

Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)

M.ª VICTORIA MAYOR DEL HOYO

Sumario: I.– *Introducción*. II.– *Fundamentos de derecho*. III.– *Comentario*: 1. Observaciones generales. 2. Planteamiento: sujetos implicados y conflicto de intereses como supuesto de hecho. 3. Argumentos que podrían hacer innecesario plantearse el nombramiento de defensor judicial en el caso de la sentencia. 4. Caracterización del conflicto de intereses determinante de la intervención de defensor judicial (o cómo no cualquier aparente conflicto de intereses justifica esa intervención). 5. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El atractivo de la sentencia objeto de comentario, que advierto será efectuado desde una perspectiva sustantiva, reside en su carácter novedoso, es decir, en la curiosidad que despierta un pronunciamiento jurisprudencial que se aparta de la línea mantenida hasta el momento. Así, es la primera vez, hasta donde yo conozco, que en un proceso de impugnación de la paternidad, como el del caso en estudio, se exige el nombramiento de defensor judicial. Se trata, pues, de examinar si ese pronunciamiento resulta acertado o no. En primer lugar, aparte de la falta de claridad que en algunos momentos existe en la sentencia, creo que debe ponerse de relieve que el planteamiento de la cuestión que se hace en la misma no es el adecuado. Por ello, procederé después a realizar el planteamiento que me parece correcto, para, finalmente, y tras excluir otros argumentos que podría pensarse que hacen innecesario continuar en la averiguación, dar solución a la misma y ver, por tanto, si era necesario el nombramiento de defensor judicial.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La Audiencia Provincial de Cáceres, en su Sentencia de 9 junio 1993, estima el recurso de Apelación interpuesto por la parte actora frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Trujillo, el 26 septiembre 1992, desestimatoria íntegramente de la demanda, en la que se ejercitaba la acción de impugnación de la filiación matrimonial del hijo menor de la parte demandada, con base al artículo 136 CC, y se razona en el F. 1.º, que se ejercita por el marido de la esposa la acción de impugnación de filiación matri-

monial del hijo habido por la demandada el 27 de junio de 1991, llamado José Antonio, con fundamento en la inexistencia de relación física conyugal y que el padre del citado, es un hermano del demandante llamado José; [...] en el F. 4.º, se analiza la presunción de paternidad matrimonial del artículo 116 CC, y como «ratio decidendi» se hace constar, cuanto sigue en dicho fundamento: «[...] En el hecho enjuiciado ya es un indicio de la no paternidad del demandante la separación de hecho en diciembre de 1990, en estado de embarazo de tres meses de la demandada, seguida a los dos meses de una demanda de separación por infidelidad conyugal con su hermano José [...] naciendo el niño a finales de junio e imponiéndose el nombre de José Antonio, a ello hay que añadir las cartas amorosas [...] que son reveladoras de una más que razonable probabilidad de unión carnal de la esposa demandada con un tercero ajeno a esta litis. Pero a la anterior debe añadirse el testimonio de los cuatro hermanos del demandante [...] que afirman [...] que el citado hijo no es del demandante sino de otro hermano y todos ellos afirman que fue la propia demandada quien se lo manifestó, pruebas que unidas a la actitud obstruccionista, a las pruebas biológicas de las que más tarde se razonará imponen la revocación de la sentencia apelada y estimación de la demanda» [...]; contra cuya decisión se interpone el presente recurso de casación por la parte actora, con base a los motivos que integran su recurso, de los cuales el primero, cuarto y quinto, fueron rechazados «a limini litis».

Segundo.- En el segundo motivo del recurso, se denuncia por la vía del núm. 4 del artículo 1692 LEC, la infracción de lo dispuesto en los artículos 69, 116, 135 y 1253 CC, incurriendo la sentencia en un error de derecho al realizar la valoración jurídica de estos preceptos, sin aplicarlos debidamente, porque, hizo equivocada aplicación del artículo 1253 CC, sobre todo, cuando afirmó: «... que don Plácido-Jesús B. no es el padre de José Antonio B. R., deduciendo la afirmación de que [...] se habían separado de hecho [...] estando ella embarazada desde hacía tres meses, y de que dos meses después [...] don Plácido-Jesús interpuso demanda de separación matrimonial por infidelidad, cuya demanda desestimó el Juzgado por no practicarse prueba al no pedirla en su momento “ninguna de las partes”...», en esa deducción no existe el enlace preciso y directo que se exige para el juego de las presunciones, ya que no es lógica la consecuencia adoptada por la sentencia; dedicándose el motivo a continuación a exponer que, frente a ello, está el dato cierto de la vida en común a que se refiere el artículo 135 CC, dentro del cual se produce el embarazo y que eso determina la filiación matrimonial [...]. En el tercer motivo, se denuncia bajo el amparo procesal del núm. 4.º del artículo 1692 la infracción de los artículos 116 y 1225 CC y el artículo 604 LEC, ya que la sentencia [...] dio eficacia jurídica a documento privado consistente en cartas de amor, y que esos documentos privados adolecen de los defectos formales o procesales que se denuncian en el motivo. En el motivo sexto del recurso, se denuncia igualmente por idéntica cobertura la infracción de los artículos 113, 116 y 127 CC, puesto que la sentencia da prevalencia a la ilógica conclusión frente a una presunción establecida en la Ley [...].

Tercero.- La Sala antes de examinar los transcritos motivos del recurso, se plantea «*ex officio*» como cuestión prioritaria compulsar si dadas las características del litigio, se ha observado el acervo de presupuestos o garantías formales aplicables al mismo, y cuya respuesta condicionará aquel examen; [...] se persigue [...] un objetivo judicial [...] que, en principio, ha de ponderarse con toda clase de cautelas, procurando en lo posible, que el proceso en que se debata se haya tramitado al abrigo de susodicha disciplina adjetiva, máxime, si como acontece en autos, se antepone a la misma otra subyacente de carácter sustantivo,

como es la relativa a si los derechos o intereses del repetido menor han estado suficientemente defendidos en el litigio, por cuanto si la respuesta fuese negativa llevaría consigo pronunciar la inconsistencia de la relación jurídico procesal tal y como se ha trabado en autos; de consiguiente, se subraya que, si es posible aislar en contencioso un ejemplo en que los intereses o derechos del menor deban estar suficientemente protegidos, es en casos como el presente, en el que con la acción entablada se aspira a extinguir su privilegiado estado civil como hijo matrimonial del actor, y cuando además, la supuesta defensa de aquellos intereses la ha asumido en exclusiva, la propia madre también codemandada, que provoca, así, el problema de si ésta en esa tutela cumple con los designios legales cuando, a propósito de la cuestión, se configura en el artículo 163 CC, la figura del defensor del hijo no emancipado.

Cuarto.- Y así, el primer párrafo del citado artículo 163 configura al puro defensor cuando coexistan intereses opuestos de ambos progenitores con los del hijo menor, que no es el caso debatido, puesto que éstos están enfrentados de tal forma que integran el litigio, por lo que resta examinar si el segundo párrafo del precepto cuando habla de que si uno de los progenitores fuese el contradictor o conflictivo, el otro asumiría la defensa del menor, es el subsumible y cuya sanción conduce a examinar si dados los intereses de ambos contendientes –progenitores del menor «ab initio»– alguno de ellos ostenta o persigue los idénticos del menor, pues, entonces, aquella defensa asumida por la madre sería suficiente; en la presente compulsa judicial, se debe tener en cuenta el dogma incorporado a nuestro ordenamiento desde el precepto constitucional del artículo 39, de que el valor superior y prevalente y, por tanto, proyectable en los hijos, es que, a toda costa, se facilite la «investigación de la paternidad», esto es, que en la contienda ostente supremacía el descubrimiento de la verdad material o biológica, por lo que el conflicto de intereses de ambos contendientes con respecto al hijo deviene elemental, porque el actor, por su condición procesal litiga precisamente contra «su» hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también «le defiende», y la propia madre codemandada, al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad, defiende los prístinos intereses del menor, que son, se repite, los acordes con la verdad biológica de su progenie, amén de que en la actuación procesal de esa madre no puede eludirse su propia defensa, de su estima, fidelidad, etc, que aunque sumergidas, son asimismo, motivaciones explicativas de aquella actuación; en definitiva, descartado el juego de ese artículo 163.2, no cabe sino aplicar su primer párrafo, y exigir la observancia del nombramiento del defensor del menor, lo que conduce a que mal planteada la relación jurídico procesal, el Tribunal de oficio, y actuando a tenor del artículo 1715.2 LEC, decrete la nulidad de las actuaciones con reposición de las mismas desde la presentación de la demanda, para que por la instancia se proceda a ese nombramiento a los fines de la defensa de los intereses del menor en el litigio así planteado, lo que se acuerda con los demás efectos derivados sin imposición de costas a las partes en ninguna de las instancias ni este recurso.

