

VIDA JURIDICA

I. - NOTAS CRITICAS

- 1. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho comparado y Derecho español. Prólogo de José Luis Lacruz Berdejo. Editorial Tecnos. Madrid, 1971, página 562.**

1. El libro objeto de esta nota está adornado de caracteres que despiertan el interés del lector, desde su comienzo hasta el fin. Trata de cuestiones que importan a todos, no sólo a los especialistas del Derecho, y de casos que hieren la imaginación por lo llamativo o escandaloso. A los juristas, a los profesionales del Derecho, ofrece el atractivo de que el autor se enfrenta con espíritu renovador a los problemas que va tratando, y no sólo señala la urgencia de reformar la ley, sino que, con valentía, propone interpretar los artículos del Código civil que examina con llamativa libertad.

La cuestión central, cuya discusión y respuesta está presente en toda la obra, es la de decidir si la determinación de la paternidad legítima depende de los plazos y circunstancias establecidos por la letra de la ley o si ha de tenerse en cuenta la finalidad presumible de la ley y, con ello, utilizar para la investigación de la paternidad las pruebas permitidas por el actual estado de las ciencias biológicas.

2. Materia del libro es la presunción de la paternidad, como indica su título, y la cuestión correlativa de la impugnación de la paternidad. Para su mejor estudio, se traen a colación el antiguo Derecho, incluso los Códigos de Lipit-Ishtar y de Hammu-rabi y las leyes de Manú y se hace un cuidadoso examen de leyes y doctrina de autores de los principales países, latinos, germánicos y anglosajones. A su luz se comentan e interpretan los correspondientes artículos del Código civil, y se defiende la propia progresiva e innovadora opinión, bajo los epígrafes titulados "posición personal".

Tesis fundamental del autor es la de que la presunción de paternidad, establecida por la ley, hay que estimarla como una probabilidad de legitimidad, basada en los supuestos de cohabitación y causalidad, es decir, en lo que puede llamarse cohabitación causal; y ello, tanto en los casos de concepción del hijo antematrimonial como en los de concepción durante el matrimonio. La naturaleza de la presunción es calificada de presunción legal, no como mera regla de prueba, pero no tampoco como regla imperativa.

3. La posición personal del autor, en general sugestiva y de simpática apertura, ha podido con razón aducir en su favor la autoridad de García Goyena, quien al comentar la frase "Haber sido físicamente imposible, etc.", dice: "Por santa, fuerte, y si se quiere tiránica que sea la presunción legal de la paternidad, no puede admitirse contra lo imposible y lo absurdo: la ley que diera a una mentira evidente el título y poder de la verdad no sería sino un escándalo social y el envilecimiento del matrimonio". (*Concordancias*, I, p. 112).

Conforme a una interpretación adecuada de la frase "imposibilidad física" no hay, en realidad, dificultad en negar la presunción de legitimidad al hijo nacido de mujer cuyo matrimonio ha sido declarado nulo por impotencia del marido y —tanto más— respecto del hijo nacido años después de muerto el marido.

4. Las dudas, en cambio, se amontonan cuando se trata de las pruebas biológicas sobre la paternidad. ¿Son aconsejables "de lege ferenda"? ¿Cabe superar la letra del artículo 108, pár. 2 del Código civil, que parece negar la admisión de otra prueba que la de la imposibilidad física del acceso del marido? El autor se inclina por respuestas afirmativas. El maestro Lacruz, en el prólogo al libro, condensa expresivamente lo fundamental de la tesis. La exclusión de pruebas, excepto la admitida por el artículo 108, párrafo 2.º ("no se admitirá otra prueba"), puede considerarse como "laguna legal", en cuanto al redactarse dicho artículo se excluyen las pruebas "conocidas en su tiempo u otras más o menos análogas, pero no aquellas que ni habían sido descubiertas ni podían ser imaginadas" (1).

