicio de acciones de reclamación como para el de acciones de impugnación: a los titulares de un interés legítimo (art. 131 I, de modo semejante “a quienes perjudique”, art. 140 I CC); a los herederos forzosos del hijo o del progenitor (art. 140 II CC); a los herederos de los hijos (arts. 132 II, 133 II, 137 III) o de alguno de los progenitores (art. 136 II, III y 141 CC); o al Ministerio Fiscal sin que sea preciso que lo haga en el ejercicio de funciones representativas de menores o incapaces y al margen de su participación preceptiva en ciertas acciones de filiación (arts. 137 II CC y 749, 765. 1 LEC este último precepto dice “indistintamente”).

(46) Sobre el asunto, *infra* 4.

(47) En todo caso, me parece que la legitimación excepcional de los descendientes del hijo no puede justificarse en que quepa considerarlos los defensores *post mortem* de su memoria o esfera moral, aunque aun haya algún residuo legal de esta concepción (arts. 955 LECRIM y 4 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección jurídica al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen).

I y II CC (48). Al margen de su legitimación en virtud de la regla sobre sucesión procesal (art. 16 LEC).

Si se conserva la legitimación extraordinaria debe optarse por atribuirse la *iure proprio*, individual e indistintamente, o bien a los “descendientes” o bien a los “herederos” del hijo. En este último caso bien a los herederos sin más, o bien a los herederos “forzosos” (como hace el art. 140 II CC), lo que supone un sesgo necesariamente familiar al título sucesorio. Asunto en el que el Código civil, quizá por razones de simple inercia histórica, señala a los “herederos” (arts. 132 II, 133 II, 137 III y 140 II CC, también en la sucesión procesal, art. 765. 2 LEC) en detrimento de los “descendientes” (art. 126 CC).

A mi juicio por las siguientes razones parece preferible mencionar a los “descendientes”. Por una parte, el personalismo de la relación de filiación cuyo contenido y significado excede, con mucho, el relativo a sus efectos patrimoniales (vínculos de parentesco con una familia más amplia, nacionalidad, instituciones tuitivas) y que remite al conocimiento del propio origen como elemento que contribuye a construir la propia identidad. Cabe recordar que el título de heredero no se vincula necesariamente a la condición de descendiente o a la presencia de un vínculo de parentesco entre aquél y el causante, ni siquiera la legítima tiene que satisfacerse mediante este título. En segundo término, una tendencia legal favorable a la designación de los “descendientes” en los casos en que se afecte la esfera personal del causante, aunque esta tendencia no sea lo suficientemente clara. Así, pueden verse, con designaciones diversas, los arts. 955 LECRIM, 4 LO 1/1982, 15. 1 *in fine* Ley de propiedad intelectual, ó 1 II LO 2/1984, 26 de marzo, que regula el derecho de rectificación. En tercer lugar, la congruencia con la regla del art. 126 CC que exige el consentimiento de los “descendientes” para la eficacia del reconocimiento del ya fallecido, en tanto que sobre ellos recaerán los efectos principales de la filiación.

Las acciones de las que sean titulares los descendientes del hijo puede vincularse en sus condiciones temporales a la posibilidad de ejercicio por parte de su causante, de modo que el plazo de ejercicio de las

(48) En la muy enrevesada disciplina legal de las acciones de filiación no se menciona a los herederos del hijo, en presencia de posesión de estado, como legitimados para impugnar la paternidad matrimonial cuando lo están el padre/marido y sus herederos cuando éste fallece antes de que transcurra el plazo de ejercicio de la acción (arts. 136 y 137 CC). Sólo se reconoce su legitimación en ausencia de posesión de estado: art. 137 III CC. El régimen legal vigente carece de uniformidad valorativa y es técnicamente bastante pobre.

acciones de aquéllos estén estrechamente conectadas al plazo de ejercicio de las acciones de que sea titular el propio causante (49).

Más allá de este estrecho círculo de legitimados (progenitores, hijo y matizadamente, descendientes del hijo), que constituyen los protagonistas de las relaciones de filiación, ningún otro sujeto, pese a que ostente con el hijo o progenitor lazos familiares, debe disponer de la posibilidad de interponer estas acciones. Desde luego, es sencillamente intolerable legitimar a quien ostente “un interés legítimo” (art. 131 I CC) o a “quienes perjudique” la filiación declarada (art. 140 I CC) (50).

