

**LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA
ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN NO
MATRIMONIAL EN EL FUERO NUEVO**

Foru Berrian ezkontzaz kanpoko seme-alabatasuna eskatzeko egintza
erabiltzeko legitimazioa

Legitimation to exercise the right to claim parentage of children born out
of wedlock in the New Charter

Esther ERICE MARTÍNEZ
Audiencia Provincial de Navarra

Fecha de recepción / Jasotze-data: 04-04-2016

Fecha de aceptación / Onartze-data: 05-12-2016

El derecho de filiación se encuentra, en el entorno europeo, dentro de una fase nueva de su evolución histórica, propiciada por el planteamiento de su configuración desde la perspectiva de la tutela y desarrollo de los derechos fundamentales. No puede obviarse que la filiación es, de modo prevalente, una institución de protección del hijo, aun así deben conjugarse sus derechos con los del resto de aquellas personas que tengan intereses legítimos en el ejercicio de las acciones de filiación.

Palabras clave: Acciones de filiación no matrimonial. Legitimación activa. Fuero Nuevo.



Europako testuinguruan, seme-alabatasun eskubidea fase berrian dago, bilakaera historikoari dagokionez. Aipatu eskubidea tutoretzaren ikuspegitik eta oinarriko eskubideak garatzeko ikuspegitik eratzeko planteamenduak ekarri du fase berri hori. Ezin daiteke albo batera utzi seme-alabatasuna, batez ere, seme-alabak babesteko instituzioa dela; hala ere, filiazio-egintza erabiltzean interes legitimoak dituztenen eskubideekin elkartu behar dira horien eskubideak.

Giltza hitzak: Ezkontzaz kanpoko filiazio-egintzak. Legitimazio aktiboa. Foru Berria.



In Europe, relationship law is currently in a new stage of its historical evolution, driven by a new approach which seeks to implement it in such a way as to protect and develop fundamental rights. We cannot ignore the fact that relationship law is predominantly an institution to protect children. Even so, their rights have to be combined with those of the other people with a legitimate interest in exercising the rights of parentage.

Key-words: Proceedings for parentage out of wedlock. Active legitimation. New Charter.

SUMARIO

I. EVOLUCIÓN DE LA FILIACIÓN. II. PRINCIPIOS RELEVANTES DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN. 1. El interés del hijo o hija, en particular cuando es «menor». 2. La igualdad en la ley. 3. La verdad biológica y el derecho a conocer el propio origen. 4. El personalismo de la relación de filiación. 5. El principio del control público. 6. El principio de la autonomía de los implicados en la relación de filiación. III. ACCIONES DE DECLARACIÓN DE FILIACIÓN EN EL FUERO NUEVO. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. IV. REFERENCIAS A LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN OTROS ORDENAMIENTOS. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EVOLUCIÓN DE LA FILIACIÓN

La filiación puede definirse como la relación jurídica que se da entre padres y madres e hijos e hijas¹, en esta relación se distinguen dos aspectos: la filiación como hecho natural referida a ser engendrado por un padre y nacer de una madre, y la filiación como situación jurídica constatada legalmente de la que se deriva la posición que una persona ocupa en su calidad de hija o hijo y que da lugar a un conjunto de derechos y obligaciones².

Se distinguen dos concepciones o sistemas de filiación según la valoración o relación entre el elemento biológico y el volitivo: (a) realista, presidido por el denominado «principio de veracidad», que aun reconociendo que la filiación jurídica no es mera relación biológica, habilita mecanismos jurídicos que permitan llegar a ella, al menos en vía judicial, y facilita la investigación de la paternidad y /o maternidad, positiva y negativamente, con toda clase de pruebas;

¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. En Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV-2º Barcelona: José María Bosch, S.A., 1989, 3ª ed., p. 25, considera la relación jurídica de filiación como «la existente entre generaciones y generados, padres e hijos, con el conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones que los vincula en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla».