5. La sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 1947, dice que, según el artículo 108, párrafo segundo, la imposibilidad física de acceso, aunque única para justificar la impugnación, "no se refiere a los medios probatorios utilizables, ni tampoco a una concreta causa determinante de la expresada imposibilidad, sino que autoriza el empleo y consiguiente apreciación de todos los medios que la Ley procesal admite, con la valoración que los asigna —si bien no cabría conceder ninguna a los de carácter biológicos, por ser contrarios al criterio que preside la fijación de las presunciones adoptadas por el legislador— y comprende cuantos hechos de cuya demostrada certeza resulte la imposibilidad de que el marido haya tenido relación carnal con su mujer en el período de tiempo precisado legalmente".

El autor hace la crítica de la sentencia, haciendo la pregunta: "¿Podrá pensarse en mayor absurdo que el hecho de rechazar las pruebas más seguras, objetivas y fidedignas de la no paternidad al interpretar el precepto que regula la acción que persigue, precisamente, demostrar que el marido no es el progenitor del hijo que se le atribuye?"

No estará fuera de lugar advertir, antes de seguir adelante, que la sentencia del 24 de enero de 1947 no se enfrenta con un pleito al que se hubiesen traído o se pretendieran aportar pruebas de carácter biológico. La sentencia no da lugar a la casación, y deja firme la sentencia de la Audiencia que declaró haber lugar a la acción de impugnación de legitimidad ejercitada, basada en el alejamiento del marido del lugar en que vive la mujer. Para que se interprete sin exceso la doctrina establecida, amplia y progresiva, se añade sin necesidad, por no ser aplicable el caso, la reserva respecto a las pruebas de carácter biológico.

La reserva que hace el Tribunal Supremo respecto de las pruebas biológicas puede quizá censurarse por innecesaria o prematura, dado el caso a decidir; no, en cambio, por imprudente o inadecuada en el momento de dictarse. La

(1) Parece que más que de una "laguna legal" se tratará de aplicar la regla "rebus sic stantibus" a la interpretación de las leyes. El mismo RIBERO duda sobre que se trate de una verdadera laguna legal, p. 543.

tarea de la jurisprudencia no es la de prohijar ideas atrevidas de difícil práctica y desconectadas de la opinión común de los doctores, aunque dichas ideas resulten atractivas y se consideren progresivas.

6. La propuesta de transferir la "imposibilidad física" del marido, desde el plano de la cohabitación "in abstracto" a la de aquella generación "in concreto", ha sido calificada por el profesor Lacruz como "un volatín jurídico arriesgado: una suerte de triple salto mortal" (pág. 23). La utilización, al efecto, de las pruebas biológicas supone un volatín más difícil todavía, sin apoyo ni red protectora.

La sentencia de 1947 marca un avance bien progresivo, todo el que permite el texto legal, al admitir sin limitaciones cualesquiera medios de prueba respecto a la no cohabitación, y al no casar una sentencia que había dado lugar a la impugnación de la legitimidad del hijo, basada en circunstancias que hacían tan sólo presumir que no fue posible la cohabitación. La admisión de las pruebas biológicas supone desentenderse de la letra de la ley, cambiando el hecho que hay que probar; no se tratará de la cohabitación ("possibilitas cocundi"), sino de la generación ("possibilitas generandi"). Lo que hace que, al lado de la cuestión sobre el respeto debido a la letra de la ley, surja otra, tenida probablemente en cuenta por el Tribunal Supremo, la de la actual conveniencia de la utilización de las pruebas biológicas.

¿Son seguros los resultados de las tales pruebas? ¿Cabe practicarlas del modo debido? Sólo respondiendo a las dos de modo afirmativo sería justa la crítica al "obiter dicta" de la sentencia de 24 de enero 1947.