Como decía la enmienda 119 en el Senado: “en una materia que tan de cerca atañe a la intimidad de la persona, y que tan graves trastornos puede causar a la estabilidad de la familia (cfr. arts. 18. 1 y 39. 1 CE), se debe forzosamente ser estricto, al conceder la legitimación activa. Puede ocurrir ... que una persona trate a otra como si fuere su hijo sin que lo sea verdaderamente. ¿Cómo permitir que si el presunto padre, pese a la posesión de estado, no ha reconocido al hijo, ni éste intenta la acción para reclamar su filiación, pueda un tercero –incluso en vida de los dos protagonistas– inmiscuirse en un asunto que, en principio, sólo les compete a ellos? ... No es difícil imaginar hasta qué punto el art. 131 abre las puertas a reclamaciones cuya finalidad sea la extorsión” (51).

(49) *Supra* IV. 2.

(50) Una legitimación tan amplia es excepcional en el Derecho comparado. Probablemente la inclusión con tal amplitud deriva de la explicación formulada por Federico DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España. II. Derecho de la persona. Parte primera. La persona y su estado civil*, Instituto de Estudios Políticos, 1952, reimpresión, Cívitas, Madrid, 1984, pp. 90-91: “la eficacia general propia del estado civil, en cuanto afecta a todos, a todos también puede beneficiar o perjudicar. Por ello, la facultad de hacer que se declare la realidad y que se rectifiquen falsas apariencias o mentidas afirmaciones la tiene toda persona que ostente para ello un interés legítimo (...) En las acciones de declaración el particular colabora –aunque sea en interés propio– con el interés general en que resplandezca la verdad (...) La razón y la justicia se inclinan en la misma dirección, pues en caso contrario se permitiría el uso de un estado falso mientras quisiera la persona que apareciese como titular”. Sobre el listado de los titulares del interés legítimo véase, Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, primero en “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, pp. 237-275, pp. 264-265, y luego en sus extensos *Coms CC y Comp Forales*, III 1º, sub arts. 131-135 CC, pp. 604-610.

(51) Respecto al art. 140 I CC a DE LA CÁMARA: *La reforma del Derecho de familia*, 1982, pp. 261-262, le parece excesivo legitimar “a quienes perjudique”: esta legitimación resucita el derogado art. 138 CC que propició impugnaciones realmente lamentables, cuando además atenta a la estabilidad del estado de las personas y es una discrimina-

También cabe plantear si es oportuno someter a condiciones específicas la legitimación activa del progenitor: así en la reclamación de la filiación no matrimonial, puede sujetarse el ejercicio de la acción a que se haya frustrado el reconocimiento previamente. O para la impugnación de la paternidad matrimonial, exigiendo que su ejercicio se vincule a la previa o simultánea pretensión de nulidad, separación o divorcio (52). Tal vez sea razonable el primer límite pero no creo que lo sea el segundo.

4. El ejercicio de las acciones por el representante legal del hijo debe estar sometido a controles específicos, en particular en caso de impugnación

Parece razonable que se impongan controles específicos al ejercicio de las acciones cuando quienes las ejerzan sean los representantes legales de los hijos menores o incapaces, para asegurar que actúan en interés de estos. En la representación legal hay pura heteronomía, sustitución plena del principal o representado, de modo que éste no puede actuar por sí. Las dificultades para justificar la exención de control sobre tal decisión son aún mayores en los casos en que el representante legal "no" es el progenitor o, siendo tutor, no mantiene lazos familiares con su pupilo, y también en los casos en que la acción ejercitada es de impugnación.

El art. 765. 1 LEC atribuye la legitimación indistinta para ejercer las acciones que correspondan al hijo a sus representantes legales y al Ministerio fiscal "sin sujeción a control alguno", como hacía por otra parte el derogado art. 129 CC ("Las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal") (53).

ción "injustificada y probablemente inconstitucional" entre la filiación matrimonial y no matrimonial; por lo cual debe interpretarse restrictivamente el término "perjudicados". Decía el art. 138 CC derogado: "El reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo segundo del artículo 119 [referido a los hijos naturales], o en el cual se haya faltado a las prescripciones de esta sección, podrá ser impugnado por aquellos a quienes perjudique".

(52) *Supra* IV. 3.

(53) Cuando el representante legal sea el tutor del hijo menor o incapaz para interponer la demanda deberá recabar la "autorización judicial" (art. 271. 6.º CC) según un procedimiento de jurisdicción voluntaria: arts. 1811 a 1824 LEC 1881 con las particularidades expresadas en la DA 3.ª LO 1/1996, de 15 de enero. El *Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria* no regula específicamente la autorización para interponer demandas en interés del menor o incapaz. El propósito del art. 765. 1 LEC consiste en afirmar la po-

Para configurar un sistema eficaz de control no es necesario atribuírselo a un defensor judicial nombrado al efecto, toda vez que en los procesos de filiación cuando los hijos son menores o incapaces ya interviene imperativamente el Ministerio fiscal (art. 749. 1 LEC), defensor institucional de éstos, de manera que el nombramiento de un defensor judicial es superfluo, porque no satisface interés que no tenga ya defensa institucional.

