

**El Tribunal Supremo declara la paternidad de un hombre que se negó de forma injustificada a someterse a una prueba biológica
(Sentencia de Pleno 460/2017, de 18 de julio)**

**Dra. Blanca Sillero Crovetto
Profesora Titular Derecho Civil. Universidad de Málaga**

1. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 767.4 LEY ENJUICIAMIENTO CIVIL

En la actual LEC, es “plenamente vigente la argumentación doctrinal y jurisprudencial que veda la posibilidad de constreñir físicamente (*manu militari*) como sistema con que doblegar la resistencia del sujeto pasivo a la realización de pruebas biológicas de determinación de la paternidad y maternidad, así como también la que excluye el valor de *ficta confessio* a la actual negativa y obstruccionista del presunto progenitor demandado”¹. Es por ello que la cuestión estriba en tratar de averiguar el alcance que el órgano decisor debe otorgar a la conducta obstruccionista e injustificada del litigante a quien se le atribuye la presunta paternidad.

El artículo 767.4 LEC, dispone que:

“La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenida por otros medios”.

Consta expresamente en la LEC que la negativa u oposición a someterse a las pruebas biológicas constituye un dato o indicio valiosos que en manos del tribunal permite llegar a la conclusión de la paternidad reclamada. Sin embargo, inmediatamente ha de precisarse que no cualquier actitud obstruccionista del demandado es relevante a los efectos de provocar la determinación de la filiación, sino solo aquellas de las que quepa inferir un ánimo arbitrario, insolidario e injustificado.

La conducta contumaz y obstruccionista del presunto progenitor, aun cuando sea injustificada y no obedezca a ningún motivo razonable, ¿es suficiente por sí sola para determinar la paternidad? De la redacción del párrafo cuarto del artículo 767, no se puede deducir sin más que por la negativa injustificada permita al tribunal determinar la filiación, sino “siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad”.

Finalmente, del artículo 767. 4 se deduce que a pesar del altísimo grado de fiabilidad que alcanza la prueba biológica, deviene por completo innecesaria cuando sea posible determinar la filiación por otros medios probatorios.

¹ RUIZ MORENO, J. M^a, “Sobre el alcance de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en relación a la investigación de la paternidad y maternidad”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José González García*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 1385.

En definitiva, para la LEC la negativa injustificada a someterse a la realización de pruebas biológicas constituye un indicio cualificado y de gran valor para determinar la paternidad, que formaría parte de los hechos indiciarios. Ahora bien, tal actitud obstruccionista, no es por sí suficiente, ni puede conducir directamente a determinar la filiación, so pena de vulnerar lo contenido en el artículo 767.4.

2. LA NEGATIVA INJUSTIFICADA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, citada reiteradamente por la Sala Civil del Tribunal Supremo puede quedar resumida -en lo que ahora interesa- por la sentencia 7/1994, de 17 enero, que al referirse a la prueba biológica dice lo siguiente:

“[...] donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación. Como hemos declarado en la STC 227/1991, fundamento jurídico 5.º, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa [STC 98/1987, fundamento jurídico 3.º, y 14/1992, fundamento jurídico 2.º]. Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º)”.

En la misma sentencia se hace la siguiente declaración:

“En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de

la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE [STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º, 14/1992, fundamento jurídico 2.º, y 26/1993, fundamento jurídico 4.º], colocándola en una situación de indefensión”.

La STC 29/2005, de 14 de febrero, con cita de el ATC 371/2003, de 21 de noviembre, recoge que “como hemos rechazado que se pueda atribuir a la referida negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose una carga contra vives que no está autorizada normativamente, ni puede interpretarse dicha negativa como una *ficta confessio* del afectado (ATC 221/1990, de 31 de mayo, FJ”), sino la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en el contexto anteriormente expuesto, es decir en relación con la base probatoria (indiciaria) existente en el procedimiento (STC 95/1999, de 31 de mayo, FJ2)”².