7. Para contestar la pregunta de si las pruebas biológicas son o no seguras, fidedignas y factibles en la práctica judicial, nos ofrece el autor datos suficientes y bien contrastados. Las principales pruebas biológicas, se nos dice, son la basada en la herencia de caracteres patológicos, la prueba heredobiológica o antropomorfológica, la prueba morfológica de la columna vertebral, la prueba de grupos sanguíneos y la prueba de madurez del recién nacido. Después de estudiarlas se nos enseña que las únicas acreditadas y fundamentales son: la heredobiológica, la de los grupos sanguíneos y la del grado de madurez del recién nacido. Sobre cada una de ellas, el autor hace observaciones muy dignas de ser tenidas en cuenta. La prueba heredobiológica puede llevar a una "verosimilitud confinante con la certeza", pero sólo —se nos aclara— si la prueba se hace mediante un estudio amplísimo de los caracteres somáticos y si la prueba se hace por mano de especialistas solventes. La prueba de los grupos sanguíneos, utilizable únicamente para la exclusión de la paternidad, se nos dice que en la práctica "esta prueba no se presenta como absolutamente exenta de error, con exactitud matemática o absoluta". Respecto de la prueba sobre el grado de madurez, se nos advierte que "es preciso tratar esta prueba con gran cautela y relacionada con otros elementos de juicio que resulten del proceso". En todo caso, precisa todavía el autor, la admisión de todas las dichas pruebas está condicionada por "la necesidad de centros y peritos especializados y de plena garantía".

No se puede dudar de que el progreso científico logre proporcionar una mayor seguridad a las pruebas biológicas y de que, con el dicho progreso, haya los suficientes técnicos especializados y de plena garantía. Mas no se

trata del futuro, aunque se considere cercano, sino de la actualidad, y las observaciones objetivas y autorizadas de nuestro autor parecen más bien avalar la prudencia del "dictum" excéptico de la sentencia de 1947, sobre el posible presente empleo de las pruebas biológicas (2).

8. No parece se pueda evitar un movimiento de extrañeza ante la solución propuesta por el autor, respecto de un supuesto especialmente anómalo de inseminación artificial. Es el caso de inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido. Dada la concurrencia de "principios opuestos", los correspondientes al semen ajeno y al consentimiento del marido, habrá que elegir, se nos dice, entre el atribuir la paternidad al "donante" o al marido. El autor concluye que el más apropiado para desempeñar el papel de padre es "el marido de la madre, el que con su «consensus» a la fecundación de su mujer llamó a la vida a ese nuevo ser: creo que el Derecho se lo puede confiar".

La señalada extrañeza deriva —aparte de lo chocante de la solución misma— de que el autor parece abandonar la concepción de la paternidad basada en el hecho de la generación real (lo que le llevara a la aceptación de las pruebas biológicas) en favor de la por él criticada concepción "dominical". Aquí el derecho del marido sobre el hijo habría de basarse en el poder del marido sobre la madre ("consensus" o permiso de fecundación), a consecuencia del cual el hijo pasaría al poder del marido como "fructus ventris" de su mujer; aparte, en su caso, del derecho que le correspondería por haber abonado el precio del semen al "donante". Tesis, en cualquier caso, alejada de toda consideración a lo dispuesto en la ley; no se tiene en cuenta la eficacia de la presunción legal en favor de la paternidad del marido, ni la ineficacia de dicha presunción frente a la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

9. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adoptado un criterio amplio y justo para apreciar como causa de impugnación "la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer", entendiéndose por ella: "la imposibilidad de que el marido haya tenido relación carnal con su mujer en el período de tiempo precisado legalmente, para que sirva de base a la presunción de que ha sido procesado por aquél el hijo nacido, lo que acontecería

(2) La genética habría, parece, que tenerla en cuenta en otro respecto. El autor en su crítica del estrecho y anticuado criterio del Código sobre la causa de impugnación de la legitimidad del hijo, cita como caso de escándalo el del hijo de distinta raza a la de los padres (hijo negro de padres blancos). En tal caso habría que tener en cuenta la posibilidad de lo que vulgarmente se llama "salto atrás". Caso conocido de la práctica es el que además de considerarse prácticamente imposible que un negro tuviese acceso a la madre, por no haber ninguno en la localidad ni siquiera de paso, se descubre una ascendiente mulata en la familia del marido.