III. COMENTARIO

1. OBSERVACIONES GENERALES

Como se ha podido observar con la lectura de los Fundamentos de Derecho transcritos, se recurre ante el Tribunal Supremo una sentencia de la Audiencia

Provincial de Cáceres que estima el recurso de apelación de una sentencia del Juzgado de Primera instancia núm. 1 de Trujillo en la que éste desestima una demanda de impugnación de paternidad matrimonial interpuesta por el marido.

Tras exponerse los Fundamentos de la sentencia de la Audiencia Provincial, en el Fundamento de Derecho Primero, y los motivos del recurso de casación interpuesto, en el Fundamento de Derecho Segundo, se pone de manifiesto en el siguiente Fundamento —el tercero— la necesidad de comprobar, antes de examinar los motivos del recurso, si se han observado los presupuestos o garantías formales, a los que subyace la cuestión de si los intereses del menor han estado suficientemente defendidos en el litigio, ya que, si no ha sido así, hay que declarar la inconsistencia de la relación jurídico procesal. Así, lo que se entiende que debe analizarse es si debía haberse nombrado un defensor judicial del menor al amparo del artículo 163 CC, para defender los intereses de éste. Se dedica el cuarto, y último, Fundamento a realizar el examen anunciado, concluyéndose que era necesario el nombramiento de un defensor judicial y decretándose, por tanto, ante el mal planteamiento de la relación jurídico procesal, «la nulidad de las actuaciones con reposición de las mismas desde la presentación de la demanda, para que por la instancia se proceda a ese nombramiento a los fines de la defensa de los intereses del menor en el litigio así planteado». Es el señalado examen y el proceso argumental seguido en el mismo lo que interesa.

Antes de abordar otras cuestiones, que serán tratadas en los apartados siguientes, creo que debe resaltarse la confusión reinante en tal examen y argumentación, que puede observarse en la exposición pormenorizada —necesaria para intentar acercarse a su comprensión y estudio— que a continuación hago. Así:

a) Comienza el Fundamento 4.º señalando que «el primer párrafo del citado artículo 163 configura al puro defensor cuando coexistan intereses opuestos de ambos progenitores con los del hijo menor» y observando que «no es el caso debatido, puesto que éstos están enfrentados de tal forma que integran el litigio».

b) Es por ello que se considera que se debe, entonces, examinar si resulta aplicable el segundo párrafo de ese artículo, según el cual si el conflicto es entre los intereses de uno de los progenitores y el menor, el otro asume la defensa de éste.

Para ello, se apunta que se debe ver «si dados los intereses de ambos contendientes —progenitores del menor *ab initio*— alguno de ellos ostenta o persigue los idénticos del menor».

Para realizar tal confrontación, se determina, primero, cuál es el interés del menor, es decir, el primer término de la confrontación. Así, se establece que «se debe tener en cuenta el dogma incorporado a nuestro ordenamiento desde el precepto constitucional del artículo 39, de que el valor superior y prevalente [...] es que, a toda costa, se facilite la «investigación de la paternidad», esto es, que en la contienda ostente supremacía el descubrimiento de la verdad material o biológica»¹.

¹ Acerca de esta afirmación de que la verdad biológica es el valor superior y prevalente, que a toda costa hay que facilitar, hay que señalar que, aunque, desde la reforma de 1981, la verdad biológica constituye uno de los principios inspiradores de la regulación de la filiación, existen otros principios admitidos implícitamente que pueden relegarla a un segundo plano. Así, RIVERO HERNÁNDEZ señala como principios que compensan y relativizan al de verdad biológica, el de seguridad jurídica y estabilidad de la relación de filiación, cfr. *Elementos de derecho civil*, IV, Barcelona, 1997, p. 439. Por otra parte, CARBAJO GONZÁLEZ, para demostrar que el principio de verdad biológica no alcanza —como él mismo señala— a tener categoría de imperativo, absoluto ni unívoco, alude además a la filiación fundada estrictamente en lazos jurídicos: la adopción, y a la filiación basada en

Se observa, después, que, a la vista del mismo, «el conflicto de intereses de ambos contendientes con respecto al hijo deviene elemental».

Y se explica tal conclusión del siguiente modo: «porque el actor, por su condición procesal litiga precisamente contra “su” hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también “le defiende”, y la propia madre code mandada, al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad defiende los prístinos intereses del menor, que son, se repite, los acordes con la verdad biológica de su progenie»; añadiéndose respecto de la madre: «amén de que en la actuación procesal de esa madre no puede eludirse su propia defensa, de su estima, fidelidad, etc, que aunque, sumergidas, son asimismo, motivaciones explicativas de aquella actuación».

De manera que se descarta el artículo 163.2 CC y se concluye que no cabe sino aplicar su primer párrafo. Concretamente, se dice: «en definitiva, descartado el juego de ese artículo 163.2, no cabe sino aplicar su primer párrafo, y exigir la observancia del nombramiento del defensor del menor, lo que conduce a que mal planteada la relación jurídico procesal [...]».

c) Con lo cual, si bien se comienza señalando que el caso debatido no coincide con el supuesto del primer párrafo del artículo 163, se termina estableciendo que no cabe sino aplicar ese primer párrafo.

d) No acierto a entender la línea argumental seguida.

d') Podría considerarse que cuando se comienza diciendo: «el primer párrafo del citado artículo 163 configura al puro defensor cuando coexistan intereses opuestos de ambos progenitores con los del hijo menor, que no es el caso debatido, puesto que éstos están enfrentados de tal forma que integran el litigio», se refiere a que el citado párrafo primero establece que se nombra defensor cuando ambos padres tienen un interés común contrario al interés del hijo menor, ya que se señala que no es el caso debatido, es decir, que no coexisten intereses opuestos de ambos progenitores con los del hijo menor, porque éstos están enfrentados de tal forma que integran el litigio. De manera que, en ese intento de averiguar si se debía haber nombrado defensor judicial, se considera que si no se da el supuesto del párrafo primero del artículo 163, en el que se regula cuándo debe haber defensor judicial para representar al menor en lugar de los padres, habrá que verse si se da el supuesto del párrafo segundo de ese artículo, según el cual si el conflicto sólo es con uno de los padres, el otro llevará a cabo la representación del menor. Pero se observa que tampoco es ése el supuesto de hecho porque hay conflicto de ambos padres con el menor. Con lo cual, se entiende que al no aplicarse el párrafo segundo, es decir, al no haber sólo conflicto con uno, debe aplicarse el párrafo primero y nombrarse defensor judicial. Pero de esta manera se produce una contradicción con lo manifestado al principio: que no es el caso del párrafo primero porque los padres están enfrentados y no coexiste un interés común opuesto de ambos.

