

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

A PROPOSITO DE UNA INTERPRETACION JURISPRUDENCIAL DEL ARTICULO 111 DEL CODIGO CIVIL

(Comentario a la Sentencia de 23 de julio de 1987)

SUMARIO: I. Fundamentos de Derecho de la Sentencia. II. Alusión a algunas cuestiones de forma. III. Planteamiento del comentario. IV. Sobre la aplicabilidad del artículo 111 del Código civil al caso juzgado: a) el artículo 111 del Código civil y la preexistencia de determinación extrajudicial de la filiación; b) acción de impugnación y determinación judicial de la filiación; c) acción de impugnación y oposición a la determinación judicial de la filiación. V. Sobre la interpretación extensiva del artículo 111 del Código civil: a) carácter extensivo o no de la interpretación propuesta; b) finalidad del artículo 111 del Código civil: sanción y tuición. VI. Conclusiones.

I. Es objeto del presente comentario la Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo en fecha 23 de julio de 1987, y de la que fue ponente don Cecilio Serena Velloso. Me parece útil para centrar el tema reproducir a continuación los Fundamentos de Derecho en que se apoya el fallo; los hechos que dieron lugar a la resolución pueden deducirse (con las matizaciones a que me referiré más adelante) del primero de ellos:

1. Para un adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación ocurre anteponer al examen de sus motivos las siguientes puntualizaciones: A) La mujer demandante y ahora recurrente contrajo matrimonio con el demandado recurrido el 21 de julio de 1978. B) Surgidas desavenencias entre los cónyuges, se separaron de hecho otorgando escritura de capitulaciones matrimoniales el 28 de abril de 1980, dando por terminado el régimen de Sociedad conyugal y adoptando el de separación absoluta de bienes, considerándose que cuantos bienes (muebles o inmuebles, usufructos, créditos y derechos) puedan adquirir en el futuro, se considerarán propiedad del cónyuge que los posea o adquiera, sea cualquiera la fecha y título de adquisición y nunca tendrán el carácter de consorciales. Cada capitulante hará suyos los productos que obtenga con su trabajo personal, así como los frutos y acciones de cuantos bienes posea, conservando asimismo la administración, usufructo y disposición de todo ello; renunciando mutua y recíprocamente a los derechos de viudedad foral que al uno pudiera corresponder sobre los bienes del otro y, en fin, acordando fijar cada uno de ellos e independientemente su domicilio, en el lugar de España o del extranjero que estimen oportuno. C) No obstando la radicalidad de lo acordado y según así lo narra el escrito de la demanda (vuelto del folio 10), es lo cierto que «al poco tiempo y con el fin

de intentar rehacer su matrimonio, ambos decidieron pasar juntos los fines de semana y algún período de vacaciones, lo que ocurrió casi de forma ininterrumpida o al menos con mucha frecuencia desde el mes de julio de 1980 hasta el otoño de 1981»; narración con la que, sustancialmente, se halla conforme el demandado (véase el escrito de la contestación, al folio 27). D) Hacia el mes de abril de 1981 la demandante quedó encinta, lo que le fue comunicado por la misma al demandado, quien, según manifiesta (escrito de la contestación, vuelto del folio 27), ante la actitud de la primera (quien se negó a reanudar la convivencia, gozó de vacaciones sola en la playa y, en fin, hizo declaraciones sobre su deseo de tener un hijo aunque fuera de persona a quien después no fuera a ver), provocadora de nuevas disensiones, sospechó de ella y así «comenzaron a surgir respecto de su paternidad del futuro niño» las que califica de «lógicas dudas». E) La demandante dio a luz el 22 de enero de 1982 al niño que fue inscrito en el Registro Civil como A. P. B. S., hijo del demandado J. B.S. y de la demandante A. S. R.; inscripción que es la obrante al folio 467 del tomo 451 de Nacimientos del Registro Civil de Zaragoza. F) Entabló el aquí demandado acción de impugnación de la paternidad del párrafo primero del artículo 136 del Código civil ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, el cual dictó sentencia, que quedó firme por no haber sido apelada, el 9 de septiembre de 1983, y en cuyo fallo se desestimó la pretensión formulada por el demandante de que se declarara la falta de filiación matrimonial paterna del mismo respecto del A. P. y estimando la reconvenición deducida por la allí demandada, aquí demandante, declarando ajustada a derecho la inscripción de su nacimiento, condenándose en las costas. G) En el juicio de que el presente recurso dimana la mujer solicita, al amparo del artículo 111 del Código civil, se dicte sentencia por la que se acuerde excluir al demandado de la patria potestad y demás funciones tuitivas con respecto al menor A. P. B. S., manteniendo éste el apellido del padre. Pretensión ésta que ha sido desestimada por la sentencia del Juzgado (27 de abril de 1984), confirmada por la Audiencia (31 de octubre de 1985) y que, según el criterio del Ministerio Fiscal, que ha sido parte (al amparo del art. 3.º, número 6, de su Estatuto Orgánico), en este trámite de la casación, debe ser inatendida. H) Ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza pende aún o ha sido sustanciado, juicio de divorcio movido entre los aquí litigantes, en cuya pieza separada de medidas provisionales recayó auto de 26 de noviembre de 1983, acordando primero autorizar la separación de los cónyuges, cesando la presunción de convivencia; segundo entender revocados los consentimientos y poderes y cesada la posibilidad de que uno vincule los bienes privativos del otro en el ejercicio de la potestad doméstica; tercero encomendar a la mujer la guarda y custodia del hijo del matrimonio, y cuarto fijar en 10.000 pesetas la cantidad que el marido deberá entregar mensualmente a la mujer en concepto de alimentos para el hijo común. En dicho juicio fue recaído, al parecer, sentencia de primer grado, declarando el divorcio.

2. El primero de los motivos del recurso se ampara en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y alega la infracción por no aplicación del artículo 111 del Código civil o, lo que es igual, trae a la consideración de esta Sala el mismo objeto del juicio de que dimana. El artículo invocado excluye al progenitor de «la patria potestad y demás funciones tuitivas y (dispone) no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias», aparte en otro supuesto que ahora no importa (pri-

mero) «Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición» (segundo). Al parecer del recurrente, «la norma del artículo 111 (segundo) del Código civil no consiente la reducción de su aplicación al caso en que la filiación haya sido determinada única y exclusivamente por una sentencia judicial, ni impide, por tanto, su aplicación al caso en que dicha filiación, habiéndose determinado mediante contienda judicial hubiera sido no obstante ya inscrita registralmente por uno solo de los progenitores incluso bajo la presunción legal del matrimonio de éstos, pero con la oposición del otro progenitor, contra cuya oposición se hubiere producido, asimismo, la sentencia determinante de la filiación del hijo». Se pretende, en suma, extender el mandato del artículo 111, desde los supuestos en él contemplados y en particular desde el previsto en el número segundo del primero de sus párrafos, o sea, «cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición», al caso justiciable caracterizado por las circunstancias reseñadas en el fundamento primero de la presente sentencia, en el cual el marido impugnó la paternidad al amparo del párrafo primero del artículo 136, sin éxito.