En el prólogo de la obra se menciona el caso límite del hijo mulato de mujer blanca condenada por adulterio con un negro. También por ALBADALEJO, *El reconocimiento de la filiación natural*, 1954, p. 8. ¿Cabrá resolverlo equitativamente teniendo en cuenta la posibilidad que abre el artículo 140 del Código civil y el artículo 444 Código penal? Sobre este último precepto, BATLLE, *Efectos civiles de la condena penal por violación, estupro o rapto*. R.G.L.J., 674 (octubre, 1973), p. 428.

siempre que las pruebas acrediten una causa, cualquiera que ella sea, excluyente de la ocasión de que los cónyuges se hayan unido carnalmente, como lo son la impotencia, separación efectiva y, consiguientemente, la ausencia, en el sentido de alejamiento no interrumpido, circunstancia ésta apuntada en la ley IX del título XV de la tercera partida, como contraria a la presunción de legitimidad del hijo, «habiendo el marido estado alongado della —de la mujer— tanto tiempo que pudiessen sospechar según natura que el hijo fuera de otri» (sentencia 24 enero 1947) también sentencias de 19 junio 1958 y 16 de abril 1969, 21 abril 1970). Doctrina que habrá que entender comprende no sólo la ausencia de hecho, sino también la ausencia declarada judicialmente.

El autor se enfrenta con otra cuestión distinta, aunque conexas, planteada por los autores, y critica la tesis de quienes han sostenido que aún declarada la ausencia debe inscribirse al hijo que tenga la mujer durante el período de ausencia, como legítimo, sin que ello sea óbice para que se ejercite en su caso por quién corresponda y a su debido tiempo la acción de impugnación de la legitimidad. Crítica bien fundada y razonable. Hubiera podido completarse teniendo en cuenta la teoría de quienes apoyan dicha tesis, además de en la regla “*pater is est quem nuptias demonstrat*”, en la presunción de vida mencionada en el artículo 195 del Código civil. En base de ella se ha dicho: “serán legítimos los hijos habidos por la mujer del ausente durante la ausencia y antes de ser declarado fallecido; contra la legitimidad será precisa la prueba negativa de la posibilidad de acceso con su mujer y esta prueba puede ser la de su muerte” (3).

Teoría a la que se ha opuesto que el artículo 195 tiene la finalidad de señalar cual sea la eficacia de la declaración de fallecimiento; y que para nada se ocupa de la situación de la ausencia legal si no es para decir que cesa por la declaración de fallecimiento. La declaración de ausencia significa la constatación auténtica de la separación de los cónyuges y, por ello, deja de funcionar la presunción legal de que son legítimos los hijos del ausente nacidos después de los trescientos días siguientes a la fecha fijada en el auto que declare la ausencia, como la de la desaparición del marido (4).

La declarada separación de los cónyuges —citada como distinta a la disolución del matrimonio en el artículo 108— excluye la presunción de legitimidad. En su consecuencia, la inscripción de la declaración de ausencia del marido será obstáculo para que se inscriba como legítimo al hijo de la mujer del ausente; mientras no se deje sin efecto el auto de declaración de ausencia (art. 2.043 L. E. C.) o se justifique judicialmente que el marido pudo tener acceso a la mujer en los primeros cientos veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento (art. 111, párrafo último, por analogía).

10 El autor nos ofrece una repetida y severa crítica de la doctrina de la Dirección General de los Registros, sobre la inscripción fuera de plazo del nacimiento de hijo de mujer casada, cuando “las circunstancias del caso son contrarias a la legitimidad del hijo”. Censura que extiende al artículo 314.

(3) SERRANO Y SERRANO, *La ausencia en Derecho español*, 1943, p. 389.