Por otra parte, la STC 177/2007, de 23 de julio, dice lo siguiente:

“(el) el vigente art. 767.4 LEC, haciéndose eco de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 7/1994, de 17 de enero, reiterada por la STC 95/1999, de 29 de junio, determina que la "negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios". Ahora bien, para que pueda hablarse de negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad es necesario que dicha prueba haya sido efectivamente acordada por el órgano judicial en el proceso de reclamación de filiación. Como se recuerda en la citada STC 95/1999, F. 2, "dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser este un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que

² Vid. BUSTO LAGO, J. M. “Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional”, *Derecho privado y Constitución*, nº 19, 2005, pp. 7-54; SERNA MEROÑO, E.; “Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2005: Tutela judicial efectiva. Vicio de irrazonabilidad de la sentencia. Declaración de la paternidad basada exclusivamente en la negativa a someterse a la prueba biológica. Quiebra de la doctrina jurisprudencial: La negativa no es una *ficta confessio* y como tal carece de carácter absoluto de prueba de paternidad. Vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley: falta de justificación en la sentencia del cambio de criterio jurisprudencial”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 70, 2016, pp. 155-176; GONZÁLEZ MORÁN, L.: “Valor de la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad (Estudio jurisprudencial)”, *Derecho y Nuevas Tecnologías* Coord. Herrán, A., Emaldi Cirión A y Enciso, M. Vol. 1, 2011, pp. 347-362.

en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 CE (STC 7/1994 , F. 6 y las resoluciones en ella citadas)”.

Esta doctrina está presente en las resoluciones que dicta la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, así la Sentencia 508/2001, de 24 de mayo, considera la negativa del demandado a la práctica de la prueba de ADN como “indicio muy cualificado” remitiéndose a otras sentencias anteriores como las número 947/1994, de 21 de octubre y 520/1996, de 24 de junio. La misma sentencia destaca como la jurisprudencia tiende a aumentar cada vez más el valor probatorio de dicha negativa, con cita de las sentencias número 1045/1997, de 17 de noviembre, 884/1998, de 3 de octubre, y 302/2000, de 28 de marzo.

En la STS 18/2017, de 17 de enero, se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de los autos de juicio verbal de filiación del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Santa Cruz de Tenerife y confirmar la sentencia recurrida.

El juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda sobre filiación con la siguiente argumentación:

“La conclusión a que debe llegarse es la de que ofreciendo una especial relevancia como indicio la negativa a la práctica de la prueba biológica, al menos cuando tal negativa no ha sido acompañada de ninguna razón significativa que la justifique, los demás indicios concurrentes no es exigible que generen una virtualidad probatoria plena por sí mismos, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado de las cosas, acreditado por la experiencia para corroborar el indicio especialmente significativo derivado de la negativa a la práctica de la prueba pericia biológica”.

[..] Con el material probatorio y la doctrina citada no se entiende que pueda concluirse la existencia de indicios significativos hasta el punto de que se desprenda de ellos la verosimilitud de la existencia de una relación de tipo sexual entre las partes. Prácticamente no hay otra cosa que la propia versión de la actora –y el hecho incontrovertido- de que se conocieron y salieron en varias ocasiones”.

El tribunal de apelación al motivar su decisión y al igual que hizo la sentencia de primera instancia afirma que “la negativa a realizar la prueba biológica no puede ser tomada como una prueba concluyente si no viene avalada por otras pruebas que demuestren sin ningún género de dudas el hecho controvertido”.

La demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Ministerio Fiscal, con cita de la sentencia de la Sala de 11 de abril 2012 y 27 febrero 2007, solicita la estimación del recurso. Afirma que la sentencia recurrida infringe la doctrina de la Sala al sostener que la “negativa a realizar la prueba biológica, no puede ser tomada como prueba concluyente, sino viene avalada por otras pruebas que demuestren sin género de duda el hecho controvertido”.

Concluye, la Sala Civil al desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal que, “la negativa a someterse a las pruebas biológicas no determina en el ordenamiento español una *ficta confessio* y por ello el artículo 767.4 LEC dice que se permite la atribución de la paternidad siempre que existan otros indicios. Precisamente es lo que mantiene la sentencia recurrida cuando indica que será necesario ver en este caso cuáles son tales indicios y de la prueba practicada “se colige que no existe más indicio que la relación breve que mantuvieron las partes, presentadas por conocidos comunes, de no más de 15 días, en los que tomaron café y cenaron, según él un día, y, según, ella, dos, siendo tras esta segunda cena cuando afirma la actora que mantuvieron relaciones sexuales. [...] a juicio de la Sala podría añadirse el tiempo transcurrido desde el nacimiento de la niña hasta la interposición de la demanda de reclamación de paternidad (ocho años), sin que la actora haya acreditado reclamación o gestión alguna con el demandado a los efectos ahora pretendidos”.