3. Debe ser desestimado este motivo primero: A) Por cuanto no cabe identificar el caso justiciable con el supuesto del artículo 111 en que se pretende subsumirle, ya que en aquél la filiación aparece determinada por el matrimonio y la inscripción, mientras que el artículo contempla la filiación en trance de ser determinada judicialmente, con la oposición del progenitor. No faltan, sin embargo, opiniones contrarias equiparadoras de las acciones de investigación y de impugnación en punto a excluir su ejercicio al de la patria potestad. B) La aplicación analógica del artículo 111 o la del 170 que regula la privación de la patria potestad por sentencia fundada «en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad» superada la reluctancia que origina su contenido sancionador, exigiría además homologar entre sí alguno de los supuestos de dichos artículos con el caso justificable verificando que concurre en este respecto de uno u otro de aquéllos la semejanza exigida por el número 1 del artículo 4.º, pero ello a partir de un vacío normativo que no existe aquí. Parece que el recurso descarta la analogía y argumenta la directa aplicación del precepto y para ello identifica la oposición a la acción de filiación del 111, con el ejercicio de la acción de impugnación del 136 y pretende aplicar mejor que extender a ésta, los efectos de aquélla. C) Las sanciones del artículo 111 (todas las cuales, y no sólo la de privación de la patria potestad, ya que son segregables entre sí, habrían de serle impuestas al demandado) han sido reputadas excesivas por un autorizado sector de la doctrina cuando existan dudas razonables sobre la paternidad cual las que existían en el caso antes de practicarse para disiparlas las concluyentes pruebas producidas en el juicio resuelto por la sentencia de 9 de septiembre de 1983. La aplicación que se insta trasladaría tal excesividad extendiéndola a supuesto distinto de aquel al que está intimada por el legislador y al que inexcusablemente tiene que serle aplicada por su mandato sin poderse hacer discriminaciones acaso convenientes. D) La privación total o parcial de la patria potestad, siempre temporal como enseña su párrafo segundo, se halla regulada exhaustivamente por el artículo 170 en correlato del «incumplimiento de los deberes inherentes a la misma» y, fuera de ese precepto y de los artículos 9.º (tercero) y 17 (apartado B) del Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores (aprobado por Decreto de 11 de junio de 1984), que pueden aplicar la medida protectora de suspensión de la guarda y custodia, no existen otros preceptos en

vigencia (dentro de la esfera civil y aparte los hechos constitutivos de infracción penal y sus efectos civiles) que autoricen a privar o suspender aún parcial y temporalmente a los progenitores que la ostenten del ejercicio de la patria potestad. Desde esta óptica, debe ser desestimada la pretensión, ya que ni siquiera se ha alegado el incumplimiento de esos deberes por el demandado. E) La patria potestad es institución, que en el derecho actual se inspira, y así lo proclama principalmente el párrafo segundo del artículo 154, en el bien del hijo que aparece como absolutamente determinante, principio con antecedentes en el Derecho Aragonés, en el que siempre fue así, cediendo íntegramente en beneficio del hijo; y, en el caso justiciable, parece que la pretensión se halla animada no tanto de ese designio como de los explicables sentimientos de la mujer. F) Pendiente juicio civil de divorcio, como se deja advertido, será en ese juicio donde propiamente habrán de adoptarse las medidas que autoriza el artículo 170 en relación con el 92, a tenor de cuyo párrafo tercero en la sentencia que recaiga en los juicios de separación, nulidad y divorcio, se acordará la privación de la patria potestad «cuando en el proceso se revele causa para ello».

4. El motivo segundo invoca «los artículos conexiónados 39.2 y 14 de la Constitución española, ya que la protección integral a los hijos que garantiza el primero de estos artículos constitucionales quedarían injustamente discriminados contra lo establecido en el segundo, aquellos hijos que no obstante haberse visto impugnados en su filiación por sus progenitores en la consiguiente reclamación judicial, hubieran llegado a ser inscritos a su nacimiento en el Registro Civil, si esta circunstancia, que es accesoria e independiente de la voluntad impugnatoria de los padres, impidiese la protección del artículo 111, 2.º, contra la presunción de inidoneidad a los efectos de la atribución de la patria potestad, según la doctrina sentada en las sentencias precedentes». «El artículo 39 de la Constitución española, en su párrafo segundo (razona) asegura la “protección integral” de los hijos por parte de los poderes públicos “con independencia de la filiación de los hijos y por ende, con independencia del modo y manera con que dicha filiación quede determinada legalmente”. Garantía (concluye) ésta de la “protección indiscriminada” al hijo, que no es sino un corolario del precedente principio fundamental del artículo 14 en su proclamación de la “igualdad ante la ley, sin discriminaciones”, según en seguida hemos de ver.» Las alegaciones que se dejan extractadas cede ante lo razonado en el precedente fundamento de derecho. Debe añadirse ahora, a nivel de preceptos constitucionales, que más bien cabría tachar de inconstitucional el precepto del artículo 111 por cuya aplicación se pugna, ya que indiscriminadamente religa graves efectos sancionatorios a la mera oposición a la acción de filiación, sin acepción de los progenitores que razonablemente abrigaron dudas sobre su paternidad y, disipadas por las pruebas del juicio, acataron lo pronunciado aquietándose con la sentencia de primer grado.

5. Conforme al artículo 1.615, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben serle impuestas las costas a la parte recurrente, quien además perderá el depósito que hubo de constituir para formalizarlo.

II. Antes de entrar en lo que va a ser el objeto central de mi comentario, no quiero dejar de hacer alguna observación de tipo formal a la sentencia indicada. Me refiero al Fundamento de Derecho primero, que recoge no los hechos probados, sino, en expresión harto llamativa del Tribunal Supremo, unas «puntualizaciones». En dichas «puntualizaciones» se mezclan: a) lo que aparece —al

menos formalmente— como hechos probados (lo son —o lo parecen— la mayoría de los allí recogidos); b) lo que aparece formalmente como hechos relatados por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, con cita expresa de tales escritos en justificación de lo relatado, y sin llegar a aclarar cuál es el valor que el Tribunal Supremo concede a todo ello: señaladamente, lo contenido bajo las letras C y D del Fundamento de Derecho ahora aludido (1); c) y lo que no es afirmación de hechos probados ni relato de los afirmados por las partes, sino de datos de hecho de los que el juzgador tiene alguna noticia, no del todo segura: es paradigmático el último inciso de la letra H («en dicho juicio fue recaído, *al parecer*, sentencia de primer grado, declarando el divorcio»). Visto todo lo cual, no es extraño que el Tribunal Supremo no se atreva a hablar aquí de hechos probados, y hable más bien de «puntualizaciones».

El problema —y de ahí la crítica— es que los hechos que ha de tener en cuenta el juzgador, y de recoger en su sentencia, son los probados, porque son los que tienen la entidad suficiente como para sostener la argumentación que conduce al fallo. No, entonces, los simplemente alegados, sin más y en cuanto tales, por las partes; y desde luego no aquellos sobre los que el juzgador no tiene noticia cierta. Incluir dentro de los Fundamentos de Derecho hechos que respondan a alguna de estas dos últimas categorías, cuya consistencia jurídica es más que discutible, desdeña considerablemente el rigor y la seriedad con que debe producirse cualquier Tribunal, y no facilita precisamente la claridad y congruencia de la sentencia. Consideraciones éstas que cobran un mayor tinte de urgencia cuando quien así actúa es el Tribunal Supremo; y tal es el caso.