El problema más delicado en este punto es el “control de la decisión” del representante legal, puesto que tal decisión afecta al “estado civil” del sometido a su potestad. Debemos, en atención a la trascendencia del ejercicio de una acción de esta clase sobre la posición jurídica personal del hijo, especialmente en caso de acciones de impugnación, revisar la congruencia del sistema exento de control que propugnan los arts. 765. 1 LEC, 154 II 2.º, 162 II 1.º y 267 CC con los casos en que, por su trascendencia personal o patrimonial, sujetan la eficacia o procedencia de la decisión del representante legal a una previa aprobación judicial con conocimiento del Ministerio fiscal. O incluso su congruencia con aquellos casos en que se excluye la existencia misma de representación legal: arts. 166, 221, 271, 272, 273, y 274 CC (54). De la comparación puede inferirse la necesidad de “extender” ciertos controles (audiencia del Ministerio fiscal, aprobación judicial *ex ante* o revi-

sibilidad de ejercer por representación las acciones de esta clase y no modificar el régimen del ejercicio de la tutela. Por otra parte, es evidente que toda vez que el legislador reconoce legitimación al Ministerio Fiscal “no” puede someter su decisión a control suplementario alguno. No obstante, puede discutirse si es sensato atribuir esta legitimación “indistinta” y no “subsidiaria”.

(54) Una sencilla enumeración de algunos de los casos expresamente regulados darán buena cuenta de la que podríamos denominar “indecisión del legislador”: en ocasiones el representante legal puede actuar por sí mismo: art. 6 c) Ley 30/1979, 27 de octubre, sobre trasplante de órganos; y, con matices, el art. 9 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En otros casos se añade el consentimiento del menor o incapaz al del propio representante legal: arts. 2 I b) pero 4. 2 de la Ley 42/1988, 28 de diciembre, de donación de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. O bien debe recabar la opinión del Ministerio fiscal y éste puede oponerse a la decisión tomada con remisión a una ulterior aprobación judicial: art. 3. 1 Ley Orgánica 1/1982, 5 de mayo pero véase el art. 4. 3 de la LOPJM que establece condiciones más severas; o la misma aprobación judicial (art. 156 II CP). Y por último, en otros supuestos, se prescinde del problema, donde debe entenderse remitido a una dudosa regla general (la del art. 162 I 1.º CC): así en la Ley 29/1980, 21 de junio, de autopsias clínicas, art. 3. 2. I; en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal; o en el art. 12. 4 de la Ley de propiedad intelectual, para el derecho moral de autor.

sión *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, de los arts. 166 I y 271. 2º CC) y no hacerlo para el ejercicio de acciones de naturaleza personal (salvo si incluimos, para la tutela, en el art. 271. 6º CC, a las acciones de filiación) definitivas en la conformación de una posición jurídica básica como es el “estado civil” de filiación.

Esta incoherencia puede salvarse con la extensión analógica del ámbito de las normas de control (arts. 166 y 271 CC, principalmente) al ejercicio de las acciones de filiación, donde la *ratio* del control parece ser la trascendencia objetiva y estabilidad de los efectos de la decisión que se emprenda. Su fundamento normativo podría ser el siguiente: 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 al Ministerio fiscal para someter a “control” la decisión del representante legal. La participación del Ministerio fiscal en los procesos relativos al estado civil, tiene, según el art. 3.º 6 EOMF, una función predeterminada: la “defensa de la legalidad y del interés público o social” (función ésta que se solapa con la misión principal del órgano, arts. 124. 1 CE y 1 EOMF). 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 que está, por lo demás, sustraído a la voluntad de las partes (art. 751 LEC).

5. El plazo de ejercicio de las acciones debe reducirse y simplificarse y también debe unificarse el dies a quo de cómputo

La necesaria modificación del *dies a quo* de cómputo en el art. 136 I CC y, en armonía con tal modificación, también el establecido en los arts. 136 III, 137 I y II y 140 II CC, supone que puede procederse prácticamente a la unificación de los *dies a quo* de las acciones impugnatorias y de reclamación, al menos en aquellos casos en que está limitado temporalmente su ejercicio (55).

(55) En el caso de que se mantenga el carácter imprescriptible o vitalicio de ciertas acciones resulta superfluo fijar un *dies a quo* de cómputo. Sobre la modificación del *dies a quo* del art. 136 I y concordantes del Código civil, *supra* IV. 2 y 3.