Podría alegarse en favor de esta interpretación basada en el común interés opuesto de los padres, el término «puro» usado. Es decir, podría alegarse que en

técnicas de reproducción asistida: cfr. *Las acciones de reclamación de la filiación*, Barcelona, 1989, pp. 91 y 92. Otros autores que también ponen de relieve la relatividad del principio de verdad biológica son, por citar algunos: DELGADO ECHEVARRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», en VV.AA., *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pp. 202 ss. y POZO VILCHES, *El reconocimiento de la filiación*, Madrid, 1993, pp. 18 ss.

la sentencia se habla de que el párrafo primero en cuestión configura al «puro» defensor en esos casos, es decir, cuando haya tal interés común de los padres contrario al del hijo, pero que no se excluyen otras posibilidades en las que también se deba nombrar tal defensor para defender los intereses del menor aunque no sean las previstas con exactitud. De manera que, si bien se ve, en primer lugar, que no se da el supuesto de hecho «puro», al observarse después que no se da el supuesto del párrafo segundo, se entiende aplicable el primer párrafo.

Sin embargo, por una parte, y en primer lugar, si bien es cierto que el hecho de que se argumente que el caso debatido no es el del artículo 163.1, —es decir, que se argumente que no coexisten intereses opuestos de ambos progenitores con el hijo menor—, alegando que «éstos están enfrentados de tal forma que integran el litigio», lleva a pensar que se entiende que el supuesto de hecho de ese precepto en puridad es la existencia de intereses comunes de los progenitores contrarios al del menor; no obstante, no se deduce lo mismo de la descripción que se hace del supuesto de hecho de ese artículo 163.1, o al menos no es esa la impresión que da. Obsérvese que se habla simplemente de que «coexistan intereses opuestos de ambos progenitores con los del hijo menor».

Por otra parte, he de señalar que no creo que del artículo 163.1 se deduzca en puridad, a diferencia de lo que opina FLORENSA I TOMÁS, que observa que se trata de «la lógica consecuencia de la patria potestad conjunta»², que para que se nombre defensor judicial, el padre y la madre deban tener un interés común que sea contrario al interés del menor; sino que el supuesto de hecho consiste exactamente en que ambos padres tengan intereses contrarios a los del menor, independientemente de que los dos padres tengan el mismo interés o no.

Considero que tal afirmación tiene su base, por un lado, en la propia letra del precepto, que en ningún momento exige la coincidencia de los intereses de los padres, sino que únicamente exige que exista oposición; establece exactamente: «siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos...», sin especificar que ese interés deba ser común.

Y, por otro lado, tiene su base en la propia finalidad del precepto. Obsérvese que en este caso el defensor judicial viene a suplir a los padres en la representación del hijo en un asunto concreto, por existir en tal asunto un conflicto de intereses entre los padres y el hijo que hace imposible tal representación porque con ella se verían perjudicados los intereses del menor. Recuérdese que el artículo 162 establece que «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados» excepto en ciertos casos, entre los que se encuentra: «2.º aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo». Es decir que, la finalidad del defensor judicial en este supuesto es defender los intereses del menor, puesto que a quien corresponde legalmente hacerlo tiene intereses propios en ese asunto contrarios a los del menor. Por tanto, lo importante será que los dos progenitores, que son las dos personas que, en principio, tienen que representar al menor, tengan intereses opuestos que hagan imposible esa representación, con independencia de si además esos intereses que ellos tienen coinciden o no, lo que no tiene ninguna relevancia a los efectos señalados. Así pues, carece de fundamento exigir tal coincidencia.

Y en cuanto a «la lógica consecuencia de la patria potestad conjunta», a la que hace referencia el autor citado, es predicable, en mi opinión, del hecho de que se exija que debe existir interés opuesto al del hijo, tanto por parte del padre, como de la madre, porque al ejercer ambos la patria potestad, ambos tienen la

² Cfr. FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, Madrid, 1990, p. 83.

representación del hijo menor, y debe existir imposibilidad de ambos para ejercerla para que se nombre a un tercero –ya que si no, la ejercería el progenitor sobre el que no recayese la imposibilidad–; pero no se puede entender que de la patria potestad conjunta se derive la exigencia de que el interés del padre y la madre deba ser común, porque, como he señalado, es indiferente para conseguir el fin perseguido. Piénsese que, a la inversa, para que puedan ejercer ambos la representación, basta que no tengan intereses contrarios a los del menor; no es necesario que, en atención al ejercicio conjunto, sus intereses, no contrarios a los del menor, sean comunes a ambos.

d”) Continuando con la interpretación de la línea argumental seguida en la sentencia, se podría considerar, dadas las objeciones vistas, que ese razonamiento que se da en la misma para negar, en principio, la aplicación del artículo 163.1, no significa que se entienda que debe existir interés común de los padres contrario al menor; sino que, al establecerse que «el primer párrafo del citado artículo 163 configura al puro defensor cuando coexistan intereses opuestos de ambos progenitores con los del hijo menor, que no es el caso debatido, “puesto que éstos están enfrentados de tal forma que integran el litigio”», se quiere decir, simplemente, que no se da el supuesto de hecho del artículo 163.1 porque no pueden coexistir intereses contrapuestos de los dos padres a la vez, aunque sean diferentes, porque cada uno está en una parte del litigio y, por tanto, uno estará en la misma parte que el hijo menor.

Lo que ocurre es que, entonces, ¿por qué inmediatamente después se plantea si alguno de los dos padres tiene el mismo interés que el hijo menor, llegándose a la conclusión, por cierto, de que no, y de que, por tanto, se aplica el artículo 163.1? ¿Se plantea porque que esté cada uno en una parte del proceso no significa que haya siempre uno que coincida con el hijo menor? Pero, entonces, ¿por qué primero se hace tal afirmación?

Quizás, a pesar de que se habla de «examinar si dados los intereses de ambos contendientes –progenitores del menor *ab initio*– alguno de ellos ostenta o persigue los idénticos del menor», lo que se busca es ver si, al no aplicarse el artículo 163.1 por estar uno en el mismo lado que el hijo, se aplica entonces el párrafo segundo, que establece que cuando el conflicto sólo sea con uno de los padres, el otro representará al menor; es decir, que quizás lo que se busca es ver si la madre, que es la que está en el mismo lado que el hijo en el litigio, tiene el mismo interés que éste. Eso parece cuando, tras manifestarse lo señalado, es decir, que hay que examinar si alguno de los padres tiene el mismo interés que el hijo, se apunta que, si ello fuera así, «entonces, aquella defensa asumida por la madre sería suficiente». Sin embargo, se confrontan los intereses de ambos, comenzando, además, por los del padre. En cualquier caso, se verá que no es adecuado recurrir al artículo 163.2 para proporcionar respaldo legal a la actuación de la madre.

No puedo dejar de apuntar, en atención a lo señalado, que, como se verá, lo que se produce en esta argumentación es un cruce de planos: procesal y sustantivo. Pero, como anunciaba, esto será desarrollado más adelante en su momento.

d’’) Otra interpretación es entender que cuando en la sentencia se establece inicialmente que «el primer párrafo del citado artículo 163 configura al puro defensor cuando coexistan intereses opuestos de ambos progenitores con los del hijo menor» y se señala «que no es el caso debatido, puesto que éstos se encuentran enfrentados de tal forma que integran el litigio», se está pensando que, en principio, no es el caso porque la oposición se da entre los padres, que son quienes integran el litigio, y no entre éstos y el menor; es decir, que el conflicto entre quienes se produce es entre los padres. Pero que luego, al plantearse si el interés

de alguno de los dos coincide con el del menor para entender aplicable el artículo 163.2 y ver que ninguno coincide, se llega a la conclusión de que sí que hay conflicto de intereses de ambos con el hijo y de que hay que aplicar el artículo 163.1, que se comenzaba desechando.

Lo que ocurre es que para llegar a esa conclusión, no era necesario seguir ese proceso; bastaba con no excluir tan rápidamente la aplicación del artículo 163.1 al observar que había conflicto entre los padres, ya que, que hubiera conflicto entre éstos, no significaba, como parece, que no pudiera haber también entre ellos y el menor, como luego, de hecho, se descubre.