(4) CASTRO, *Derecho civil de España*, II, Derecho de la persona, 1955, pp. 534-537, *Compendio de Derecho civil*, 1970, pp. 299-300, 303.

del Reglamento del Registro civil, en su redacción actual (D. 22 mayo 1969), y que dice: "En cuanto a la filiación, se estará a lo legalmente dispuesto. No puede decidirse en expediente la reclamación de una legitimidad cuya posesión no se ostenta."

Nos dice que la Dirección General, sin manifestarlo o quizá sin saberlo, sigue la teoría de Cicu sobre el estado civil y que la Dirección, y el artículo 314 citado, no respetan lo mandado en el artículo 108, que establece la presunción legal de legitimidad en favor de los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.

He de confesar, ante todo, que las razones con las que se motiva dicha crítica no me resultan claras y que hasta dudo sobre si habré sabido captar el pensamiento del autor. Con esta reserva expongo mis observaciones.

La teoría de Cicu, recogida en dicha crítica, establece que la presunción de paternidad "tiene su base en el acta de nacimiento" y que dicha acta o inscripción tiene la condición de título de estado, de ahí su fuerza e importancia. No veo que sea ésta la doctrina de la Dirección General. La Dirección parte de un postulado diametralmente distinto. Como se dice en la Exposición de Motivos del Reglamento (D. 16 noviembre 1958), "la actividad registral tiene por fin crear títulos de legitimación sobre el estado civil"; es decir, se niega expresamente la teoría de Cicu, pues la inscripción en el Registro no se considera título atributivo de estado, sino con la fuerza reducida propia de un título de legitimación.

Junto a la inscripción, con su valor formal, la normativa registral vigente conoce otro título de legitimación, la posesión de estado, que es reflejo inmediato de evidentes realidades sociales. Lo que concuerda con la preocupación del legislador que procura lograr "la concordancia del Registro y la realidad" (art. 26 L. R. C.). Por ello, puede afirmarse que el artículo 314 del Reglamento está en armonía con este criterio legislativo, al tener en cuenta la posesión de estado.

No debe tampoco olvidarse que, ahora, la inscripción fuera de plazo, para hacerse, requiere tan sólo un expediente gubernativo (art. 95, 5.º, L. R. C.), modo de ingreso anómalo en el Registro. Tiene su origen en el Decreto de 19 de marzo de 1906, artículo 3.º, que rompe el criterio severo del artículo 18 de la ley de 1870, y que da flexibilidad a la actividad registral. Apertura entonces expresamente limitada a los casos en que la corrección del Registro no afecte a la filiación de la persona.

Así la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril 1917, que da lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, lo hace considerando nula la inscripción hecha fuera de plazo, y ello, tan sólo, nos dice, porque "se trata de una cuestión de estado civil tan importante como la filiación, y se necesita para la inscripción una sentencia firme que sólo podrá obtenerse en un juicio ordinario declarativo".

Se observará que antes de la nueva normativa registral, vigente el artículo 108 del Código civil y la ley de 1870, se entiende que la inscripción fuera de plazo, incluso en un caso en el que no había intereses particulares encontrados, en interés de la ley, por tratarse de un supuesto de filiación, se requiere para

dicha inscripción una sentencia firme. La ley de 8 de junio de 1957 ha suavizado lo dispuesto por aquella ley provisional de 1870, sobre las inscripciones fuera de plazo y admite el procedimiento gubernativo de modo amplio (artículo 95, 5.º), pero lo hace reforzando las garantías; entre ellas, destacan las referentes a la filiación, conforme a su importancia para el estado civil y también por el valor concedido a la inscripción de la filiación (art. 50, L. R. C.).

Parece, por tanto, justificada toda prudencia cuando se trata de una filiación, que si bien tiene a su favor la presunción legal "iuris tantum", establecida en el artículo 108, párrafo primero, del Código civil, por el contrario, choca con un título de legitimación importante, como es la posesión de estado; contradicción que se revela en el mismo expediente gubernativo (5).