Tanto en las acciones de reclamación como de impugnación el *dies a quo* de ejercicio, en mérito al realismo, debe ser el mismo, *dies* que además garantiza la posibilidad material de ejercicio de las acciones con lo cual se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva. Tal *dies* será el conocimiento efectivo de la verdad biológica o, como dicen los arts. 132 II y 133 II CC, los plazos de las acciones empezarán a correr “desde el descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda” (56).

Al margen del *dies a quo* hay varios asuntos relativos a la duración de las acciones que merecen alguna reflexión. Por una parte, decidir si es oportuno conservar el carácter vitalicio o imprescriptible de la acción de reclamación cuando reclaman los “progenitores” o el “hijo” como establece el régimen vigente: arts. 131 I *ad maiorem*, 132 I (“imprescriptible”) y 133 I (“durante toda su vida”) del Código civil. Cuestión más acuciante toda vez que el régimen jurídico de la reclamación de la filiación debe ser único, con independencia de la clase de filiación y de la presencia o ausencia de la posesión de estado. La duración ilimitada es al menos discutible en el caso de que la filiación reclamada contradiga otra determinada legalmente puesto que el régimen de la reclamación es el prevalente (arts. 113 II, 134 CC y 764. 2 LEC) (57).

Esta duración indefinida es claramente inoportuna en sede de acciones de impugnación: la estabilidad de una relación de filiación falsa aunque carezca del respaldo de una posesión pacífica no puede someterse a una incertidumbre indefinida, como ocurre en los casos de los arts. 137 III (“en cualquier tiempo”), 139 (en ausencia de regla expresa debe recurrirse supletoria o analógicamente a las normas de la filiación “paterna”) y 140 I *a contrario* CC (aunque puede defenderse para este caso la prevalencia del plazo del art. 1964 sobre la imprescriptibilidad acogida en el art. 1936 CC).

(56) En todo caso deben seguir siendo irrelevantes las condiciones subjetivas o de capacidad o ausencia del titular del derecho o facultad que prescribe. Los hechos de los que quepa deducir o establecer el inicio del cómputo deben adecuarse a la efectividad del derecho a la tutela judicial, es decir, deben ser tales que permitan a su titular hipotéticamente decidir (al amparo de los hechos que subyacen al derecho o facultad) su ejercicio.

(57) En el caso de que se legitime *iure proprio* a los descendientes del hijo (como ocurre ahora en los arts. 132 II y 133 II CC) la duración de la acción puede conservarse con la redacción vigente: por una parte, hay un plazo máximo (si el hijo fallece antes de cuatro años desde que alcanzara la plena capacidad) y se respeta el *dies a quo* del conocimiento o cognoscibilidad de la verdad biológica (“durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas”).

La imprescriptibilidad o el carácter vitalicio de la acción parte del establecimiento de un vínculo entre “indisponibilidad” del derecho o facultad concernidos (en este caso del estado civil) e imprescriptibilidad de las acciones para hacerlos valer (las “acciones de estado”) (58). Tal vínculo es discutible y puede prescindirse de él como por otra parte hace con frecuencia el propio legislador, que somete a límites temporales las acciones de defensa o el ejercicio de cualesquiera clase de derechos o facultades. En esta materia es preferible despejar la incertidumbre aun a riesgo de que devenga inatacable una filiación conocidamente falsa: así ocurrirá si caducan “todas” las acciones de impugnación (59).

Puede propugnarse, sin que sufra daño alguno el derecho a conocer el propio origen ni tampoco la adecuada protección de los hijos cuando son “menores” lo siguiente: el establecimiento de un plazo máximo de duración razonable (tres o cinco años) para las acciones de impugnación “y también para las acciones de reclamación”. Es suficiente disfrutar de una oportunidad efectiva de pretender la verdad biológica cuando se acompañe del conjunto de efectos propios de la filiación.

Aunque también podría admitirse el ejercicio ulterior de acciones de “mera determinación” como la contenida en el art. 180. 4 CC, de modo que pudiera establecerse quiénes son los progenitores biológicos sin deducir efectos jurídicos de tal establecimiento. De igual modo podría pensarse que la duración de las acciones se vincule a la minoría de edad del hijo, en la medida en que la filiación es, sobre todo, un mecanismo institucional de protección de menores (art. 39. 3 CE). Una vez alcanza la mayoría de edad se diluyen los efectos propios de la filiación.

Todos los plazos que se fijan, sean de reclamación o de impugnación, deben ser calificados como de “caducidad” con el fin de impedir acciones dilatorias que no consistan en el ejercicio judicial de la acción.