Lógicamente, esta observación sólo es válida si se entiende que la citada conclusión es correcta. Es decir, si se entiende que hay conflicto de ambos padres con el menor o que, al menos, es posible que exista. Pero no, si se considera, como yo entiendo, que no es así, al no existir en el caso más intereses posibles que los que defiende cada progenitor —que se declare que es el padre y que se declare que no—. Obsérvese que uno de los dos será el del menor y que, por tanto, uno de los progenitores lo defenderá, no existiendo, por tanto, conflicto de ambos con el menor.

d'") En fin, son éstas posibles interpretaciones que podría suscitar la sentencia, pero no es una enumeración cerrada, sino sólo un modo de poner de relieve la falta de claridad señalada.

2. PLANTEAMIENTO: SUJETOS IMPLICADOS Y CONFLICTO DE INTERESES COMO SUPUESTO DE HECHO

Con independencia del modo en el que cada uno interprete la línea argumental de la sentencia, de lo que no cabe duda, en mi opinión, es de que el planteamiento que se hace para determinar si es necesario el nombramiento de defensor judicial es incorrecto, como vamos a ver a continuación:

a) Así, comenzaré aludiendo al hecho de que en la sentencia se plantee la existencia o no de conflicto de intereses con el padre (i) y la aplicabilidad del artículo 163.2 (ii), cuando de los hechos se deduce que éste no ostentaba el ejercicio de la patria potestad.

Al respecto, en primer lugar, conviene resaltar que, según el Tribunal Supremo, no es causa de privación de la patria potestad el haber impugnado el marido la paternidad, conforme al artículo 136, al ser supuesto distinto al del artículo 111.2.³ (STS 23 de julio de 1987)⁴; pues bien, si esto es así, es decir, si tras impugnar el padre la paternidad y establecerse que efectivamente lo es, no es

³ Recuérdese que este artículo 111.2 CC establece que queda excluido de la patria potestad el progenitor «cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición».

⁴ Cfr. SANCHO REBULLIDA —revisado en la edición citada por RAMS ALBESA—, *Elementos de derecho civil*, t. IV, Barcelona, 1997, p. 599. Vid., en el mismo sentido, MUÑIZ ESPADA, «La sanción del art. 111 núm. 2 del Código Civil: La filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica», *RJN (Revista Jurídica del Notariado)*, abril-junio, 1994, pp. 144 ss. En contra, y precisamente comentando la sentencia citada, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «A propósito de una interpretación jurisprudencial del artículo 111 CC (Comentario a la Sentencia de 23 de julio de 1987)», *ADC*, 1988-2, pp. 589 ss.

privado automáticamente por ello de la patria potestad, menos aun habrá que pensar en la privación de la patria potestad durante la sustanciación del proceso, es decir, únicamente por el hecho de ejercer la acción, cuando todavía no hay pronunciamiento definitivo en un sentido u otro. Con lo cual, no se puede descartar en el caso en cuestión que el padre sea titular de la patria potestad.

Ahora bien, lo que parece claro es que no la ejerce. Piénsese que el padre y la madre están separados —ya desde antes del nacimiento— y que el Código Civil, en el caso de separación de los padres, atribuye el ejercicio de la patria potestad a aquél con quien el hijo conviva —art. 156.4—, en este caso la madre. Es cierto que el Código prevé —en el mismo precepto— que «el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio»; pero no parece probable que el padre en el caso que nos ocupa, que en el mismo momento del nacimiento impugnó la paternidad⁵, hubiera solicitado ejercer la patria potestad, ni que, aunque, contra toda lógica, lo hubiera solicitado, el juez lo hubiera concedido (no parece ir en beneficio del menor que se atribuya el ejercicio de la patria potestad a quien impugna la paternidad).

Y si no tiene el ejercicio de la patria potestad, no posee la representación del hijo, ya que el Código atribuye la representación a los padres que ostenten la patria potestad —art. 162—, entendiendo la doctrina que con el término «ostentar» se quiere aludir a la titularidad y al ejercicio⁶. De manera que, aunque tenga todavía la titularidad de la patria potestad, si no tiene también el ejercicio, no le corresponde la representación del hijo.

1) Y si no le corresponde la representación, es indiferente que tenga o no intereses contrapuestos a los del menor.

Obsérvese que el artículo 163.1, que establece que «siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él», hay que interpretarlo en relación con el artículo anterior, que, en su párrafo segundo, establece que los padres —que, como se ha visto, tienen el ejercicio de la patria potestad— no ostentarán excepcionalmente la representación del hijo, si tienen intereses contrapuestos a los de éste. De manera que hay que entender que cuando el artículo 163.1 establece que «siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados», se refiere al padre y a la madre que tienen la representación legal del menor y no, en general, a los progenitores.

Piénsese, a la vista de lo señalado, que la relación entre la existencia de tales intereses contrapuestos y el nombramiento de defensor judicial es la siguiente: éste se nombra cuando los padres que tienen la representación del hijo menor, se ven impedidos para ejercerla, por tener, en el caso concreto de que se trate, inte-

⁵ Obsérvese que es en junio de 1991 cuando el padre presenta la demanda de impugnación de la paternidad y que, de las fechas que se proporcionan en los Fundamentos, se deduce que es en ese mes justo cuando nace el hijo.

⁶ Cfr., por ejemplo, DE PRADA GONZÁLEZ, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», RDN, núm. CXV, enero-marzo, 1982, p. 291; URIBE SORRIBES, «La representación de los hijos», AAMN, t. XXC, p. 261; MONTES PENADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* —Comentario al art. 162—, vol. II, Madrid, 1984, p. 1082; SANCHO REBULLIDA —revisado en la edición citada por RAMS ALBESA—, *Elementos de derecho civil*, t. IV, cit., p. 590; VENTOSO ESCRIBANO, *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Madrid, 1989, p. 79.

reses contrapuestos a los del menor. Es decir, que el defensor judicial viene a suplir a los padres en la representación del hijo. Por tanto, si los padres no tienen la representación del hijo, es indiferente que tengan intereses contrapuestos a los del hijo, porque ello no les impedirá nada y, en consecuencia, no será necesario que se nombre a un sustituto.

Esto por lo que se refiere al hecho de que resulte indiferente que el padre «tenga» intereses contrapuestos. Obsérvese, por otro lado, que también es indiferente que «no tenga» tales intereses contrapuestos, ya que ello no le faculta para actuar y erigirse automáticamente en representante del menor en caso de que quien lo representa sí tenga intereses opuestos. Y es que, como se va a ver, no se puede entender aplicable el párrafo segundo del artículo 163, que establece que «si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad». Y de este modo, entramos en la segunda parte del apartado, que, recuérdese, se refería al hecho de que se plantease la aplicabilidad de este artículo 163.2.

ii) Como digo, la sentencia plantea la aplicabilidad del artículo 163.2 en un caso en el que sólo uno de los progenitores ostenta la representación legal del hijo. En la misma se viene a decir que procede examinar si el caso en cuestión se subsume en el artículo 163.2 CC porque «si dados los intereses de ambos contendientes —progenitores del menor *ab initio*— alguno de ellos ostenta o persigue los idénticos del menor, pues, entonces, aquella defensa asumida por la madre sería suficiente».

Anunciaba que esto no resulta acertado, y ello porque, cuando el citado artículo establece que «si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad», se debe entender, como señala la doctrina ⁷, que se refiere a los casos en que ambos progenitores ejerzan la patria potestad y, en consecuencia, ostenten la representación legal del hijo. Es la interpretación que resulta más acorde con el artículo 162, que establece, como ya se ha visto, a qué padres corresponde la representación del hijo, excluyendo al resto, y cómo el conflicto de intereses entre esos padres y el hijo suspende tal representación. No parece que el artículo 163.2 venga a convalidar la falta de potestad de algunos padres que se deduce del citado artículo 162.