Por lo demás, que los hechos que la sentencia debe recoger son los probados, y no otros, viene a confirmarlo expresamente el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

III. La cuestión fundamental a la que se enfrenta, y que resuelve la sentencia, es la de la aplicación al supuesto de hecho del artículo 111 del Código civil. El tema, como se verá a lo largo del comentario, no es fácil, por las peculiaridades que presentan los hechos a los que el precepto citado debe ser aplicado. Sin embargo, el Tribunal Supremo la decide en un solo Fundamento de Derecho —el 3.º—, en el que intenta, sin conseguirlo del todo, solucionar las dificultades de interpretación y aplicación que presenta la aludida norma (2). Lo hace, sin embargo, de una manera hasta cierto punto asistemática, puesto que ordena arbitrariamente razonamientos referidos a problemas diferentes, susceptibles de una exposición orgánica más coherente que la efectuada por la sentencia, produciendo

(1) Sin perjuicio, evidentemente, de que se trate de hechos probados, en la medida en que demandante y demandado estén de acuerdo sobre ellos en sus respectivos escritos (art. 549 y 565 L.E.C.) —así ocurre en la «puntualización» recogida bajo la letra C—. Pero entonces deberían figurar como tales hechos probados, sin necesidad de acudir para justificarlos a los respectivos escritos, como hace la resolución comentada.

(2) En efecto, el Fundamento de Derecho primero contiene las puntualizaciones de hecho a las que ya he hecho alusión; el segundo resume el primer motivo del recurso; en el tercero contesta a él; en el cuarto expone el segundo motivo del recurso, y se remite para su resolución al Fundamento de Derecho anterior (con el añadido, *obiter dictum*, de algunas afirmaciones sobre el artículo 111 del Código civil que pueden ser reconducidas al Fundamento de Derecho 3.º, como veremos más adelante); y el quinto condena en costas a la recurrente. De manera que sólo el tercero tiene sustantividad jurídica propia, como fundamento real del fallo.

en el lector una cierta impresión de desconcierto. Una exposición ordenada de todo ello hubiera contribuido poderosamente a aumentar la claridad argumental y expositiva del fallo (art. 359 de la L.E.C.); y, con gran probabilidad, a que el propio juzgador fuera consciente de las zonas de sombra que presentan sus razonamientos. Porque, efectivamente, me parece que el Tribunal Supremo no ha agotado en extensión y en profundidad, ni mucho menos, el numeroso elenco de problemas que suscita el intento de aplicación del artículo 111 al caso controvertido: lo veremos a lo largo del presente comentario.

Puede contribuir a aclarar esta afirmación una comparación, por lo demás somera, entre lo que cabría denominar la «hipótesis normal» o menos problemática del artículo 111 del Código civil (3), y el caso justiciable. El precepto citado, en una primera aproximación, responde con toda claridad a un supuesto en el que la filiación de uno de los progenitores —paterna o materna— no está legalmente determinada (art. 115 del Código civil), y para que lo esté se ha hecho uso de la correspondiente acción de reclamación de la paternidad o maternidad (art. 131 y s. del Código civil), a la que se ha opuesto sin éxito el progenitor demandado; situación con respecto a la que vale la pena resaltar, a los efectos que ahora interesan, los siguientes puntos: la falta de previa determinación legal de la filiación con respecto a ese progenitor, el empleo de la acción de reclamación (de forma que se trata de determinación judicial), y la oposición procesal y sustantiva del progenitor demandado. Frente a ello, el caso resuelto por el Tribunal Supremo es considerablemente más complejo, y de ahí proceden las dificultades a la hora de aplicar el artículo 111 del Código civil: en él, la filiación del hijo, tanto paterna como materna, se encuentra legalmente determinada por la inscripción en el Registro (art. 115, 1.º, del Código civil); el padre se enfrenta a ella, pero por medio de una acción de impugnación (art. 136 y s. del Código civil), en la que asume el papel de demandante, y que es rechazada por los Tribunales. Todas estas peculiaridades son relevantes tanto a la hora de resolver el caso como a la de comentar esa resolución.

Precisamente las dudas que todo ello suscita en torno a la aplicabilidad directa del artículo 111 del Código civil al supuesto de hecho llevan la discusión en algunos momentos al terreno de la eventual aplicación analógica del mencionado artículo, o al de la licitud de una interpretación extensiva del mismo. Sobre lo cual argumenta también el Tribunal Supremo.

Quedan de esta forma delimitados los aspectos a los que debe referirse, en mi opinión (y aunque el Tribunal Supremo haya prescindido o pasado por alto algunos de ellos), el análisis que a continuación paso a efectuar.

IV. Según lo dicho, las dudas acerca de la aplicabilidad directa del artículo 111 del Código civil al caso controvertido pueden tener alguno de los siguientes fundamentos: a) que dicho precepto se refiere a un caso de determinación judicial de la filiación, cuando aquí la filiación ha quedado determinada por el matrimonio de los padres, y la inscripción del nacimiento en el Registro: es el argumento que utiliza el Tribunal Supremo cuando afirma que «no cabe identificar el caso justiciable con el supuesto del artículo 111 en que se pretende subsumirle, ya que

(3) Es evidente que esta «hipótesis normal» no agota el contenido del artículo 111 del Código civil, ni los supuestos de hecho a que éste es aplicable; no pretendo afirmar tal cosa, sino poner de relieve con claridad las peculiaridades que presenta el caso resuelto.

en aquél la filiación aparece determinada por el matrimonio y la inscripción, mientras que el artículo contempla la filiación en trance de ser determinada judicialmente, con la oposición del progenitor»; llama la atención, sin embargo, el inciso final de esta misma letra A del Fundamento de Derecho 3.º («no faltan, sin embargo, opiniones contrarias equiparadoras de las acciones de investigación y de impugnación en punto a excluir su ejercicio al de la patria potestad»); b) que, en todo caso, no ha habido determinación judicial de la filiación (como pide el artículo), porque la acción de impugnación de la paternidad no es de suyo hábil para surtir esos efectos, sino sólo la de reclamación: se trata de un fundamento estrechamente unido al anterior, pero que no se confunde conceptualmente con él, por lo que conviene tratarlos por separado; c) y que el precepto interpretado contempla la oposición del progenitor afectado, mientras que en el caso, al haberse utilizado la acción de impugnación, su situación procesal es la de demandante, y la oposición procesal a la acción ha corrido a cargo de la madre, en representación de su hijo.

a) El artículo 115 del Código civil plantea en forma alternativa los sistemas —judicial o extrajudicial (4)— de determinación de la filiación, de manera que la filiación de una persona, normalmente, vendrá determinada bien por la inscripción del nacimiento en el Registro junto a la del matrimonio de sus padres, bien por sentencia judicial. Las relaciones entre los dos tipos de determinación revestirán, también habitualmente, tintes de conflicto entre dos filiaciones contradictorias, determinada una judicial y otra extrajudicialmente. Más raro será encontrar algún caso en que la misma filiación esté determinada de ambas formas, ya que cuando la filiación ha sido ya determinada correctamente en forma extrajudicial, no suele ser preciso recurrir a la acción de reclamación. Lo que ocurre es que en el caso controvertido, la filiación que resulta de la inscripción del nacimiento en el Registro y la que ha quedado establecida por sentencia judicial (y más adelante veremos en qué medida puede hablarse aquí de determinación judicial de la filiación) son coincidentes y no contradictorias.