(58) Sobre la imprescriptibilidad, Federico RODRÍGUEZ MORATA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXV 1º, Manuel ALBALADEJO/Silvia DÍAZ ALABART (dirs.), Edersa, 1993, sub art. 1936 CC, esp. pp. 168-169 y 183-184; y también, del mayor interés, Lepoldo ALAS/Demófilo DE BUEN/Enrique R. RAMOS: *De la Prescripción Extintiva*, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1918, pp. 120-134.

(59) Decía DE CASTRO: *Derecho civil de España*, II, 1952, pp. 92-94, respecto a las acciones que no tiene señalado plazo alguno de caducidad: “Parece indudable que a la caducidad corresponde remediar lo inseguro y claudicante de las situaciones amenazadas de impugnación, señalando un plazo para su ejercicio; exigencia especialmente aguda respecto al estado civil, por naturaleza estable, y cuya eficacia general exige situaciones firmes y seguras. Sólo durante un tiempo limitado –y el menor posible– consiente la técnica jurídica un estado civil provisional”.

La trascendencia de lo discutido y la procedencia de que se discuta sólo en el proceso judicial justifican esta decisión.

6. *El régimen de impugnación debe ser único con independencia del título de determinación, salvo para la impugnación del reconocimiento otorgado mediante violencia o intimidación*

El régimen de las acciones de impugnación debe ser único con independencia de los defectos que concurrieran en el título de determinación. En particular, en aquellos casos en que el reconocimiento se hubiera otorgado por error; fuera un reconocimiento de complacencia (60); o cuando fuera nulo por alguna causa el procedimiento registral que conduce a la inscripción de la filiación (arts. 120. 2.º CC 47 a 49 y 92 LRC). Aunque me parece razonable conservar un régimen autónomo de impugnación del reconocimiento otorgado mediante violencia o intimidación (art. 141 CC).

En general, no es pertinente desdoblar las acciones de impugnación por razón del título de determinación: lo que está siempre en juego es la contrariedad de la filiación determinada con la verdad biológica y por ello el régimen de la impugnación de los reconocimientos de complacencia será el común (su plazo de impugnación comenzará a correr desde que se otorgue, que es el momento de conocimiento de los hechos que fundan la demanda). No hay razón para establecer un régimen separado para la impugnación del reconocimiento por "error", puesto que para que triunfe la acción es necesario probar la falsedad biológica: el error consiste en una representación falsa de la realidad.

Tan solo puede establecerse alguna regla especial en el caso de reconocimiento otorgado mediante violencia o intimidación. Regla que

(60) Sobre los reconocimientos de complacencia, últimamente, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ: "Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)", *ADC* (2005) II, pp. 1049-1113. En el reconocimiento de complacencia hay, además, una elusión de las normas relativas a la filiación adoptiva que permiten que los cónyuges o compañeros *more uxorio* del progenitor legalmente determinado puedan adoptar, sin requerir de propuesta previa, a los hijos de su cónyuge o compañero (art. 176. 2.º CC y DA 3.ª Ley 21/1987, de 11 de noviembre, pese a que esta disposición no refiera específicamente este caso). Propiamente al amparo de las normas de determinación extrajudicial de la filiación por naturaleza se consigue el efecto perseguido (y admitido como socialmente valioso) por otras normas: la asunción de la paternidad o maternidad a quien no tiene lazos biológicos con el hijo pero que mantiene lazos afectivos con el progenitor legalmente determinado.

consistirá en negar que pueda transcurrir plazo de caducidad alguno mientras subsista la violencia o intimidación: el *dies a quo* en este caso comenzará a computarse desde que “cese” la violencia o intimidación (al modo de los arts. 141 y 1301 CC). También permitirá el ejercicio de las acciones de indemnización del daño, al margen de las eventuales acciones penales por delito de coacciones, puesto que con la violencia se le compele al reconocedor a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto (art. 172 I CP), esto es, sea cierta o falsa la relación de filiación reconocida.

El repudio de la violencia o intimidación puede acarrear que se destruya una filiación biológicamente “verdadera” (el reconocedor reconoció a su verdadero hijo) aunque en ningún caso tendrá efectos de cosa juzgada (lo que se destruye es un título de determinación de la filiación formado de modo inadmisibles): cabrá ulteriormente un reconocimiento voluntario o el ejercicio de una acción de reclamación. No debe admitirse en el proceso en que se impugne el reconocimiento por esta razón que se introduzca como objeto de controversia la verdad biológica de la filiación en cuestión, porque lo prevalente es el repudio a la violencia o la defensa a ultranza de la libertad personal (61).