Cabe alegar, para justificar la referencia que la sentencia hace al artículo 163.2, que, cuando ésta dice que procede examinar si el caso se subsume en el artículo 163.2 CC porque, si dados los intereses de ambos contendientes, alguno de ellos ostenta o persigue los idénticos del menor, «aquella defensa asumida por la madre sería suficiente», se supone que lo que se quiere decir es que la defensa de la madre será suficiente, si ella persigue los mismos intereses que el menor. Pues bien, es verdad que si la madre no tiene intereses contrarios a los del menor puede representarlo sin que sea necesario nombrar un defensor judicial, pero no en virtud del párrafo segundo del artículo 163, puesto que no vendría más que a significar que la madre ostenta la representación porque el otro progenitor, que también es representante del hijo, tiene intereses contrapuestos a éste, cosa que no es cierta; sino en virtud del párrafo primero del artículo 163 —a *sensu contra-*

⁷ Vid. URIBE SORRIBES, «La representación de los hijos», cit., p. 263; MONTES PENADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* —Comentario al art. 163—, vol. II, cit., p. 1097; MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, Madrid, 1989, pp. 149 y 150; FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, cit., pp. 84 y 85.

rio-, ya que se ha visto que se refiere a los padres que tienen la representación legal del menor, y del propio artículo 162, puesto que no se da la excepción del núm. 2 que impide la regla de su representación. Obsérvese que al tener la madre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, a ella le corresponde la representación, si no está impedida por el artículo 162.

b) Por otra parte, y continuó poniendo de relieve el mal planteamiento de la cuestión, en la sentencia se presentan como supuestos de los que depende el nombramiento del defensor judicial para suplir la representación de los progenitores, el que los padres ostenten o persigan los idénticos intereses del menor o no (I) y el que los padres defiendan o no los intereses del menor (II). Sin embargo, no son estos los factores determinantes del nombramiento del defensor judicial para que éste sustituya a los padres en la representación del hijo, sino que el factor que desencadena tal nombramiento es la existencia de una situación en la que objetivamente exista un conflicto de intereses entre los padres y el hijo que pueda hacer perjudicial para el hijo la representación por parte de aquéllos ⁸.

1) Así, no es decisivo para que resulte innecesario el nombramiento de defensor judicial que algún progenitor persiga los idénticos intereses del menor; recuérdese que en la sentencia se establece que hay que examinar «si dados los intereses de ambos contendientes –progenitores del menor *ab initio*– alguno de ellos ostenta o persigue los idénticos del menor, pues, entonces, aquella defensa asumida por la madre sería suficiente».

Puede ocurrir que ninguno de los progenitores persiga los idénticos intereses del menor y no sea necesario nombrar defensor judicial, porque no existe el conflicto de intereses que se exige en el artículo 163. Y es que los intereses de los padres no tienen por qué ser o idénticos u opuestos a los del menor, sino que puede haber intereses diferentes a los de éste que, al no ser opuestos, no crean una situación objetiva de peligro para los mismos y que, por tanto, no hacen necesario el nombramiento de un defensor judicial que supla a los padres. La doctrina se encarga de aclarar este punto señalando que no debe confundirse la oposición de intereses con la simple concurrencia de otros intereses que, sin ser opuestos a los del menor, son diferentes y que no son suficientes para desencadenar el nombramiento del defensor judicial ⁹.

Por otra parte, en cuanto que, en mi opinión, en el supuesto que estudiamos es seguro que uno de los progenitores persigue idénticos intereses que los del menor, ya que, como en el siguiente apartado se verá –el II–, cada uno defiende uno de los dos intereses posibles –que se declare que es el padre o que se declare que no–, en caso de que fuese el padre el que persiguiese el interés idéntico al del menor, ello no impediría automáticamente el nombramiento de defensor. Piénsese que el padre no es el representante legal y que, por tanto, no se puede aplicar el artículo 163.2, como se ha visto, en cuanto que no viene a convalidar la falta de potestad de un progenitor para representar. Aparte, como vamos a ver, hay que contar con el carácter institucional de la figura del defensor judicial, que hace que, ante un fallo de la protección que otorga al menor la representación, lo importante sea que ese hueco quede cubierto institucionalmente, resultando indiferente que el interés del menor se encuentre defendido por otras vías. Pero no

⁸ Acerca de esta idea de que es el conflicto el factor desencadenante del citado nombramiento, vid. HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *RDP*, 1961, p. 209.

⁹ Cfr. MONTES PENADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* –Comentario al art. 163–, vol. II, cit., p. 1094; MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, cit., p. 105; FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, cit., p. 74.

me detendré más en este punto puesto que en el epígrafe 3 lo desarrollo con más detalle, por ello me remito al mismo.

ii) Y, por otro lado, obsérvese que en la sentencia se entiende fundamental la cuestión de si los padres defienden o no al menor para ver si es preciso o no el defensor judicial y se llega a considerar «que el conflicto de intereses de ambos contendientes con respecto al hijo deviene elemental, porque el actor, por su condición procesal litiga precisamente contra “su” hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también “le defiende”, y la propia madre code mandada, al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad, defiende los prístinos intereses del menor».

Pues bien, como anunciaba, tampoco es en sí la no defensa de los intereses del menor por parte de los padres lo que determina el nombramiento de defensor judicial, sino, como vengo señalando, la existencia de un conflicto de intereses, que, a su vez, no se puede decir que exista porque los padres no defienden los intereses del menor.

Es cierto que cuando existe conflicto de intereses no se defiende al menor, pero es el conflicto, como causa de la no defensa, el elemento determinante del nombramiento del defensor judicial, y no la consecuencia del mismo, consecuencia que, sin embargo, es la razón de ser de la previsión de tal nombramiento. Es decir que, para que se nombre un defensor judicial que supla a los padres en la representación del hijo debe existir un conflicto de intereses entre éstos y el hijo, conflicto que hace peligrar los intereses del menor o, si se prefiere, que da lugar a una falta de defensa de los intereses del menor que justifica el nombramiento en cuestión; pero, ello no significa que siempre que los padres no defiendan los intereses del hijo en el ejercicio de la representación que les corresponde, se deba nombrar un defensor judicial, porque no es éste el supuesto de hecho previsto en el artículo 163. En realidad, dicho vulgarmente, ésta sería harina de otro costal, en concreto, del costal del no cumplimiento o cumplimiento incorrecto de los deberes propios de la patria potestad, con otras consecuencias, diferentes de las del nombramiento de defensor judicial, y en las que ahora no procede detenerse —art. 170 CC—.

Y, si, como se ve, no es la no defensa del menor en general lo que determina la necesidad de defensor judicial, sino el conflicto de intereses, no se puede decir, por otro lado, como ya he advertido, que éste exista porque los padres no defiendan los intereses del menor; sino que existe cuando concurren intereses opuestos de los padres y del hijo que no pueden ser atendidos a la vez sin que uno de ellos resulte perjudicado, ya que lo que supone provecho para uno, causa perjuicio para el otro ¹⁰.

Obsérvese, acerca de la existencia de esos intereses contrapuestos, que la sentencia únicamente alude a la estima y la fidelidad de la madre como intereses de ésta, pero de un modo secundario, como argumento complementario: véase

¹⁰ Sobre la definición o el concepto de conflicto de intereses, vid. HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la figura del defensor judicial de menores», cit., pp. 209 ss.; CASTÁN VÁZQUEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* —Comentario al art. 163—, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. III, vol. 2.º, Madrid, 1982, p. 191 y *Comentario del Código Civil* —Comentario al art. 163—, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 560; MONTES PEÑADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* —Comentario al art. 163—, vol. II, cit., p. 1094; MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, cit., pp. 98 ss.; FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, cit., pp. 62 ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 1996, p. 224.

que, tras señalar que el conflicto de intereses deviene elemental «porque el actor, por su condición procesal litiga precisamente contra “su” hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también “le defiende”, y la propia madre codemandada, al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad, defiende los prístinos intereses del menor, que son, se repite, los acordes con la verdad biológica de su progenie», añade: «amén de que en la actuación procesal de esa madre no puede eludirse su propia defensa, de su estima, fidelidad, etc, que aunque sumergidas, son asimismo, motivaciones explicativas de aquella actuación».