Es claro que el artículo 111 del Código civil precisa para su aplicación que la filiación haya sido determinada judicialmente; y es también patente que en el caso resuelto por la sentencia la filiación del menor se encuentra previamente determinada por la inscripción del nacimiento en el Registro. En tal caso, y como ya ha quedado recogido más arriba, el Tribunal Supremo se inclina, en la sentencia comentada, a considerar inaplicable el artículo 111 del Código civil, precisamente porque existe dicha determinación extrajudicial previa de la filiación (5).

(4) Tomo la terminología, que me parece útil por su concisión, de DE LA CÁMARA, *El nuevo derecho de la filiación*, en el vol. col. «El nuevo derecho de familia español» (Madrid, 1982), p. 47.

(5) En la doctrina, podría ofrecer algún apoyo a la solución jurisprudencial la siguiente afirmación de DE LA CÁMARA (*op. et loc. cit.*): «El número primero (del art. 115 del C.c.) se refiere a la determinación extrajudicial de la filiación, y el segundo, evidentemente, a la judicial, es decir, *cuando la filiación del hijo como matrimonial no haya sido previamente determinada extrajudicialmente* y, dada la actitud de sus progenitores o herederos, sea preciso entablar una acción de reclamación de estado» (el subrayado es mío). Parece, según ello, que la previa determinación extrajudicial de la filiación excluye la posterior determinación judicial de la misma; lo cual, como he señalado en el texto, normalmente es así. Pero no siempre, como veremos a continuación.

No me parece, sin embargo, que ésta sea la solución más correcta. A efectos de la aplicación del artículo 111 del Código civil, lo que importa es dilucidar si ha habido una determinación judicial de la filiación contra la oposición del progenitor afectado; y ello con independencia de si previamente se encontraba determinada extrajudicialmente la misma filiación u otra contradictoria: este último es un dato que no parece contar para nada, de acuerdo con la dicción literal del precepto. De manera que si puede afirmarse que la filiación ha sido determinada en la forma que pide el artículo 111 del Código civil, con independencia de cualquier otra consideración, habrá que aplicar dicho artículo; y si no, no. Por lo tanto, hay que trasladar el núcleo de la *questio iuris* del lugar en el que la ha situado el Tribunal Supremo (existencia previa de determinación extrajudicial de la misma filiación), a otro distinto: si realmente puede afirmarse que, en el caso concreto, se ha producido una determinación judicial de la filiación paterna, como consecuencia del resultado de la acción de impugnación de la paternidad ejercitada por el marido.

b) Es habitual en la doctrina caracterizar la acción de impugnación desde un punto de vista negativo, en cuanto dirigida a negar la existencia de una determinada filiación, paterna o materna, que hasta ese momento constaba con base en la determinación extrajudicial; es decir, que se trata de una acción dirigida —en su vertiente sustantiva (6)— a afirmar que alguien no es el padre o la madre de alguien (7). Esta caracterización tiene importantes consecuencias en cuanto al tema que nos ocupa: 1) el efecto propio de la acción de impugnación, en lo que se refiere a la cosa juzgada, es también eminentemente negativo: se limita a cerrar la posibilidad de reclamar judicialmente la filiación que se niega, pero sin afirmar —en principio— ninguna otra (8); 2) por lo tanto, «una vez invalidada la determinación impugnada podrá determinarse otra filiación distinta, bien judicial, bien extrajudicialmente» (9). De acuerdo con todo ello, no parece que el ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad sea medio adecuado para producir la determinación judicial de la filiación.

Lo que ocurre es que, si bien todas las afirmaciones recogidas en el párrafo anterior son en principio ciertas, la consideración atenta del caso controvertido puede llevar a conclusiones bien distintas. En efecto, en todas ellas se parte como supuesto de que la acción de impugnación ha triunfado; y por tanto, la sentencia

(6) Como es sabido, la regulación que nuestro Código realiza de las acciones de impugnación, comprende dos supuestos diferentes: la acción que se dirige a obtener la declaración de que la filiación impugnada no se corresponde con la real; y la que tiene por finalidad declarar que la determinación de la filiación no se ha realizado cumpliendo todos los requisitos legalmente previstos (cfr., por todos, DE LA CÁMARA, *De la paternidad y filiación*, en *Comentarios de EDESA*, dir. ALBALADEJO, vol. III-1.º —Madrid, 1984—, pp. 507 y s., y 810 y s.; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en el vol. col. *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I —Madrid, 1984—, p. 991). Es la primera clase la que ahora nos interesa, y a ella me refería en el texto al hablar de la vertiente sustantiva de la acción de impugnación.

(7) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, p. 810; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS *op. cit.*, p. 992; SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (Barcelona, 1984), p. 614; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, t. 5-II (9.ª ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VAZQUEZ), p. 84; ENCARNACIÓN SERNA MERONO, *La reforma de la filiación* (Madrid, 1985), p. 322.

(8) Cfr., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. et loc. cit.*

(9) DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, p. 813.

que le pone fin lo que hace es negar una filiación previamente determinada (en forma extrajudicial), pero sin afirmar simultáneamente otra distinta. Sin embargo, en el caso resuelto por el Tribunal Supremo la acción de impugnación de su paternidad ejercitada por D. J. B. S. ha sido rechazada, y la sentencia ha adquirido firmeza de cosa juzgada ante el aquietamiento procesal del demandante; de manera que la situación es absolutamente contraria que aquélla de la que se parte para realizar las afirmaciones indicadas: consecuencia de la impugnación, en este caso, no es la negación de la paternidad del marido; sino su confirmación expresa: se ha declarado ajustada a Derecho la inscripción de nacimiento de D. A. P. B. S., y también que el niño es hijo matrimonial de los esposos (10). Esta es la sentencia y estas son las declaraciones que han adquirido firmeza, y que, por tanto, tienen frente a todos el valor de cosa juzgada (arts. 1.251 y 1.252.2 del Código civil). Parece claro, entonces, que en este caso sí que puede hablarse de determinación judicial de la filiación por sentencia firme (art. 111.2.º del Código civil), y como consecuencia del ejercicio de una acción de impugnación —de forma que, en virtud de lo prescrito por el artículo 134.2.º del Código civil, no cabría la posterior reclamación de una filiación paterna diferente—.

Como afirma Peña Bernaldo de Quirós (11), «si en el proceso de impugnación se discute el hecho mismo de la filiación y la sentencia confirma la filiación que estaba determinada por título extrajudicial, esta sentencia dota a la filiación de otro título de determinación distinto y con efectos mucho más fuertes, puesto que tiene, *frente a todos*, valor de cosa juzgada (cfr. arts. 1.251 y 1.252 del Código civil). Puede decirse, pues, que el pleito de impugnación ha dado lugar a que la filiación haya sido *judicialmente determinada* contra la oposición del progenitor» (los subrayados son del autor); y más adelante vuelve a escribir (12): «La sentencia, al confirmar el título impugnado, da a éste un efecto del que antes carecía: la inatacabilidad judicial.»