Tampoco hay razón alguna para distinguir en las acciones de impugnación según el vínculo afectado, sea paterno o materno: el Código civil distingue sorprendentemente entre la maternidad matrimonial (aunque el art. 139 CC no ordena un régimen propio sino las razones que justifican la impugnación) y la no matrimonial (el art. 140 I CC menciona expresamente la “maternidad”). La constatación del hecho de la maternidad no es distinta cuando la madre está casada y cuando no lo está, en tanto que se funda en el hecho del “parto y la identidad del hijo nacido”. La única diferencia imaginable es la que deriva de la indivisibilidad de la filiación matrimonial: en ningún caso tiene el marido acción para impugnar autónomamente la maternidad de su mujer (mi hijo no es mío porque no es de mi mujer): su interés se restringe a debatir su propio vínculo aunque para ello lo haga discutiendo el vínculo materno.

(61) Aunque en otro lugar dijera lo siguiente (CCJC 70 (2006) § 1882, *sub* 5, iv): “Para responder a los casos de reconocimiento otorgado con violencia o intimidación basta con prolongar el *dies a quo* de ejercicio de la acción de impugnación al tiempo en que aquella cesó, o simplemente suspender hasta ese momento su cómputo o, si responde a la verdad biológica, reenviar su remedio al Derecho penal, al margen de que se acumule con las reglas de la responsabilidad civil”.

7. La extensión de las acciones de mera determinación

Con la separación entre la relación de filiación (que deriva de la naturaleza misma) y las instituciones de protección o, más en general, el nacimiento de los efectos propios de la relación jurídica de filiación, se logra valorar en su sede apropiada las conductas reprochables de los padres/progenitores respecto a los hijos, o formular un juicio de conveniencia sobre el mantenimiento de relaciones jurídicas entre quienes no son padres e hijos, pero se comportan, *ad intra* y *ad extra*, pacíficamente como tales. También se justifica en que el estatuto de la paternidad no tiene por qué ser exclusivo.

Es común que aquellos que propugnan exclusiones o restricciones en el régimen de las acciones de filiación las justifiquen en la presencia de una relación de filiación pacíficamente vivida aunque falsa (la posesión de estado) o en el reproche que merece el progenitor que intempestivamente pretende serlo o dejar de serlo. Podría decirse que a través de la legitimación activa o de los plazos de las acciones, se lucha contra la determinación (o destrucción) de una filiación que menoscaba la paz familiar y que perjudica el interés del hijo, más aún si este es menor.

Es fácil cargarse de razón contra padres caprichosos, ambiciosos de las riquezas de los hijos, avaros que detestan a las que fueron sus esposas o compañeras, o que contemplan la filiación como una simple carga, o frente a aquellos que intempestivamente rompen la paz familiar de terceros (antiguas parejas que perturban la paz de matrimonios pacíficos). En escasas ocasiones se busca que resplandezca la verdad.

Estas razones no empañan el que, para la mejor satisfacción de ciertos propósitos, puedan disociarse la relación jurídica de filiación de su constatación biológica (el progenitor no desempeña las funciones legales de padre) a través de la extensión de las llamadas acciones de mera determinación en las que el único legitimado activo para su ejercicio será el "hijo". El art. 180. 4 CC es el único precepto que las acoge: "La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción" (62).

Las conductas reprochables de los progenitores tienen respuesta dentro de la disciplina, en sentido amplio, de la patria potestad, normas

(62) Sobre el art. 180. 4 CC, véanse Ángel CARRASCO PERERA: *Comentarios a las reformas del Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ (coord.), Tecnos, Madrid, 1993, sub art. 180 CC, pp. 228-234 y Margarita GARRIGA GORINA: *La Adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 2000, pp. 40-42, 95-96 y 101-103.

que deben enfocarse como reglas de protección del hijo menor y no como normas sancionadoras, aunque materialmente supongan la privación, restricción o suspensión de facultades. Entre otros, los artículos 92, 103. 1.^a, 111 (aunque no sea admisible equiparar los dos supuestos que contempla), 170, 172. 1 III, 177. 2. 2^o y el inexplicable, por incongruente, art. 179 CC (63). También pueden sancionarse dentro de los efectos patrimoniales de la filiación (obligaciones de alimentos) o bien según las reglas generales del Derecho de la responsabilidad civil o, en su caso, dentro de las consecuencias de los procesos de nulidad, separación, divorcio (o ruptura de parejas *more uxorio*), pero no en las reglas de legitimación de las acciones. O incluso estableciendo la irretroactividad de la determinación negativa (recuérdese el art. 112 I CC).