También procede la desestimación del recurso de casación reiterando lo ya razonado para desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, no obstante la Sala considera necesario salir al paso de la desafortunada expresión de la sentencia recurrida cuando afirma que la negativa a realizar la prueba biológica no puede ser tomada como una prueba concluyente si no viene avalada por otras pruebas que demuestren “sin ningún género de dudas” el hecho controvertido. No es eso lo sentado por esta Sala ni por el Tribunal constitucional que en sus sentencia 7/1994, de 17 d enero, reprochó que se exigiese a la demandante en el proceso, para dar relevancia a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, la presentación de forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, pues “al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia contraria al derecho fundamental del artículo 24.2 CE, colocándola en una situación de indefensión”

El Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, formula voto particular, al considerar que debió estimarse la pretensión de la parte recurrente estimando el recurso planteado por infracción procesal para, a continuación, estimar igualmente la demanda y declarar la paternidad del demandado respecto de la menor Otilia.

“[...] En definitiva de lo que aquí se trata- admitida la eficacia indiciaria de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica- es de juzgar el caso concreto para determinar si en el mismo concurren otros elementos probatorios –normalmente con el mismo carácter indiciario- para entender que la negativa del demandado resulta absolutamente injustificada y no tiene otra finalidad que evitar el conocimiento de la verdad. De ahí que no cabe sentar doctrina con eficacia general a raíz del presente caso pues se trata de valorar, en cada supuesto, la suficiencia de los indicios que han de sumarse a la negativa del demandado a someterse a la prueba de paternidad.

Una vez que la Sala ha estimado oportuno entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, entiendo, como ya adelanté, que la solución debió ser la estimación de la demanda puesto que, al muy valioso indicio representado por la negativa del demandado a someterse a dicha prueba, se une otro consistente en la evidencia de que demandante y el demandado se conocieron en las fiestas de carnaval del año 2004 en Santa Cruz de Tenerife y se vieron en varias ocasiones durante esos días, periodo durante el cual debió tener lugar la concepción a la vista de la fecha de nacimiento de la niña.

[...] No hay ejercicio tardío del derecho con relevancia jurídica en estos casos, pues el artículo 133 CC establece que la acción puede ejercitarse durante toda la vida del hijo sin que puedan establecerse diferencias en cuanto al ejercicio por la madre –a favor del hijo- o por el propio hijo –cuando alcance la mayoría de edad de la acción correspondiente pues no debería ser distinta la solución en cuanto a la negativa a someterse a la prueba biológica por parte del demandado, según el momento en que se produzca o si actúa la propia hija o la madre en defensa de sus intereses. Lo deseable y más favorable al interés de la menor es que la determinación de la filiación respecto del demandado se produzca cuanto antes, bien sea con resultado positivo o negativo, no solo por razones de seguridad jurídica sino por los propios derechos de carácter material que se traducen en la obligación de alimentos cuando la menor va a alcanzar una edad en que las necesidades de todo tipo son cuantitativamente mayores. No cabe, en este caso, según mi criterio, dar mayor protección a la opción obstruccionista del demandado que a intereses de tan alta valoración como los que corresponden a la menor, en cuyo beneficio se ejercita la acción de reclamación de la filiación”.

Seis meses después, la Sala Civil del Tribunal Supremo ha declarado, en Sentencia de Pleno 460/2017, de 18 de julio, y siendo Ponente el Excmo. Sr. Salas Carceller, la paternidad de un hombre que se negó de forma injustificada a someterse a la prueba biológica. Estima así el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 30 de junio de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Tercera, sentencia que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Donostia en cuanto desestimaba la demanda en la que se solicitaba que se declarase la filiación paterna no matrimonial de hija menor de edad del demandado.