² PÉREZ MONJE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002.

y (b) formalista, concepción desvinculada de la realidad biológica que incide en otros elementos y valores, y establece unos esquemas formales de determinación de la filiación, no facilitando después la determinación de la relación biológica aun cuando hay serias dudas de que la relación jurídico – formal coincida con aquella.

Ambos sistemas son calificados por la doctrina como injustos y parciales por unilaterales, pudiendo constatarse que los ordenamientos jurídicos optan por soluciones eclécticas³.

La Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, aprobada por la Ley de la Jefatura del Estado 1/1973, de 1 de marzo, en la ley 63 a ley 72 reguló la materia referida a Patria Potestad y Filiación, en concreto las leyes 70 y ss. recogieron la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad y la acción de impugnación de dicha declaración. El referido texto legal fue objeto de modificación mediante la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, dado que aquellos preceptos no se adecuaban a la realidad social sobre la que operaban y en ocasiones contradecían principios contenidos en el título I de la Constitución Española e infringían por consiguiente, el artículo 6º de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

Según la exposición de motivos de la Ley Foral 5/1987, aun cuando determinadas modificaciones de esta Ley Foral obedecieron a razones de carácter técnico-jurídico derivadas de la aplicación práctica de la Compilación y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial, la mayor parte de aquellas trató de suprimir las discriminaciones existentes en la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra aprobada en la Ley 1/1973 por razón de sexo, nacimiento o estado civil, de incidencia por tanto en las materia de filiación y en las acciones de declaración e impugnación de la misma. Las leyes 70 y 71 de la Compilación recogen actualmente las acciones de filiación, diferenciando aquellas que tienen como finalidad la reclamación e impugnación de la maternidad y paternidad, y en concreto las acciones de impugnación de la maternidad, de la paternidad del marido y del reconocimiento de filiación (ley 70). Se recoge asimismo la acción de declaración de la filiación matrimonial y de la no matrimonial (ley 71).

Esta modificación del tratamiento legislativo de la filiación y por tanto de las acciones de filiación no es exclusiva de la Compilación Foral, sino que está

³ RIVERO HERNÁNDEZ, F. En el volumen colectivo dirigido por Paz, Ares Rodríguez, Bercovitz y Rodríguez-Cano, Díez-Picazo Ponce de León y Cordech, *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1991.

inserta en el necesario proceso de adecuación del derecho de filiación a los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones de los estados y en los Convenios Internacionales que se está llevando a cabo en Europa, así el Código civil holandés fue reformado en materia de filiación por Ley de 1 de abril de 1998: vid. arts. 1:199, 200 y 207, y la regulación del Código civil francés sobre filiación ha resultado sustancialmente modificada por la Ordenanza n° 2005-759, de 4 de julio de 2005, que entró en vigor el 1 de julio de 2006.

La doctrina viene distinguiendo distintos momentos en la evolución del derecho de filiación desde la codificación civil hasta la actualidad.

El Derecho de primera generación, fue el recogido en los Códigos, regido por la discriminación de la filiación extramatrimonial y la preeminencia del criterio formalista sobre la realidad biológica, su vigencia se ha prolongado hasta los años setenta y ochenta del siglo XX, en él late la visión patrimonialista de los Códigos sobre el Derecho de Familia, que sacrifica los intereses y la protección del hijo a la salvaguarda de la familia denominada legítima. Es un Derecho dictado desde la perspectiva del progenitor no desde la de la hija o hijo.

El Derecho de segunda generación puede identificarse por la superación de la mencionada discriminación y la introducción de la investigación de la paternidad. En España es el recogido a partir de la redacción del Código Civil dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que inició la adaptación del Derecho Civil a las exigencias de la Constitución de 1978. La Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se inscribe también en esta fase.

El Derecho de filiación de tercera generación incide en esta misma dirección, pero plantea, de un lado, los límites de la citada investigación y, de otro, la desvinculación entre la determinación de la filiación y sus efectos, se plantea así un nuevo contenido de la relación jurídica de filiación, que puede verse privada de su contenido tradicional (patria potestad, derechos sucesorios, apellidos,...) por esta vía puede llegarse a una separación entre la relación de filiación y las instituciones tuitivas de los descendientes, la determinación de la primera puede no conllevar la atribución de éstas. Lo cual nos conduce a la característica identificadora de este Derecho de última generación: la filiación no se formula ya desde la perspectiva de los intereses de hijos e hijas y de su protección, sino también desde los del progenitor⁴.