Como conclusión con respecto a este punto, parece que cabe afirmar, sin forzar en absoluto el sentido del artículo 111.2.º del Código civil, que en el caso justiciable la filiación ha sido judicialmente determinada, si bien por unas vías distintas de las habituales para ello, y hasta cierto punto excepcionales (13). Resta sólo dilu-

(10) Declaraciones que deben ser bastante tajantes, ya que el propio marido impugnante, en su escrito de contestación a la demanda inicial de este pleito, reconoce como hecho que se dictó sentencia «declarando al esposo padre del niño»; en lo cual está sustancialmente conforme con lo que se contiene al respecto en el escrito de demanda.

(11) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 822.

(12) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 859.

(13) No quiero concluir este apartado sin hacer algunas matizaciones a lo afirmado en el texto. Así, conviene advertir que, en mi opinión, no todo rechazo de una acción de impugnación acarrea automáticamente los efectos señalados en el texto, en el sentido de transformar en judicial la anterior determinación extrajudicial de la filiación; parece claro que, como advierte el mismo PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ello sólo sucederá cuando lo discutido en el proceso y resuelto en la sentencia haya sido el mismo hecho de la filiación (en expresión del autor citado, *op. et loc. ult. cit.*, «cuando lo que en el pleito se cuestione sea la misma realidad biológica de la maternidad o paternidad que el título acredite»). De esta manera, no tendrán lugar los susodichos efectos cuando la desestimación se deba, *vgr.*, a defectos formales de la demanda.

Más dudoso puede ser el caso en el que el fracaso de la acción de impugnación se deba, no a haber sido probada suficientemente en el proceso la paternidad del demandante (como es el supuesto que nos ocupa), sino a no haber quedado probada

dar si puede afirmarse que tal determinación lo ha sido contra la oposición del progenitor, tal y como pide el precepto citado.

c) Para aclarar la cuestión planteada, es preciso partir de los diferentes significados que, por lo que ahora nos interesa, puede tener la palabra «oposición»: uno, sustantivo y más general (como contradecir, enfrentarse, resistirse...) y otro técnico-procesal, que hace referencia a la actividad del demandado en el proceso.

En la aproximación que he hecho más arriba al sentido «normal» del artículo 111 del Código civil, la utilización del término «oposición» no presenta especiales problemas: en efecto, es el progenitor demandado en una acción de reclamación de la filiación quien la contradice, asumiendo así una actitud sustantiva de oposición (enfrentamiento o resistencia respecto a la pretensión del demandante) que se corresponde también con una actividad procesal de oposición, que es la que le incumbe como demandado; puede decirse que su oposición sustantiva se canaliza precisamente a través de su oposición procesal.

Pero volvemos a tropezarnos aquí con las peculiaridades de hecho que presenta el caso justiciable. En lo sustantivo, no cabe duda de que la actitud del progenitor es la misma que en el caso anterior: se opone —se niega— a ser considerado legalmente padre de D. A. P. B. S.; y en ese sentido asume una actitud sustantiva de oposición. Sin embargo, su situación y su actividad procesal no revisten ya ese paralelismo del que hablaba antes; al tratarse de una acción de impugnación, corresponde a quien se opone a ser considerado progenitor asumir el papel de demandante, mientras que la oposición, en el sentido procesal del término, viene atribuida al hijo demandado.

Así las cosas, me parece que, a los efectos del artículo 111.2.º del Código civil, lo que debe contar no es tanto el aspecto procesal (desde este punto de vista, puramente formal y accesorio), que hace depender la oposición del progenitor —y por tanto, la aplicación del precepto— de su condición de demandado; sino más bien el aspecto sustantivo, la negativa del progenitor a ser considerado legalmente como tal, exteriorizada claramente en el empleo de los mecanismos judiciales que tiene a su disposición (la oposición si se trata de una acción de reclamación; o el ejercicio de la acción de impugnación). Siendo la misma en lo fundamental la actitud del progenitor frente a su hijo, no se ve con claridad por qué las consecuencias jurídicas de esa actitud deben variar tan radicalmente, a expensas de sí, por cualquier causa, se asume una u otra situación en el proceso (14). De forma que, si cabe decir, con el cariz de excepcionalidad que veíamos antes, que en este caso hay determinación judicial de la filiación, habrá que concluir que tal determinación se ha llevado a cabo a pesar de la voluntad del padre, manifestada judicialmente por los medios oportunos, dados

su no paternidad, ya que la ausencia de tal prueba, como es sabido, favorece al hijo (así, RIVERO, *El nuevo régimen de la familia*, II —Madrid, 1981—, p. 51; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.* p. 1.000). en tal caso, no es claro que pueda hablarse propiamente de una determinación judicial de la filiación por obra de la sentencia que rechaza la acción de impugnación, puesto que, aunque el problema debatido haya sido el de la filiación biológica del menor, no se puede decir que haya quedado definitivamente resuelto, sino sólo que no está probada la no paternidad del impugnante (aunque la combinación entre la confirmación de la filiación legal previamente establecida provocada por el fracaso de la acción de impugnación, y la eficacia de cosa juzgada que tiene la sentencia firme recaída en ese proceso refuerzan evidentemente la posición jurídica de la filiación impugnada sin éxito).

(14) Cfr., en el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 822.

los antecedentes; es decir, con su oposición (15). Y, por lo tanto, habrá que concluir también que se dan en el supuesto controvertido los requisitos que el artículo 111.2.º del Código civil establece para su propia aplicación, frente a lo que afirma el Tribunal Supremo (16).

V. Pero no acaba aquí la cuestión, según se ha expuesto más arriba: la interpretación propuesta *sub* IV se presenta, en mi opinión, como la más coherente, desde el punto de vista del sentido de las palabras del artículo 111, y principalmente del espíritu y finalidad del precepto (art. 3 del Código civil). Sin embargo, ¿no cabe considerar que la efectuada es una interpretación extensiva de dicha norma? Y, si es así, ¿no resulta improcedente tal interpretación, dado el carácter hasta cierto punto sancionador del artículo? A estas preguntas, o a otras similares, parece contestar el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho 3.º, cuando en su letra B rechaza la aplicación analógica del artículo 111 del Código civil (17); y, principalmente, en su letra C: «Las sanciones del artículo 111 (...) han sido reputadas excesivas por un autorizado sector de la doctrina cuando existan dudas razonables sobre la paternidad cual las que existían en el caso antes de practicarse para disiparlas las concluyentes pruebas producidas en el juicio resuelto por la sentencia de 9 de septiembre de 1983. La aplicación que se insta trasladaría tal excesividad extendiéndola a supuesto distinto a aquel al que está intimada por el legislador y al que inexcusablemente tiene que serle aplicada por su mandato sin poderse hacer discriminaciones acaso convenientes.» Y más adelante, en el Fundamento de Derecho 4.º, llega a tildar el artículo 111 del Código civil de inconstitucionalidad: «... más bien cabría tachar de inconstitucional el precepto del artículo 111 por cuya aplicación se pugna, ya que indiscriminadamente religa graves efectos sancionatorios a la mera oposición a la acción de filiación, sin acepción de los progenitores que razonablemente abrigaron dudas sobre su paternidad y, disipadas por las pruebas del juicio, acataron lo pronunciado aquietándose con la sentencia de primer grado» (18).