En mi opinión, es en esos intereses de la madre, sin embargo, donde se debería haber centrado la sentencia para ver si daban lugar al conflicto del que habla el artículo 163 (recuérdese que sólo interesaba la existencia de conflicto con los intereses de la madre porque el padre no ostentaba la representación del hijo) ¹¹.

Permítaseme una observación final –ya anunciada– referida a este tema de la defensa de los intereses del menor.

Tal observación es que, si bien acabo de señalar que no es la ausencia de defensa el elemento determinante del nombramiento de defensor judicial, considero que, aunque lo fuera, la sentencia habría errado en la apreciación relativa a la ausencia de la referida defensa y, en consecuencia, habría que concluir que no sería necesario tal nombramiento.

Y es que la sentencia argumenta la ausencia de defensa de los intereses del menor mediante un cruce de planos: el sustantivo y el procesal.

Así, por una lado, situándose en un plano sustantivo, señala que la propia madre «al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad, defiende los prístinos intereses del menor».

Y, luego, por otro lado, para excluir la defensa del padre, se traslada al plano procesal, apuntando que «el actor, por su condición procesal litiga precisamente contra “su” hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también “le defiende”».

Cuando, en mi opinión, a lo que debería estarse, sin más, es a si alguno defiende el interés del menor. Desde este punto de vista, y sin entrar en cuál sería el interés del menor, hay que señalar que, puesto que las opciones sólo son dos –que se declare que el actor es el padre o que se declare que no lo es– y puesto que cada uno defiende una de las dos opciones –el actor que se declare que no y la madre que se declare que sí–, uno de los dos estaría defendiendo el interés del menor; con lo cual, si el supuesto de hecho fuera ese –que ningún progenitor defendiera al menor–, no sería necesario nombrar un defensor judicial.

Lo que ocurre, insisto, es que no es ese el supuesto de hecho que da lugar al nombramiento de defensor judicial en el caso del artículo 163 CC. Se ha visto que el supuesto de hecho es que exista un conflicto de intereses entre los padres –representantes– y el hijo que ponga en peligro los intereses de éste, al impedir su protección por parte de aquéllos, y que, por tanto, como establece el artículo 162, los padres no puedan representar al menor.

¹¹ Hay que observar que, en realidad, al ser el conflicto de intereses el elemento determinante de la exigencia de defensor judicial –art. 163–, son esos intereses lo que podía llevar a plantearse si hacía falta nombrar un defensor en cuanto que quizás diesen lugar a uno de esos conflictos; es decir, que, dado lo dispuesto en el artículo 163, la posible existencia de intereses contrapuestos es lo único que podía desencadenar en la mente del juez la cuestión de si hacía falta defensor judicial.

3. ARGUMENTOS QUE PODRÍAN HACER INNECESARIO PLANTEARSE EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL EN EL CASO DE LA SENTENCIA

Antes de proseguir y dar solución a la cuestión planteada de si existía el correspondiente conflicto de intereses y si, por tanto, era necesario el nombramiento de defensor judicial, me parece oportuno referirme a dos circunstancias que podrían llevar a pensar que resulta innecesario plantearse el citado nombramiento, pero que, en mi opinión, como se va a ver, no lo consiguen:

a) La primera surge a la vista de la observación que se acaba de hacer, de que, puesto que las opciones sólo son dos y cada progenitor defiende una, uno de ellos defiende el interés del menor. Y es que, como apunto, a la vista de tal observación, podría pensarse que se excluye el nombramiento de defensor judicial. Ya que, por un lado, está claro que si es la madre quien defiende ese interés, al no haber conflicto entre los intereses de la representante del hijo y éste, no es necesario el nombramiento de defensor judicial. Y, por otro lado, podría pensarse que, en caso de que fuera el padre, tampoco sería necesario ese nombramiento, puesto que, al fin y al cabo, el interés del menor tendría una protección, aunque fuese resultado de un «efecto rebote».

Creo que hay que desechar esta argumentación que, por cierto, no podría fundamentarse en el artículo 163.2 CC, que establece que si hay conflicto con uno de los progenitores ejercerá la representación el otro, en cuanto que se refiere a los casos en que ambos tienen la representación del hijo. Y hay que desecharla a la luz del carácter institucional de la medida de defensor judicial.

Me parece oportuno, antes de continuar, traer a colación la distinción entre el modelo institucional y funcional de protección de menores, que propone Martínez de Aguirre Aldaz: el ordenamiento civil arbitra un conjunto de instituciones, previstas con carácter general para atender a cualquier menor y relacionadas entre sí según criterios de supletoriedad y complementariedad, que constituyen un entramado en el que quedan cubiertas, al menos formalmente, todas las situaciones en las que teóricamente se puede encontrar el menor. Dada la protección institucional que otorga este conjunto al menor, que siempre queda sometido a una institución tuitiva legal, el citado autor lo denomina modelo institucional. Pero, con independencia de si están sometidos o no a una institución legal de protección, hay menores carentes de protección efectiva, para los que el legislador ha creado mecanismos que vienen a atender a su situación real. Mecanismos que constituyen el modelo funcional de protección al menor ¹².

Pues bien, en mi opinión, al preverse en el artículo 163 CC el nombramiento de esta figura, lo que interesa es que, al menos institucionalmente, el ámbito de la representación —y por tanto defensa— del menor esté cubierto. Obsérvese que es indiferente que el interés del menor encuentre protección de otro modo, lo que interesa es que no exista un vacío institucional en este aspecto de su protección. Es indiferente que otra persona ajena defienda su interés o que, como podría suceder en el caso que nos ocupa, sea el supuesto padre sin potestad para ello el que, indirectamente, defienda el interés del menor; lo que importa es que, al fallar la defensa que le otorga el sistema a través de la representación del que tiene potestad para ello —como se ha visto por ostentar no sólo la titularidad, sino tam-

¹² Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad», *ADC*, t. XLV, fasc. IV, 1992, pp. 1464 ss.

bién el ejercicio de la patria potestad—, se le proporcione una protección oficial sustituta.

En este sentido, hay que destacar que Martínez de Aguirre Aldaz, ya situó, al efectuar la distinción señalada, al defensor judicial en el modelo institucional, apuntando, con acierto, que «se trata de una institución de cierre del sistema protector, prevista para procurar una protección efectiva del menor, en los casos en los que los mecanismos legales dispuestos con carácter general para la obtención de dicha finalidad, no la garanticen suficientemente frente a eventuales desviaciones interesadas en el ejercicio de sus facultades, por parte de quienes deben prestarla (conflicto de intereses); o simplemente, se encuentren paralizados por cualquier causa (no ejerciendo las funciones de que se trate) —pero esto último sólo en relación con la tutela o la curatela—»¹³.

A la vista de lo señalado, hay que concluir que, aunque se diese el caso de que el padre defendiera indirectamente el interés del menor, quedaría pendiente la cuestión de si se debería haber nombrado defensor judicial que supliese la representación de la madre; es decir, quedaría pendiente saber si era necesario, como prevén los artículos 162 y 163 CC, haber nombrado un defensor —utilizando el término en su acepción normal, es decir, no en el sentido de «defensor judicial»— que en el plano institucional cubriera la representación y, por tanto, defensa del menor.

b) En segundo lugar, tampoco creo que el hecho de que el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establezca que corresponde a este órgano «asumir, o en su caso promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos», haga innecesario plantearse la existencia de conflicto y la necesidad de nombrar defensor judicial, al entender que, en cualquier caso, el Ministerio Fiscal asumiría la representación.