⁴ BARBER CÁRCAMO, R., Filiación: ¿hacia una reforma de tercera generación? En C. Martínez de Aguirre (dir.), *Presente y futuro del derecho de familia*, Cuadernos Digitales de Formación, n° 48, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.

II. PRINCIPIOS RELEVANTES DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

Los principios de aplicación en esta materia, siguiendo el estudio llevado a cabo por el profesor García Vicente⁵, de especial utilidad, son en su mayor parte de contenido diverso, difíciles de conciliar y algunos de ellos inevitablemente encontrados, se señalan como los más relevantes, sin que medie entre ellos un criterio jerárquico estricto, los siguientes: 1) el interés de hijos e hijas, en particular cuando son menores; 2) la igualdad entre los descendientes y progenitores con independencia de que la filiación sea o no matrimonial; 3) la verdad biológica; 4) el personalismo de la filiación; 5) el principio del control público; y 6) el principio de la autonomía de las personas implicadas en la relación de filiación.

1. El interés del hijo o hija, en particular cuando es «menor»

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

Puede manifestarse en los siguientes aspectos:

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

En razón de la minoría de edad se articulan dos efectos propios de la filiación, por una parte, el establecimiento de un deber de asistencia que corresponden a los progenitores, y por otra, la constitución de un mecanismo institucional de protección: la patria potestad, que debe compatibilizar la protección con la

⁵ GARCÍA VICENTE, J. R., La previsible reforma del derecho de las acciones de filiación: algunas propuestas, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, 2006.

autonomía del propio menor. Cumplimiento de un deber y necesidad de protección son el sustrato material de las respectivas posiciones en la filiación.

El interés en la «estabilidad» de la filiación declarada: el hijo o hija tiene interés en que no pueda debatirse indefinidamente la filiación legalmente establecida, sobre todo cuando la controversia se sostenga por los progenitores o por terceros, sin que pueda obviarse la importancia que tiene atribuir eficacia tuitiva al ejercicio pacífico, público y continuado de ciertas relaciones jurídicas, en nuestro caso, a la posesión de estado familiar.

El interés en la «veracidad», que se conecta con el conocimiento de la verdad biológica, toda vez que la identidad se configura desde el conocimiento del propio origen. En este sentido solo se satisface por aquellas normas que permitan, incondicionadamente para él, la averiguación de la verdad o el desvelamiento de la falsedad. La desigualdad material entre las posiciones de descendientes y del progenitor, en favor de la posición del hijo o hija, justifica la diversidad de su respectiva legitimación activa en las acciones, ya que la hija o hijo debe estar siempre legitimado. Este punto de partida impide proteger el interés del progenitor con más intensidad que el interés de su descendiente.

El interés de hijos e hijas se diversifica entre el conocimiento de su origen y el de su necesidad de protección, sometido normalmente a duración temporal. La protección prestada de forma habitual por la familia natural, puede ser satisfecha también de manera pacífica y consciente, por solo una parte de ella o por personas que no guarden con la hija o hijo lazos biológicos.

El interés del hijo o hija tiene por tanto distintas dimensiones, el referido a su protección, el relativo a conocer su identidad y el interés en la estabilidad de su situación.

2. La igualdad en la ley

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

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

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

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

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

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

No es este el caso de la previsión contenida en el art. 5. 5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los do-

nantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39. 2 de la Constitución.

El derecho a conocer el propio origen remite a un conjunto de problemas que algunos autores agrupan bajo la consideración de su «personalismo» y que no reciben una respuesta legal clara.