(15) Dicho de otro modo: si como ha quedado establecido, hay en este caso una determinación judicial de la filiación, será preciso aclarar a efectos del artículo 111 del Código civil si tal determinación lo ha sido o no frente a la oposición del progenitor. ¿Cómo calificar, entonces, la actitud del progenitor que ha ejercitado la acción de impugnación? Evidentemente, no ha sido de conformidad, pero tampoco de pasividad; ha sido más bien de enfrentamiento, y por tanto, de oposición a los efectos del precepto indicado.

(16) Que no ha abordado, como se ha visto, las cuestiones más importantes que plantea, hasta el momento, dicha aplicabilidad.

(17) Que el recurrente, como reconoce el propio Tribunal Supremo, nunca ha pretendido. Es más, en el motivo primero del recurso advierte expresamente que no se está invocando un criterio de analogía en la aplicación del artículo 111 del Código civil, «norma legal que por ser restrictiva de derechos resulta de imposible aplicación a casos no expresamente contemplados por ella».

(18) Recoge aquí el Tribunal Supremo la opinión de GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 79: «Hay que concluir que (el art. 111) se ha excedido de su propósito, tratando por igual al progenitor demandado que teniendo dudas razonables sobre su paternidad se opone a la demanda, que al de mala fe que obstaculiza y entorpece por cualquier modo el normal ejercicio de la acción de reclamación. No parece justo tratar con el mismo rasero a todas las conductas procesales del demandado, y, tal y como está formulada, parece atacar frontalmente la presunción de inocencia del artículo 24.2, *in fine*, de la Constitución española.»

Para responder, a mi vez, a las preguntas planteadas será preciso determinar: a) si la interpretación que se ha propuesto de él, *sub* 4, es o no extensiva; b) cuál es la finalidad (sancionadora o no, y en qué medida) del precepto, lo que es de gran importancia a la hora de elegir los criterios de interpretación.

a) ¿Es la interpretación propuesta *sub* IV una interpretación extensiva del artículo 111 del Código civil? En mi opinión, no. Una cosa es que, como he advertido más arriba, el caso justiciable presente unas peculiaridades que lo separen apreciablemente de lo que cabe considerar supuesto normal de aplicación del precepto, y otra muy distinta afirmar que no encaja en dicho artículo, de manera que haya que forzar hasta cierto punto su sentido para hacerlo encajar.

La búsqueda del sentido de la norma es inseparable de la labor de interpretación. Como señala De Castro (19), «la aplicación de las normas supone una actividad creadora en cuanto el que interpreta da sentido, desarrolla y completa la ley». Con la interpretación ofrecida lo único que se ha hecho es llevar el artículo 111 del Código civil hasta sus últimas consecuencias, pero no más allá; y se trata de unas consecuencias que podían haber pasado inadvertidas, por la inusualidad del supuesto que puede provocarlas, pero que en todo caso se encuentran dentro de lo que preceptúa la norma. Utilizando las clasificaciones que ofrece el mismo De Castro (20), cabe afirmar que la realizada es una interpretación declarativa lata del artículo 111 del Código civil, que en ella se ha intentado precisar el valor de las palabras, de acuerdo con el contenido de la ley, y aceptando su significado más amplio (21). Por lo tanto, no cabe hablar aquí de una interpretación extensiva, la cual, como es de sobra conocido, es conceptualmente distinta de la declarativa.

En efecto, con la interpretación defendida no se ha pretendido extender el tenor literal de la norma a casos no contemplados por ella (y eso, y no otra cosa, es lo vetado taxativamente por el artículo 4.2.º del Código civil, respecto a normas penales, excepcionales y de ámbito temporal), sino determinar en forma correcta cuál es el ámbito propio de aplicación del precepto. Así, habría interpretación extensiva si se hubiera intentado predicar las consecuencias del artículo 111 del Código civil de un hipotético caso de determinación extrajudicial de la filiación con la oposición del progenitor, o de determinación judicial siendo la postura procesal del progenitor no de oposición, sino de rebeldía. Nada de ello se ha propuesto *supra*: simplemente se ha aclarado —o por lo menos se ha intentado aclarar— que la determinación judicial puede proceder no sólo de una acción de reclamación, sino también —aunque excepcionalmente— de una acción de impugnación; y que esa determinación judicial ha tenido lugar frente a lo que pretendía, también judicialmente, el progenitor (es decir, con su oposición sustantiva): y todo ello entra de lleno en la dicción literal del artículo.

(19) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I (Madrid, 1949; reimpresión, Madrid, 1984), p. 465.

(20) DE CASTRO, *op. cit.*, p. 473; parecidamente, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, I* (reimpresión de la 5.ª edición —1984—, Madrid, 1987), pp. 186 y s.

(21) La aceptación del significado más amplio no es arbitraria. Como he expuesto antes, se trata de predicar las mismas consecuencias de actitudes procesalmente distintas, pero sustantivamente iguales; y puesto que las consecuencias cuya aplicación se pretende son sustantivas, parece lógico proceder en la forma en que se recoge en el texto, dando a las palabras una interpretación que sin vulnerar su significado gramatical, permita la obtención de ese resultado.

De ahí que no quepa afirmar que la interpretación recogida y defendida anteriormente sea una interpretación extensiva. Se trata, insisto, de una interpretación declarativa lata; pero a ella no se refiere para nada el artículo 4.2.º del Código civil

b) La doctrina es unánime al calificar el artículo 111 del Código civil como una norma sancionadora (22), y me parece que con acierto: en efecto, las consecuencias de la aplicación de este precepto son no sólo la exclusión del progenitor afectado de la patria potestad y demás funciones tuitivas, sino también (y en ello se ve más claramente el aspecto punitivo del precepto) la privación de derechos respecto al hijo o en su herencia. La *ratio* de la sanción es clara: se trata de castigar una conducta del progenitor que se considera especialmente reproachable, en la medida en que se desentiende de los deberes ético-jurídicos contraídos con la prole en virtud de su generación (23).

Pero no cabe detener ahí el análisis. Es también afirmación común de los autores que uno de los principios inspiradores de la reforma del régimen de la filiación es el de la protección de los hijos, en estricto cumplimiento del mandato contenido en el artículo 39.3 de la Constitución (24). Este principio se encuentra formulado expresamente, con referencia a la patria potestad, en el artículo 154 del Código civil; y se recoge también con respecto a las funciones tutelares —afectadas directamente por el precepto comentado, como veremos más adelante— en el artículo 216 del Código civil, producto de la reforma de 1983. Todo lo cual tiene una plasmación muy concreta con respecto al artículo 111 del Código civil, en el sentido de apreciar junto a su finalidad sancionatoria una no menos evidente finalidad de protección al hijo; es lo que viene a afirmar De la Cámara cuando caracteriza este artículo como «un precepto de carácter punitivo que obedece a la salvaguardia del interés del hijo» (25); la propia sentencia comentada alude al susodicho principio en su Fundamento de Derecho 3.º, letra E. También en esta dirección aparece clara la *ratio* del precepto: no parece que la persona más adecuada para desempeñar la patria potestad u otras funciones tuitivas sea quien se ha mostrado activamente contrario a ser considerado legalmente progenitor —quien ha probado más que suficientemente su desafección respecto al hijo—; y dentro del contenido de la patria potestad, la prudencia no aconseja, en bien del hijo, confiar a tal persona ni la representación del mencionado hijo, ni la administración de sus bienes (y éstos son precisamente, como veremos, *infra*, los aspectos del contenido de la patria potestad afectados por la exclusión *ex artículo* 111 del Código civil).