No me parece sencillo fijar límites al ejercicio de las acciones derivados de conductas de los activamente legitimados (sobre todo, los progenitores) anteriores o coetáneas a su ejercicio, esto es, fijar límites que se constituyan en verdaderos controles de mérito del ejercicio de las acciones. La impugnación podrá ejercerse, y de hecho se hará, con fines más o menos reprochables pero no puede rechazarse su ejercicio porque el padre que impugna quiera hacerlo para deshacerse de las cargas económicas derivadas de la obligación de alimentos, para librarse de las restricciones que le imponen las normas sucesorias o, sencillamente, para dañar a su esposa tras (o durante) un proceso de nulidad, separación o divorcio. El fin propio de la acción de impugnación es el desvelamiento de la verdad biológica. No obstante, tales razones pueden ser tenidas en cuenta (deber serlo) en la disciplina de los efectos de las acciones, sean de impugnación o de reclamación, en particular en la subsistencia o no de las obligaciones de alimentos, en la fijación o no de la retroactividad de la filiación o en el nacimiento de obligaciones indemnizatorias.

(63) En el caso del art. 111 II 2.^o CC ("cuando la filiación haya sido legalmente determinada contra su oposición") pueden plantearse las siguientes tres cuestiones: en primer término, precisar cuándo nos encontramos con la "oposición" a la que se refiere el precepto. En segundo lugar, si son o no relevantes los motivos para tal oposición a efectos de aplicar o no la exclusión, cuestión en la que debe propugnarse una reducción teleológica de su tenor literal, sin duda excesivo; y, por último, si cabe extender, en virtud de algún expediente interpretativo (cosa que parece razonable), esta exclusión al supuesto de ejercicio fallido de una acción impugnatoria por parte del progenitor. Como dice Esther MUÑIZ ESPADA: "La sanción del art. 111 n.º 2 del Código civil: la filiación determinada judicialmente contra la oposición de su progenitor. Su crítica", *RJNot* n.º 10 (1994), pp. 119-176, p. 141: "si la intención del precepto era sancionar al que pretender desentenderse de sus funciones y obligaciones ético-jurídicas correspondientes a la generación el legislador se ha excedido de su propósito".

Esta disociación está admitida por el propio Tribunal Constitucional, que en la sentencia relativa a la Ley 35/1988 de técnicas de reproducción asistida dijo lo siguiente (STC 116/1999, FJ 13.º): “No existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paternofiliales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (SSTC 289/1993 y 114/1997)”, de modo que “Es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas contenidas fundamentalmente en los arts. 8 y 9 [de la LTRA 1988]”.

Podemos reconocer en este punto la trascendencia que ha cobrado la familia social o las simples situaciones convivenciales que sin apoyarse en lazos biológicos o jurídicos entrañan el ejercicio material de funciones tuitivas y en cuyo seno se desarrollan con la misma intensidad las funciones propias de quienes son titulares de la patria potestad (familias de hecho o reconstituídas, madrastras o padrastros). Una manifestación palpable del respaldo que merece el ejercicio material de funciones tuitivas es, como he dicho, la guarda de hecho (arts. 303 y siguientes CC).

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALAS, L./DE BUEN, D./RAMOS, E. R. (1918): *De la Prescripción Extintiva*, Centro de Estudios Históricos, Madrid.

BARBER CÁRCAMO, R. (2005): “Hacia la pacificación de la acción de impugnación de la filiación marital”, *Aranzadi Civil* n.º 18.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2000): “Comentario a la STC 241/2000, de 16 de octubre”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* n.º 54, § 1486.

BUSTO LAGO, J. M. (2005): “Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”)”, *Derecho privado y Constitución* n.º 19, pp. 7-54.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1982): “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, pp. 237-275.

— (1984): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, III-1.º, M. ALBALADEJO (dir.), Edersa, sub arts. 131-141 CC.

CARRASCO PERERA, Á. (1993): *Comentarios a las reformas del Código civil*, R. BERCOVITZ (coord.), Tecnos, Madrid, 1993, sub art. 180 CC.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952): *Derecho civil de España. II. Derecho de la persona. Parte primera. La persona y su estado civil*, Instituto de Estudios Políticos, reimpresión de 1984, Cívitas, Madrid.

DURÁN RIVACOBBA, R. (2004): "El anonimato del progenitor", *Aranzadi Civil* n.º 4.

EVANGELIO LLORCA, R. (1996): "Funciones de la posesión de estado de filiación tras la reforma del Código civil por Ley 13 de mayo de 1981", *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, volum II, Departament de Dret civil, Universitat de València, pp. 627-644.

GARCÍA AMADO, J. A. (2001): "¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código civil)", *La Ley* 5, D 152.

GARCÍA CANTERO, G. (2000): "Legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial, sin posesión de estado (Crítica a una dirección jurisprudencial de la Sala 1.ª del TS)", *Revista Jurídica del Notariado* n.º 36, pp. 313-325.

GARCÍA VICENTE, J. R. (1997): "La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio", *Derecho privado y Constitución* n.º 15, pp. 1-34.