4. El personalismo de la relación de filiación

El carácter íntimamente personal de la filiación aporta un principio que ha encontrado una recepción más amplia en otros ámbitos y que en sede de acciones de filiación debería cobrar una mayor importancia: en concreto, en la legitimación activa o pasiva para el ejercicio de las acciones. Este entendimiento es ahora una convicción social extendida: es difícilmente admisible que cualquier tercero pueda inmiscuirse en las relaciones de filiación o que sus efectos patrimoniales puedan determinar el régimen del ejercicio de las acciones.

5. El principio del control público

Este principio es preponderante en materia de acciones de filiación, con mayor precisión puede enunciarse como el principio de salvaguarda del interés público, que se logra a través de distintas herramientas de control.

Este interés público deriva de la importancia de la filiación para la determinación precisa de la identidad de las personas, esencial para el tráfico jurídico, su seguridad y estabilidad. La filiación no solo tiene una dimensión personal y tuitiva sino también patrimonial (en materia sucesoria, p. e.) y determinante de la condición civil (nacionalidad y vecindad civil).

Esta materia resulta indisponible por lo que todo el régimen jurídico de las acciones de filiación se sujeta a controles públicos de modo institucional, limitando la autonomía de la voluntad de las partes.

6. El principio de la autonomía de los implicados en la relación de filiación

La regulación de las relaciones jurídicas por medio de la autonomía de la voluntad de los particulares resulta beneficiosa dentro de los límites legales establecidos que en esta materia por su propia naturaleza resultan insoslayables; en el caso de los medios de determinación extrajudicial de la filiación resulta una concesión al realismo y facilita las relaciones cuando no existe un conflicto que resolver.

La posibilidad de aplicación de este principio dependerá de la situación del hijo o hija, si es o no mayor de edad, de la manifestación dentro o fuera del proceso y, por último, del carácter más o menos incontrovertible del vínculo a que se refiere.

El problema estriba en conciliar el ámbito de eficacia otorgado a la autonomía de la voluntad con las exigencias derivadas del resto de principios.

La autonomía se expresa en la elección entre distintas posibilidades, sin que esté sujeta a un control sobre sus motivos, por ello es difícil articular las acciones de filiación con los medios de determinación extrajudicial de la filiación, sin embargo deben mantener entre sí no solo una vinculación sino que resulta conveniente que se encuentren armonizadas.

En el proceso la autonomía de los particulares tiene un estrecho margen que sin embargo es indiscutible fuera de él. Este principio no resulta útil para decidir cuestiones como los límites temporales al ejercicio de las acciones o la aplicación de la doctrina de los actos propios, aunque se debata la disponibilidad del interés, no puede olvidarse en ningún caso la vigencia del interés público en las relaciones de filiación que impone una concepción imperativa de este derecho⁶.

III. ACCIONES DE DECLARACIÓN DE FILIACIÓN EN EL FUERO NUEVO. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

El Fuero Nuevo regula en las leyes 70 y 71 las acciones de filiación efectuando unas disposiciones generales sobre las mismas y la regulación de la impugnación de la maternidad, de la paternidad del marido y del reconocimiento ya realizado en el primero de los preceptos citados; regulándose en el segundo las acciones de declaración de la filiación matrimonial y de la no matrimonial.

⁶ GARCÍA VICENTE, J. R., Los principios del Derecho de las acciones de filiación. En *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Las acciones de declaración o acciones de reclamación en la terminología del Código Civil persiguen la determinación judicial de la filiación, a diferencia de las acciones de impugnación que implican el ataque a una filiación previamente determinada por vía extrajudicial, bien por no corresponder con la realidad biológica, bien porque la determinación no se hizo correctamente, las acciones de declaración persiguen el establecimiento mediante sentencia de la filiación a que se refieren.

Son acciones personalísimas, indisponibles y no sujetas a plazo expreso alguno.

La legitimación activa es más amplia tratándose de la declaración de la filiación matrimonial, especialmente si concurre posesión de estado; se facilita así la coincidencia de la filiación que se manifiesta y la oficial. La acción tendente a la declaración de una filiación no matrimonial solo puede ejercitarla el hijo.