(22) Cfr., RIVERO, *op. cit.*, p. 87; RUIZ VADILLO, *La filiación en la Constitución española y en la Ley de 13 de mayo de 1981*, en «Documentación jurídica», 33 a 36 (1982) —número monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de familia de 1981—, vol. I, p. 145; DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, pp. 86 y 96; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 820; y CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 79.

(23) Cfr., CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 79; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 820 y s.

(24) Cfr., RUIZ VADILLO, *op. cit.*, p. 135; DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, p. 84; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. et loc. cit.* Conviene señalar, de todas formas, que ésta es una conclusión doctrinal hasta cierto punto tardía, producto de una cierta decantación de la doctrina, y que permaneció oculta inicialmente, frente a otros dos principios rectores de la reforma, de mucho mayor impacto público: la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y la libre investigación de la paternidad.

(25) DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, p. 86.

Pero conviene matizar más estas afirmaciones, en relación con el contenido del precepto. Si se examinan, desde este punto de vista, y con algún cuidado las consecuencias de su aplicación, se podrá apreciar que en algunas de ellas parece predominar el aspecto punitivo —privación de derechos en la herencia del hijo—, en otros la protección del interés del hijo —exclusión de la patria potestad y funciones tuitivas—, mientras que en otros aparecen coexistir más o menos equilibradamente ambas finalidades —privación de derechos respecto del hijo— (26). De todas estas consecuencias convendrá analizar ahora con un cierto detenimiento, por ser el aspecto más controvertido, la exclusión de la patria potestad y funciones tuitivas.

Que sea la exclusión de la patria potestad parece claro, y no es preciso explicarlo más. En cuanto a las funciones tuitivas, señala acertadamente Peña Bernaldo de Quirós que tal expresión, en este precepto, «debe referirse a aquellas funciones que implican *confiar* los intereses del hijo a la protección de otro; es decir, a las que comportan la posibilidad de adoptar *decisiones* sobre la guarda de la persona o administración de los bienes, como ocurre con toda función de guarda o representación (patria potestad, tutela, miembro del organismo tutelar, representación del ausente, defensor judicial) y con toda función asistencial de complemento de la capacidad (respecto del menor emancipado o habilitado de edad, o para la aceptación por los menores o incapacitados de donaciones condicionales u onerosas, o para que los menores puedan otorgar capitulaciones o donaciones por razón de matrimonio)» —los subrayados son del autor— (27).

Sin embargo, conviene advertir que la exclusión de la patria potestad se refiere, como he adelantado más arriba, y en coherencia con la finalidad protectora del precepto, a las facultades de representación del hijo y administración de sus bienes. En efecto, el propio artículo 111 del Código civil, en su último párrafo —que Rivero considera innecesario, en presencia del art. 110 del Código civil (28)—, deja a salvo de la exclusión las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos. Tales obligaciones así preservadas se corresponden, en mi opinión, y a excepción —razonable— hecha de la de «tenerlos en su compañía», con las del artículo 154.1.º del Código civil, ya que el párrafo 2.º del artículo 142 del Código civil autoriza a incluir las obligaciones de educación y formación integral del artículo 154 del Código civil en la de prestar alimentos del artículo 111 del Código civil. Se trata con ello, en opinión de Peña Bernaldo de Quirós (quien parte del punto de vista de la función punitiva del precepto), de evitar que lo que inicialmente se presenta como una sanción acabe convirtiéndose en fuente de ventajas para el progenitor excluido, quien se vería de otra forma descargado de los deberes paternos —con infracción, entonces, del artículo 39.3.º de la Constitución— (29).

(26) En este caso, y según del contenido de los derechos de que se trate, y la finalidad con la que se atribuyen al padre, primará más uno u otro de los aspectos.

(27) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 822 y s. (hay que recordar, con respecto al párrafo reproducido en el texto, que el autor escribe, con toda probabilidad, antes de la reforma de la tutela, por Ley de 24 de octubre de 1983). Parecidamente, aunque con menor exhaustividad, DE LA CÁMARA identifica las funciones tuitivas con la tutela (*op. cit.*, p. 97).

(28) Cfr. RIVERO, *op. cit.*, pp. 87 y s.

(29) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 816. Similarmente, CASTÁN-GARCÍA CANTERO (*op. cit.*, p. 76) resaltan que el deber de velar y alimentar a los hijos menores constituye un mínimo de la relación paterno-filial.

De manera que la sanción de exclusión de la patria potestad se traduce, en realidad, en la privación de las facultades de representación y administración que en su virtud corresponden a quien la ostenta. Pero tampoco ello supone, en mi opinión, la privación de unos derechos propios del progenitor, establecidos en su propio beneficio. Me parece evidente que las facultades de representación y administración no están pensadas en beneficio del titular de la patria potestad, sino que se establecen primordialmente en interés del hijo. Lo cual está en relación directa con el carácter de *officium* que incumbe a la patria potestad —y también a las funciones tuitivas— (argumento ex arts. 154 y 216 del Código civil, respectivamente). Si la patria potestad es una institución dirigida a la protección del hijo y ha de ejercitarse en su beneficio, parece lógico concluir que cuando la ley prevé legalmente la posibilidad de excluir o de privar de la patria potestad lo hace atendiendo también primordialmente a la salvaguarda de los intereses del hijo, antes que como pura sanción al progenitor (30): si la patria potestad obedece al principio de protección del hijo, con mayor razón una medida tan importante como su exclusión debe obedecer a la misma finalidad tuitiva (31).