— (2001): "Comentario a la STS de 20 de junio de 2000", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* n.º 55, § 1492.

— (2004): "Los principios del Derecho de las acciones de filiación", *Aranzadi Civil* n.º 5, pp. 15-29.

— (2005): "Comentario a la STS 12 de julio de 2004", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* n.º 67, § 1808.

— (2006): "Comentario a la STC 138/2005, de 26 de mayo", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* n.º 70, § 1882.

GARRIGA GORINA, M. (2000): *La Adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi.

— (2004) "Las relaciones paterno filiales de hecho", *Indret* n.º 3, working paper de Derecho catalán n.º 13 (www.indret.com).

— (2005) "Les relacions paterno-filials de fet (I) y (II)", *Revista Jurídica de Catalunya* n.º 1 y 4.

GIMÉNEZ GLÜCK, D. (2004): *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M. (1971): *La posesión de estado familiar*, Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

— (1994): "Acciones de filiación. Algunos aspectos sustantivos", *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, pp. 155-170.

MAGALDI, N. (2004): *El derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons.

MUÑIZ ESPADA, E. (1994): "La sanción del art. 111 n.º 2 del Código civil: la filiación determinada judicialmente contra la oposición de su progenitor. Su crítica", *Revista Jurídica del Notariado* n.º 10, pp. 119-176.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984): *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, I, Tecnos, Madrid.

— (1994): “La intervención de la autoridad judicial en los reconocimientos de filiación”, *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Cuadernos de Derecho Judicial. III, Madrid, CGPJ, pp. 45-94.

— (1997): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, IV-3.º, M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), Edersa, 1997, sub art. 49 LRC.

PÉREZ MONGE, M. (2002): *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid.

QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C. (1994): Corona QUESADA GONZÁLEZ: “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, pp. 237-303.

— (2005): “La prueba del ADN en los procesos de filiación”, *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, pp. 493-594.

QUICIOS MOLINA, S. (1997): *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, Barcelona, J. M.ª Bosch Editor.

— (1997): “Legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial según el Código civil (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1997)”, *Derecho privado y Constitución* n.º 11, pp. 419-440.

— (2001): “Comentario a la STS de 2 de octubre de 2000”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* n.º 55, § 1501.

— (2005): “La impugnación de la paternidad matrimonial. Estado de la cuestión tras las SSTC 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio”, *Derecho privado y Constitución* n.º 19, pp. 259-318.

— (2006): “Comentario a la STC 273/2005, de 27 de octubre”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* n.º 71, pendiente de publicación.

Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas, (2005), Ana DÍAZ MARTÍNEZ (coord.), Dykinson, Madrid.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1971): *La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español*, Madrid, Tecnos.

— (1989): *Elementos de Derecho civil*. IV. *Derecho de familia*, J. L. LACRUZ BERDEJO/F. de A. SANCHO REBULLIDA/F. RIVERO HERNÁNDEZ, Barcelona, J. M.ª Bosch Editor, 2.ª edición.

— (1997): “¿*Mater semper certa est?* Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, *Anuario de Derecho civil*, fascículo I, pp. 5-96.

— (2000): *El interés del menor*, Dykinson, Madrid.

— (2000): *Comentario al Código civil*. II. 2.º. *Libro Primero (Títulos V al XII)*, J. RAMS ALBESA/R. M.ª MORENO FLÓREZ (coords.), Barcelona, J. M.ª Bosch Editor.

— (2003): “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (STEDH 13 de febrero de 2003)”, *Actualidad Civil* n.º 2, pp. 593-632.

— (2004): “Acerca de cierta jurisprudencia relativa a acciones de filiación. (¿Deconstrucción, reconstrucción de su régimen jurídico?)”, *Revista Poder Judicial* n.º 75, pp. 57-115.

— (2004): “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona a conocimiento de su origen biológico”, *Revista Jurídica de Catalunya* n.º 1, pp. 105-134.

— (2005): “Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, pp. 1049-1113.

ROCA I TRÍAS, E. (1999): *Familia y cambio social. (De la “casa” a la persona)*, Madrid, Cívitas.

RODRÍGUEZ MORATA, F. (1993): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXV 1º, M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), Edersa, sub art. 1936.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M./GARCÍA ALGUACIL, M.ª J. (2004): *La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa*, Aranzadi.

SALVADOR CODERCH, P. (1983): “Dogmática jurídica y teoría de la legislación”, *Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho civil*, Oñati, HIEE/IVAP, pp. 151-169.

VERDERA SERVER, R. (1993): *Determinación y acreditación de la filiación: en especial el establecimiento jurídico de la paternidad del marido de la madre*, J. M.ª Bosch Editor, Barcelona.