Y ello porque entiendo que tal previsión debe estar a lo que dispongan las normas concretas. Así, al regular el Código Civil de forma expresa y concreta el modo de solucionar la representación en los casos de conflicto de intereses entre los padres y el hijo menor y delimitar, en esa regulación, la función del Ministerio Fiscal, considero que es a lo que debe estarse. Como hemos visto, el Código Civil prevé que en caso de que exista el citado conflicto entre los intereses de los padres y el hijo, la representación del hijo se cubrirá nombrando un defensor judicial; es decir, que el Código, como estamos viendo, prevé una medida subsidiaria, para que entre en funcionamiento en los casos en que exista el mencionado problema y quede así perfectamente tejido el sistema protector regulado. En tal previsión, la función que atribuye al Ministerio Fiscal es la de promover que esta medida subsidiaria se constituya; de este modo, la norma determina que, en este caso concreto, de las dos funciones relacionadas con la representación que el citado precepto del Estatuto Orgánico posibilita —asunción o promoción—, la que procede es la promoción.

Obsérvese que el Código Civil reserva la posibilidad de que el Ministerio Fiscal asuma él mismo la representación para aquellos casos en que no exista, todavía, una medida tuitiva —con base en la cual esa representación se ejerza— a la que sustituir, mediante la subsidiaria del defensor judicial, para completar institucionalmente el sistema. Así, el artículo 207 CC prevé que el Ministerio Fiscal defienda al presunto incapaz durante el procedimiento de incapacitación —a no

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad», cit., p. 1472.

ser que lo hubiera promovido él—; obsérvese que en este caso no hay todavía en funcionamiento ninguna institución tuitiva que albergue la representación. Tampoco la hay cuando el artículo 296 establece que el Ministerio Fiscal representará al demandado por prodigalidad que no comparece en juicio. Ni en el caso del artículo 299 bis, que establece que cuando se tenga conocimiento de que una persona debe someterse a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal ¹⁴.

Y nótese que, cuando está ya en marcha el sistema institucional de protección, ante la existencia de problemas concretos para que se ejerza la representación, como son el conflicto de intereses o el no desempeño de la tutela por alguna causa —hasta que la causa cese o se nombre a otro—, prevé una institución subsidiaria y sustituta para que haga frente a la representación —arts. 163 y 299—; circunscribiendo la actuación del Ministerio Fiscal a la promoción de esta institución —art. 300—.

4. CARACTERIZACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES DETERMINANTE DE LA INTERVENCIÓN DE DEFENSOR JUDICIAL (O CÓMO NO CUALQUIER APARENTE CONFLICTO DE INTERESES JUSTIFICA ESA INTERVENCIÓN)

Llegados a este punto, procede, a continuación, dar respuesta a la cuestión planteada de si existe conflicto de intereses entre la madre y el hijo, para saber, de este modo, si es necesario el nombramiento de defensor judicial.

a) Una cuestión a la que me parece conveniente referirme en primer lugar para descartar obstáculos que, de existir, hagan innecesaria la profundización en otros aspectos, es la referente al ámbito objetivo del conflicto de intereses. Al respecto, hay que señalar que el hecho de que los intereses en juego en el caso de la sentencia no sean de carácter patrimonial, no constituye un obstáculo a la posible existencia de un conflicto de intereses. Y es que el conflicto desencadenante de la exigencia del nombramiento de un defensor judicial puede ser tanto de intereses patrimoniales, como personales. Si en un principio, en concreto antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, la mayoría de los autores entendía que la oposición de intereses se circunscribía únicamente al ámbito patrimonial, basándose en argumentos de carácter sistemático, gramatical e histórico ¹⁵, en la actualidad, tras la citada reforma, no cabe duda de que los intereses en conflicto pueden ser personales y así lo ha entendido la doctrina unánimemente ¹⁶. Con tal reforma

¹⁴ No está de más aclarar que, como bien señala la doctrina, el Ministerio Fiscal no es en estos casos un defensor judicial. Vid., al respecto, —por ejemplo—: FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, cit., pp. 134 ss., y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad», cit., p. 1469.

¹⁵ Vid. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, «El defensor judicial», *RCDI*, 1930, pp. 200 y 257 y HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la figura del defensor judicial de menores», cit., pp. 207 y 208. Hubo, no obstante, algún autor que defendió los conflictos de cualquier índole: JIMÉNEZ ASEÑO, Voz «Defensor de menores», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. VI, 1975, p. 344.

¹⁶ Cfr., por ejemplo, LÓPEZ PÉREZ, *La patria potestad: voluntad del titular*, Valladolid, 1982, pp. 85 y 86; MONTES PENADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* —Comentario al art. 163—, vol. II, cit., p. 1093; MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, cit.,

desapareció el principal motivo que existía para la duda, que era la ubicación sistemática de la regulación de la cuestión –art. 165– en el capítulo referente a los «efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos», que pasa a situarse en el capítulo relativo a «la representación legal de los hijos»; y los otros argumentos, de menor entidad, y en los que no merece la pena entrar ¹⁷, quedaron desvirtuados con el cambio.

b) Otra cuestión que debe ser abordada es la necesidad estimada de que el conflicto tenga por causa una situación objetiva y de que la oposición de intereses sea efectiva. Se trata de dos requisitos que vamos a ver que deben concurrir y que interpretados conjuntamente, dada su interrelación, van a proporcionar la clave para determinar si hay conflicto o no en el caso que se plantea. Manifiestan en qué medida se protege el interés del menor y cuándo se entiende que hay obstáculo suficiente como para paralizar el deber de representación. Recuérdese que la existencia de conflicto supone un peligro de daño para los intereses del menor que constituye un obstáculo al normal desenvolvimiento de la actividad representativa que lleva a su suspensión.

En primer lugar, como anunciaba, se estima que, para que haya conflicto de intereses, los intereses deben ser incompatibles por sí mismos; es decir, que, como puso de relieve CICU ¹⁸, al que ha seguido la doctrina española en este punto ¹⁹, el conflicto debe tener por causa una situación objetiva, independiente del comportamiento concreto observado por el progenitor en la relación que crea el conflicto o de la predisposición de su ánimo. Lo que significa que siempre que existe esa situación hay conflicto.

Esta objetividad tiene una doble vertiente:

i) Por una parte, excluye comportamientos o estados de ánimo que pudieran anular el conflicto. Se podría decir que al establecer el nombramiento del defensor en cuestión cuando haya conflicto, el propio Código excluye la consideración de comportamientos, estados de ánimo, etc. de los padres, que puedan desvelar la intención de no perjudicar al menor. Se entiende que si objetivamente existe el conflicto, los padres no pueden representar al menor. Se podría decir que el principio del interés del menor hace que no se deba someter al menor a tal riesgo. Se protege con ello al menor del peligro objetivo que conllevan esas situaciones.

ii) Por otra parte, excluye las situaciones subjetivas de conflicto.

Al respecto, hay que señalar que el conflicto objetivo es el único susceptible de ser efectivo. Cualidad ésta que, como anunciaba, resulta necesaria y en la que también se ha puesto de acuerdo la doctrina. Así, se afirma que el conflicto debe ser efectivo ²⁰, es decir, real y no quimérico, dudoso o eventual. En este sentido,

pp. 91 ss.; SANCHO REBULLIDA, *Elementos de derecho civil*, t. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1989, p. 253; FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, cit., pp. 95 ss.; DíEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1997, p. 296.

¹⁷ Sobre los mismos, vid. HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la figura del defensor judicial de menores», cit., pp. 207 y 208; MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, cit., pp. 93 y 94; FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, cit., p. 97.

¹⁸ Cfr. CICU, «La filiazione», en *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. III, dirigido por VASALLI, Torino, 1969, p. 377.

¹⁹ Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* –Comentario al art. 163–, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. III, vol. 2.º, cit., p. 191; MONTES PENADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* –comentario al art. 163–, vol. II, cit., pp. 1094 y 1095; FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, cit., pp. 75 y 76.

²⁰ Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* –Comentario al art. 163–, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. III, vol. 2.º, cit., p. 191; MONTES PENADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* –Comentario al art. 163–,

Florensa i Tomás observa que el artículo 163 establece que «el padre y la madre “tengan” un interés opuesto al de sus hijos» y no que «puedan tener»²¹. Ello resulta lógico en cuanto que se trata de una excepción al ejercicio de un deber propio de la patria potestad. El supuesto de hecho de una excepción tal no puede sino ser entendido restrictivamente, es decir, en este caso, cuando haya «realmente» conflicto, sin que quepa, en consecuencia, suspender ese deber de los padres por circunstancias eventuales o conjeturadas.