No deben confundirse los respectivos planos del Derecho sustantivo y del Derecho registral; el Código civil atiende a la determinación de los títulos de atribución del estado civil; la ley y el reglamento del Registro civil se ocupan de regular los títulos de legitimación. Las normas registrales pueden y deben establecer las condiciones para la inscripción fuera de plazo. En cuanto a la filiación, siguiendo el criterio flexible de la reforma legislativa de 1958, el artículo 314 del Reglamento (redacción según Decreto 22 mayo 1969) no pone limitaciones a la inscripción fuera de plazo, excepto al decirnos que no puede decidirse en expediente la reclamación de una legitimidad cuya posesión no se ostenta. El artículo 314 citado establece una reserva o restricción mínima a la inscripción fuera de plazo respecto de la filiación; ella está en armonía con el sistema registral y la gran fuerza atribuida en él a la inscripción; la que, nos dice la ley, hace fe, en su caso, de la filiación del inscrito (artículo 41).

Conocidas por el expediente gubernativo razones graves para dudar sobre la realidad de la filiación, cuya inscripción fuera de plazo se solicita, y cuando esa duda resulta de una posesión de estado contradictoria de la filiación pretendida, parece lo más de acuerdo con la función del Registro civil denegar la inscripción fuera de plazo y dejar que la parte interesada acuda al medio normal de rectificación del Registro, o sea, al juicio ordinario de mayor cuantía (art. 483, L. E. C.). Es la solución que parece más acorde con las notas de seguridad y seriedad correspondientes a las inscripciones; dado el alto valor que a ellas les otorga la ley (6).

(5) La presunción establecida en el párrafo primero del artículo 108 del Código civil puede ser combatida ("iuris tantum"), aunque limitadamente y sólo en el supuesto del párrafo segundo del mismo artículo; más respecto de dicho supuesto cabe utilizar cualquier medio de prueba, incluso el de presunciones; el juez habrá de apreciar a su prudente arbitrio si la prueba hecha evidencia la imposibilidad física del marido, para tener acceso con su mujer. Prueba negativa, que no requiere se pruebe la imposibilidad día a día y momento a momento (prueba diabólica), sino la apreciación racional y prudente de las circunstancias.

(6) No parece se llegue a resultados aceptables mediante la aplicación de la presunción del artículo 108, Código civil, como medio para imponer una automática inscripción fuera de plazo. Habría, por ejemplo, que inscribir como legítimo el hijo de mujer casada, que constara inscrito como hijo de quien convive con la madre, conocido como tal, y a cuyo marido ausente en lejanas tierras (preso, prisionero) le fuera ocultado dicho nacimiento; poniendo en manos de una persona de probable mala fe los beneficios de la inscripción.

11. Es de temer que la exposición en extenso de algunas de las observaciones y dudas originadas por la lectura de la obra que se reseña, pueda dar la impresión de un juicio peyorativo sobre ella. Lo lamentaría, pues no sería justa ni conforme al propósito de estas notas. Es de advertir, para evitar todo equívoco, que se trata de una obra seria, bien documentada, valiosa y útil. Por ello, parece adecuado concluir esta reseña reproduciendo unas palabras sobre el autor, contenidas en el prólogo redactado por el profesor Lacruz, y que constituyen el más autorizado juicio sobre su labor. Se nos dice: "le he visto preocupado por el método y por la validez de sus tesis y su modo de discurrir; exigente al dar forma a su pensamiento; respetuoso y crítico a la vez —ni iconoclasta ni servil— frente a opiniones ajenas; intentando siempre llegar al fondo del problema y plantear la problemática de cada precepto; estudiando los Derechos extranjeros con profundidad, pero sin emplearlos en desfigurar el español; concediendo en éste toda la atención precisa a la base histórica, jurisprudencial o doctrinal, pero constituyendo sobre ella doctrina y soluciones propias..."

C. B.