En esta ocasión la Sala reproduce los términos del voto particular del Excmo. Sr. Salas Carceller. “No cabe primar la actuación de quien obstaculiza, sin razón justificada, la averiguación de la verdad teniendo a su alcance la posibilidad de facilitar a la otra parte y al tribunal la solución del problema litigioso, confiando por su parte aunque la falta de certeza de la prueba aportada por la demandante le permita obviar la declaración de paternidad y el cumplimiento de su función y obligaciones paterno filiales. Resulta contrario a elementales principios de justicia propiciar que estas conductas de negación puedan generalizarse privando al hijo de la posibilidad de obtener certeza sobre su filiación, dando efectividad a la negativa únicamente en aquellos casos en que la prueba resulta menos necesaria al existir elementos probatorios suficientes para deducir la paternidad del demandado. Lo deseable es que la determinación de la filiación respecto del demandado se produzca cuanto antes, bien sea con resultado positivo o negativo, no sólo por razones de seguridad jurídica sino por los propios derechos de carácter material que se traducen en la obligación de alimentos cuando la hija va a alcanzar una edad en que las necesidades de todo tipo son cuantitativamente mayores. No cabe, en ningún caso, dar mayor protección a la opción obstruccionista del demandado que a intereses de tan alta valoración como los ya expresados que corresponden a la menor, en cuyo beneficio se ejercita la acción de reclamación de la filiación paterna. A todo lo anterior es preciso añadir que hoy día ya no resulta imprescindible la extracción de sangre para la práctica de la prueba, pues los avances científicos permiten obtener con total fiabilidad las muestras necesarias para ello de forma absolutamente indolora, bastando una muestra del ADN de ambos (posible padre, e hijo) mediante la obtención de las células epiteliales de la mucosa oral, siendo suficientes incluso las muestras derivadas de manchas de sangre o sudor, uñas cortadas, cepillo de dientes, chicles, dientes de leche o pelos arrancados de raíz, entre otros medios”.

El interés casacional del presente caso, y el motivo de su examen en Pleno por la Sala, se encuentra en la necesidad de determinar la **intensidad probatoria que ha de atribuirse al hecho de la negativa injustificada** por parte del demandado a someterse a la prueba biológica.

La sentencia, si bien considera abusiva una pretensión de que se sometiera a dicha prueba un demandado respecto del que no exista indicio alguno de contacto con la madre en la época aproximada de la concepción, entiende que no lo es cuando resulta acreditado que la relación existió y hay una probabilidad –incluso débil– de que efectivamente fuera cierta la paternidad que se le atribuye.

Por otra parte, la sentencia expone que resulta deseable que la determinación de la filiación respecto del demandado se produzca cuanto antes, pues pondera no solo razones de seguridad jurídica, sino los propios derechos de carácter material que se traducen en la obligación de alimentos.

La Sala afirma que “en el caso enjuiciado no cabe compartir las conclusiones de la sentencia recurrida en el sentido de no atribuir valor decisivo a la negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN, por considerar la Audiencia que “no ha quedado evidenciada la existencia de datos que permiten entender acreditada la relación sentimental ante la existencia de versiones contradictorias». En primer lugar, constituye esencia de la función judicial valorar la contradicción entre las versiones sostenidas por las partes, teniendo muy en cuenta cuál de ellas resulta ser la más interesada y, por tanto, menos digna de crédito. **Tampoco es necesario que se pruebe la existencia de una relación sentimental entre las partes, pues basta una simple relación de conocimiento de la que pudiera inferirse la posibilidad de la procreación en atención a datos como los que concurren en el caso presente**, al estar acreditado que la demandante y el demandado se conocían porque frecuentaban el mismo gimnasio -en la época aproximada de la concepción de la hija de la demandante- donde se relacionaban, a lo que hay que añadir que el titular del establecimiento declaró que, según comentarios, estaban «liados». Es cierto que como prueba de paternidad tales circunstancias resultan insuficientes, pero ello -unido a la negativa del demandado- permite al tribunal hacer dicha declaración con plena certeza”.

Decide la Sala:

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Susana contra la sentencia dictada por Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 3.ª) en fecha 30 de junio de 2016.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha parte, casando la sentencia recurrida.

3.º- Estimar la demanda interpuesta por la hoy recurrente contra don Gabino y, en consecuencia, declarar:

- a) Que este último es el padre biológico de la hija de la demandante, llamada Delfina;
- b) Que procede hacerlo constar así, con los datos correspondientes al padre, en la correspondiente inscripción de nacimiento en el Registro Civil de Irún, al Tomo NUM000, página NUM002, y en el Tomo complementario NUM003, página NUM004, de la sección 1.ª, atribuyendo a la hija los apellidos Rodolfo.

3. BREVE REFLEXIÓN FINAL

En estos procesos, dada la naturaleza jurídico-material de su objeto y del interés público afectado por ellos, quiebra en cierta medida la rigidez del proceso civil que, a veces, por la aplicación del principio de rogación de parte se mantiene en la esfera de la verdad formal. El TC es claro al exigir de los órganos judiciales la realización de la actividad necesaria para llegar a la verdad material, abandonando para ello históricas interpretaciones formalistas. “*Se exige de jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de las pruebas [...] la legislación vigente tanto penal como procesal, proporciona al Juez los medios para actuar con esa diligencia que le exige el mandato constitucional, y [...] resulta imperativa su utilización*” (STC 7/1994).