Pues bien, como decía, el conflicto objetivo es el único susceptible de ser efectivo. No existe, en mi opinión, en los casos de conflicto subjetivo, un conflicto efectivo en el sentido visto, ya que, ante la imposibilidad de comprobar con certeza que el mismo existe, tiene su base en suposiciones. ¿Cómo comprobar que realmente existe una oposición de intereses que no es objetiva, sino derivada del fuero interno del representante? No creo que las actuaciones, comportamientos o circunstancias sirvan para ello. Con esto sólo puede existir la sospecha de conflicto; puede parecer que hay conflicto y que, en realidad, el progenitor actúe de ese modo porque crea que ése es el interés del menor, sin que exista en su intención obtener él un beneficio.

A la vista de todo esto, procede, a continuación, plantearse si en el caso objeto de la sentencia existen objetiva y efectivamente intereses opuestos de la madre, que, como se vio, es la representante, y el hijo. O lo que es lo mismo: preguntarse, si en todos los casos de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido existe de forma sistemática ese conflicto de intereses, que vendría configurado por un interés de la madre por defender su fidelidad o su honra y el interés del hijo, que sería, en principio, conocer la verdad biológica, y al que perjudicaría el citado interés de la madre.

Creo que la respuesta es no y que, además, el propio Código Civil deja constancia de ello en el artículo 129. Obsérvese que este artículo, que se refiere tanto a las acciones de reclamación, como de impugnación de la filiación –se halla en la Sección primera del capítulo dedicado a las acciones de filiación, que regula «Disposiciones generales»–, establece que «las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal». Si el legislador hubiera apreciado conflicto alguno entre los progenitores representantes y el hijo en los procesos relativos a la filiación, no tendría sentido tal disposición. Podría alegarse que este artículo debe entenderse como una concreción de la regla general del artículo 162, susceptible de las excepciones de la misma. Pero en tal caso sería superfluo. Creo que si el legislador, en una materia concreta como ésta, expresamente establece que tendrá lugar la representación legal, debe entenderse que existe una intención de hacer constar que así sea y de despejar cualquier duda que pudiera existir en relación con la aplicación de cualquier excepción.

En cualquier caso, existe otro artículo, el 137.2, que no deja lugar a dudas de la inexistencia objetiva del concreto interés en cuestión: el interés de la madre de defender su reputación. Este precepto, con ocasión de la impugnación de la paternidad matrimonial, establece que «la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de

vol. II, cit., p. 1094; MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, cit., p. 108; FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, cit., p. 76.

²¹ FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, cit., pp. 76 y 77.

la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal». Al respecto hay que decir que, si la impugnación de la paternidad matrimonial hiciera surgir un interés objetivo de la madre de defender su honra, el Código no establecería que fuera ésta quien representase al menor en el ejercicio de tal acción y menos aún la legitimaría únicamente a ella, como hace, en calidad de representante legal ²². Existiría un interés opuesto que perjudicaría al menor, en cuanto que la madre, por no manchar su reputación, no ejercería la acción; o, ejerciéndola, estaría más atenta a sus intereses que a los del menor.

Pues bien, no existiendo objetivamente un interés opuesto al del hijo, no cabe, a la vista de lo ya manifestado, exigir el nombramiento de defensor judicial. La existencia del interés de la madre por defender su reputación, sólo es una suposición, una conjetura realizada a la vista de ciertos comportamientos, como el de negarse a las pruebas biológicas. Nada obstaría a pensar que el interés pudiera ser otro, por ejemplo, perjudicar al marido. O que ni siquiera hubiera otro interés y que, simplemente, hubiera adoptado esa postura pensando que era lo mejor para el hijo. O que estuviera defendiendo la verdad. De manera que el supuesto interés carecería de la efectividad que se ha visto que es necesaria para suspender a los padres de un deber propio de la patria potestad. No se produce la situación de peligro objetiva y, por tanto, efectiva, en el sentido de no conjeturada, para la que se prevé esa suspensión y el nombramiento de un sustituto.

5. CONCLUSIONES

– Para determinar si era necesario el nombramiento de defensor judicial en el caso de la sentencia, a lo que debería haberse atendido es a si existe conflicto de intereses, en cuanto que es el supuesto de hecho previsto por el Código Civil –art. 163–, entre la madre, puesto que es la representante legal del hijo, y éste.

– Y no excluye esta necesidad de ver si existe tal conflicto para, en consecuencia, nombrar un defensor judicial, el hecho, por una parte, de que el padre defendiera indirectamente el interés del hijo. Cosa que, como se ha visto, podía suceder si se tiene en cuenta que uno de los dos progenitores defendía el interés del menor, al defender cada uno, uno de los dos intereses posibles –que se declara que es el padre o que no–; no existiendo, por tanto, conflicto de ambos progenitores con el menor, como pretende la sentencia a través, como se ha visto, de cruce de planos –sustantivo y procesal.

Ni tampoco la excluye, por otra parte, el hecho de que el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal prevea que a este órgano le corresponde, para cumplir su función, la asunción o promoción de la representación de quienes carezcan de capacidad de obrar y no tengan representante.

Y ello tiene su causa, como se ha visto, en el carácter institucional de la medida del defensor judicial. Recuérdese, por lo que se refiere al padre, que al Código, al establecer el nombramiento de defensor judicial en el caso en cuestión, lo que le interesa es que, al menos institucionalmente, el ámbito de la repre-

²² Como pone de relieve RIVERO HERNÁNDEZ –sobre obra de SANCHO REBULLIDA– el Código legitima en ese artículo a la madre en su calidad de representante legal del hijo («a la madre que ostente la patria potestad»), y únicamente a ella en tal calidad –no a otros representantes legales–, junto al Ministerio Fiscal: cfr. *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, cit., p. 474.

sentación del menor esté cubierto, independientemente de que el interés del menor encuentre protección de otro modo; con lo cual, aunque el padre defendiese el interés del menor daría igual —y obsérvese que no cabe alegar en contra la aplicación del art. 163.2 CC, en cuanto que se refiere a los casos en que ambos tienen la representación del hijo—. Y por otro lado, en cuanto al Ministerio Fiscal, recuérdese también que la concreción que el Código hace de la función representativa de este órgano en el supuesto que estudiamos, está impregnada del citado carácter institucional.

— Pues bien, la respuesta a la cuestión planteada es que no. Es decir, que no existía conflicto de intereses entre la madre y el hijo y, por tanto, no era necesario el nombramiento de defensor judicial. Y a esta conclusión se llega si se tiene en cuenta que el conflicto susceptible de suspender la representación de los padres y de hacer necesario, en consecuencia, el nombramiento de defensor judicial, debe ser objetivo y efectivo, lo que no ocurre en el caso de la sentencia. Obsérvese que, en caso de que la respuesta hubiera sido afirmativa, dado el citado carácter objetivo del conflicto, debería nombrarse defensor judicial en todos los procesos de impugnación matrimonial de la paternidad por el marido, puesto que significaría que en los mismos existe una situación objetiva de incompatibilidad de los intereses de la madre y el hijo. Los preceptos legales que se hacen eco de esta realidad, es decir, del hecho de que en esos procesos no exista objetivamente un conflicto de intereses entre la madre y el hijo, y que, por lo tanto, constituyan la base legal que permite argumentar, más allá del sentido común, desde una perspectiva jurídica, son los artículos 129 y 137.2 CC*.

Zaragoza, enero de 1998

* Estando ya en prensa este trabajo se ha publicado otro comentario a la sentencia estudiada, obra de MORENO MARTÍNEZ, que llega a conclusiones distintas (Vid. *CCJC*, septiembre-diciembre, 1997, pp. 1093 ss.).