Cuando existe posesión de estado, la legitimación en orden a la declaración de la filiación matrimonial se amplía a los terceros con interés lícito y directo. La expresión «interés lícito y directo» aun no siendo precisa, es menos ambigua que la empleada para la misma hipótesis en el artículo 131 C.C. y pone de manifiesto la necesidad de que la filiación pretendida les afecte patrimonial o personalmente.

Cuando la filiación matrimonial que se pretende no se manifiesta por la posesión de estado, el círculo de personas legitimadas para reclamarla es más limitado: el padre, la madre y el hijo o hija; cualquiera de ellos, sin límite temporal alguno, que no sea el de la propia vida. La hija o hijo la podrá hacer cuando alcance la mayoría de edad o la emancipación, siempre que no esté incapacitada/o judicialmente.

La acción de declaración de la filiación no matrimonial presenta en el Fuero Nuevo algunas especialidades de transcendencia en relación a la correlativa acción de reclamación que el Código Civil contempla.

La ley 71.b) no tiene en cuenta la existencia de posesión de estado a efectos de fijar la legitimación activa. Pueden ejercitarla exclusivamente los hijos o hijas, sin límite temporal alguno. Excepcionalmente si el hijo no matrimonial hubiese fallecido menor de edad o incapacitado, la acción de declaración de la filiación podrá ser ejercitada por cualquiera de sus descendientes, lo que evidencia que durante la minoría de edad o incapacitación no es posible el ejercicio de la acción por vía de representación legal (STSJ de Navarra se 22 de diciembre de 1994, y STC de 16 de octubre de 2000).

El Fuero Nuevo delimita los casos en que procede la acción de declaración de filiación no matrimonial, sirviéndose de hechos cuya demostración de

acuerdo con el artículo 767.3 Ley de Enjuiciamiento Civil permite considerar probada, y en consecuencia declarar la filiación reclamada⁷.

Para un acercamiento inicial a la regulación de las acciones de declaración en el Fuero Nuevo resulta clarificador el análisis que de las misma realiza el profesor Bercovitz Rodríguez-Cano⁸, ya que en el mismo se efectúan concretas referencias a la regulación de esta materia en el Código Civil, lo que posibilita conocer el alcance que sobre la interpretación de la ley 71 del Fuero Nuevo tiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional cuando interpreta las acciones de declaración reguladas en el Código Civil.

Las acciones de declaración de filiación matrimonial siguen el mismo régimen que establece el Código Civil, que las denomina acciones de reclamación. En efecto, la primera frase de la ley 71, apartado a) reproduce las normas contenidas en los artículos 131, párrafo 1º y 132, párrafo 1º C.C. La segunda frase reproduce la norma contenida en el artículo 131, párrafo 1º, ya que parece lógico equiparar el «interés legítimo» de dicho artículo con el «interés lícito y directo» de la ley 71. La única diferencia –ciertamente importante– es la de no extender la legitimación del hijo a sus herederos, en los mismos términos o en términos similares a los contemplados en el artículo 132, párrafo 2º, o sus descendientes, en los mismos términos o en términos similares a los contemplados en el párrafo 3º de la propia ley 71 para la filiación no matrimonial.

Existe otra diferencia importante, que se extiende a las acciones de declaración de filiación no matrimonial, y es que, al no existir en la Compilación una norma similar a la del artículo 134, párrafo 1º C.C. (que legitima a hijos e hijas y progenitores titulares de acción de reclamación para impugnar la filiación contradictoria previamente determinada), las legitimaciones que concede la ley 71 quedan limitadas, cuando exista «otra contradictoria anteriormente establecida» (leyes 68, último párrafo y 70, párrafo 2º), por las legitimaciones que concede la ley 70. Ciertamente que la Compilación tampoco contiene un precepto como el del artículo 131, párrafo 2º C.C. pero ello no puede llevar a la conclusión de que quien está legitimado para una acción de declaración lo está también para una acción de impugnación, en su caso. En definitiva, ese artículo 131, párrafo 2º C.C. no es sino una consecuencia del artículo 113, párrafo 2º C.C., es decir, también de las leyes 68, último párrafo, y 70, párrafo 2º, antes mencionadas. Además, si se entendiese que, en efecto, la legitimación para declarar concede automáticamente