Según ello, la aplicación del artículo 111 del Código civil debe estar presidida, en el sentido que ahora diré, por el principio de protección al hijo o tutelado. Es claro, y ha sido ya suficientemente puesto de relieve, que el precepto citado tiene una indudable vertiente punitiva; parece caracterizarse además, en la dicción literal de la norma, por un cierto automatismo a la hora de aplicarla, en cuya virtud las consecuencias que establece se producen, y así deberá declararlo el Juez, a partir de la mera concurrencia de las situaciones que recogen sus números 1.º y 2.º («*quedará* excluido de la patria potestad...»). Precisamente aquí es donde puede entrar en juego, en mi opinión, la finalidad tuitiva que junto con la sancionadora tiene el artículo: si las consecuencias de la aplicación de cuanto como sanción prevé el artículo 111 del Código civil resultan ser en el caso concreto perjudiciales para los intereses del menor afectado, pienso que el juzgador podrá —más aún, deberá— obviarlas, y no apreciar la exclusión de la patria potestad; en caso de conflicto entre el aspecto punitivo y el tuitivo del precepto, me parece que debe ser este último y no aquél el que obtenga la preferencia. De esta forma, el automatismo que parece presidir la aplicación de esta norma se vería convenientemente flexibilizado. Ahora bien, esta flexibilización no puede interpretarse como una remisión al puro arbitrio judicial, sino que el Juez, al obrar así, deberá justificar adecuada y suficientemente —y expresamente— en su sentencia las razo-

(30) Resulta ilustrativo acudir al artículo 170 del Código civil, relativo a la privación de la patria potestad. De la consideración de este artículo y concordantes (señaladamente, art. 92 del C c.), resulta con toda claridad que la causa fundamental de privación de la patria potestad es la desnaturalización de la figura, por incumplimiento de las finalidades de protección del hijo que la ley le atribuye. Así se deduce con toda evidencia directamente del propio precepto, tanto en su párrafo primero («incumplimiento de los deberes inherentes a la misma») como, con mayor contundencia, en su párrafo segundo, que pone como condición necesaria para que el progenitor afectado recupere su patria potestad, sea cual sea la causa de la privación, la de que ello sea «en beneficio e interés del hijo».

(31) Piénsese que las facultades de cuyo ejercicio queda excluido junto con la patria potestad el progenitor incurso en el artículo 111 del Código civil, son precisamente aquellas cuya utilización intencionada contra los intereses del hijo por un padre enfrentado por cualquier razón a él, pueden acarrear consecuencias más gravosas para el patrimonio —y en cierta medida, la persona— del mencionado hijo.

nes que abonan su determinación, y la concurrencia de ese interés superior del hijo en el mantenimiento de la patria potestad, sin que deba considerarse bastante la mera afirmación de tal concurrencia (32).

VI. Según cuanto he dicho, y la interpretación que he ofrecido aquí del artículo 111.2.º del Código civil, no me cabe duda de que el precepto citado es perfectamente aplicable al caso controvertido, sin que puedan obstar a esta conclusión las razones esgrimidas —en mi opinión, sin profundizar todo lo que exigía el problema— por el Tribunal Supremo.

Pero no me parece que lo que hay detrás de este fallo sea un simple descuido del juzgador, acaso propiciado por la falta de medios y la proliferación de recursos pendientes, sino algo muy distinto, y de mayor trascendencia: el convencimiento por parte del Tribunal Supremo de la utilización por la demandante del artículo 111 del Código civil obedeciendo a motivos personales, como un arma arrojadiza contra quien fue su marido (y es padre de su hijo), y dentro del conflicto personal que envuelve a los dos progenitores. Así se trasluce en diversos párrafos de la sentencia, de entre los que escojo, como más significativa, una frase tomada del Fundamento de Derecho 3.º, E: «Y en el caso justiciable, parece que la pretensión se halla animada no tanto de ese designio (el bien del hijo) como de los explicables sentimientos de la mujer.» A lo que se une una aparente convicción del juzgador sobre la buena fe que presidió el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad por el marido —por abrigar razonables dudas sobre dicha paternidad— (33).

Todo ello puede ser muy atendible, pero no me parece que la interpretación propuesta por el Tribunal Supremo sea la forma de solucionarlo. Los problemas planteados en el párrafo antecedente no proceden del hecho de haberse producido la determinación judicial de la filiación mediante una acción de impugnación —y esto es lo peculiar del caso resuelto—, sino de la propia dicción literal del precepto; de manera que el mismo problema puede suscitarse cuando el progenitor se oponga en una acción de reclamación de la paternidad, por tener dudas razonables acerca de su paternidad (34). Lo que es criticable aquí, y tal parece ser la

(32) Podría pensarse, dado que la protección al interés del hijo se manifiesta primordialmente en la exclusión de la patria potestad, y que ésta no es sino una de las consecuencias que prevé el artículo 111 del Código civil, que sería una buena solución mantener el resto de las sanciones (señaladamente, la privación de derechos hereditarios en la herencia del hijo), y salvar la exclusión de la patria potestad. La solución, sin embargo, no me parece adecuada. Primero, porque algunas de las sanciones restantes («no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes») pueden tener también, al menos en alguna ocasión, un componente importante de tuición (por ejemplo, cuando esos «derechos» lo son en el mismo sentido que la patria potestad, y se refieren a funciones de administración o representación). Pero además porque no creo que sea la mejor manera de dar inicio al ejercicio de la patria potestad la imposición de una sanción a quien debe ejercerla, y cuyo punto de referencia más directo es la persona en cuyo beneficio debe ser ejercida. A este respecto, la sentencia comentada señala en su Fundamento de Derecho 3.º, si bien *obiter dictum*, que las sanciones contenidas en el artículo 111 del Código civil son isegregables entre sí.

(33) Aunque cabe preguntarse, respecto de esta buena fe, si realmente era necesario acudir a un procedimiento judicial de impugnación de la paternidad para resolver esas «razonables dudas». ¿No hubiera sido más fácil efectuar las oportunas pruebas biológicas, y sólo una vez comprobada la no paternidad, ejercitar dicha acción?

(34) Y puede suscitarse con mayor fuerza, si dicha acción ha sorprendido al pro-

opinión del Tribunal Supremo, según se ha visto más arriba, es el precepto en sí, que no permite «hacer discriminaciones, acaso convenientes»—, aunque, como hemos visto, sí quepa hacer alguna, pero no en el sentido que propone la sentencia—.

Lo que no me parece de recibo es patrocinar una interpretación como la que defiende nuestro máximo Tribunal civil, para obtener por mecanismos indirectos un resultado que se considera justo —equitativo— en el caso concreto, y que no es posible obtener con la ley en la mano. Porque es evidente que lo que ha conseguido aquí el juzgador es llegar por otro camino a efectuar una de esas discriminaciones que antes había considerado impracticables. Lo que ocurre es que el camino elegido es incorrecto, y puede conducir en otros casos a resultados tan injustos como el que parece querer evitar aquí el Tribunal Supremo: piénsese en que, si se consolidara esta interpretación jurisprudencial, el ejercicio de mala fe por el marido de una acción de impugnación que produjera la determinación judicial de la paternidad del impugnante, no llegaría a acarrear las consecuencias del artículo 111 del Código civil, por estimar el precepto inaplicable al caso. Y es que una cosa es la determinación judicial de la filiación (y las formas —habituales o no— en que puede producirse) y la actitud que ha tomado judicialmente el progenitor con respecto a ella; y otra muy distinta la buena o mala fe de dicho progenitor al adoptar dicha actitud: el artículo 111 del Código civil sólo toma en cuenta aquellos datos y no estos últimos —por mucho que tal cosa parezca digna de crítica— (35).

Zaragoza, marzo de 1988

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ
Profesor Titular de Derecho Civil

genitor, y la oposición judicial es la única forma que tiene de manifestar sus razonables dudas y de salir de ellas, aunque sea convencido de su paternidad.

(35) En todo caso, y conforme lo señalado anteriormente, el Tribunal Supremo podría, a mi modo de ver, haber obviado la aplicación del artículo 111 del Código civil alegando el interés prevalente del hijo, y justificando adecuadamente la existencia en el caso de dicho interés.