⁷ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., Título V De la Patria Potestad y de la Filiación. En RUBIO TORRANO, E. (dir.) *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., La patria potestad y la filiación en la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, *Revista Jurídica de Navarra*, vol. 6, núm. 2, 1988.

te legitimación para impugnar también se producirían resultados no convenientes. Por ejemplo, el padre, sin posesión de estado, podría en cualquier momento, incluso una vez fallecido el hijo, impugnar cualquier filiación no matrimonial (o incluso, en algunos casos –conurrencia de presunciones– matrimonial) contradictoria, aunque estuviese respaldada por la posesión de estado. Por ejemplo, mediando posesión de estado de la filiación matrimonial reclamada, cualquier tercero con interés legítimo podría impugnar, también sin límite de tiempo, cualquier paternidad (tanto matrimonial como no matrimonial) contradictoria. Ahora bien, la limitación que las legitimaciones de la ley 70 opera sobre las del artículo 71 también produce efectos inconvenientes. Así, la madre o el padre con posesión de estado no podrá ejercer la acción de declaración de filiación legítima de su hijo cuando contradiga una paternidad matrimonial previamente determinada o cuando contradiga una paternidad no matrimonial reconocida y hayan transcurrido cuatro años desde su inscripción. Así, el hijo no podrá ejercer la acción de declaración de filiación legítima cuando ello implique impugnar una relación de maternidad contradictoria, con posesión de estado, previamente determinada cuando se haya extinguido la acción que le concede el apartado a) de la ley 70 (a no ser que se considere que el silencio de dicho apartado al respecto debe entenderse como que dicha acción de impugnación no prescribe ni caduca), o cuando ello implique impugnar una paternidad contradictoria, con o sin posesión de estado, una vez transcurridos los plazos de la ley 70, apartado b) («el año siguiente a haber alcanzado o recuperado la plena capacidad o a la inscripción de su nacimiento, si fuera posterior») o apartado c) (cuatro años a contar desde que la acción de impugnación pueda ser ejercitada); y ello, aunque en algunos casos el hijo que quiera ejercer la acción de declaración podría disfrutar de la posesión de estado correspondiente.

La falta de definición de la Compilación en relación con este tema produce resultados similares, en cualquier caso insatisfactorios, en relación con la legitimación para el ejercicio de acciones de declaración de filiación no matrimonial.

El apartado b) de la ley 71 restringe el ejercicio de esas acciones de declaración de filiación no matrimonial al hijo y, en su caso, a sus descendientes. Por analogía con el apartado anterior, parece que la acción puede ejercerse en cualquier tiempo (en principio durante toda la vida del hijo). A diferencia del Código, cuando el hijo fallezca durante su menor edad o en estado de incapacitación, la legitimación será de sus descendientes, y no de sus herederos. Esta solución es la que daba a esta cuestión el Proyecto del Gobierno que, previa su tramitación parlamentaria, dio lugar a la promulgación de la Ley 11/1981. Tiene la ventaja, frente a la que definitivamente asumió el Código, legitimando a los herederos (artículo 133 C.C.), de evitar en mayor medida que la acción sea promovida

por razones únicamente patrimoniales (incluso por los propios progenitores del hijo, que en principio no están legitimados). Ello plantea la duda de si no quedarán excluidos los hijos y descendientes incapaces de suceder por indignidad (ley 15.3) o que hayan sido desheredados (ley 270). Quien fallece en estado de incapacitación puede haber sido capaz anteriormente y, consecuentemente, haber testado (otra cosa es si este supuesto debe quedar incluido en nuestro caso). Aunque no se especifica en el texto de la Compilación, por razones análogas a las esgrimidas para la ley 70, apartado b), parece adecuado reconocer legitimación a cada uno de los descendientes.

Aunque el hijo haya fallecido una vez adquirida la plena capacidad, debe admitirse la legitimación de los descendientes si no ha tenido tiempo suficiente para ejercer él la acción. En el Código se considera como suficiente: *«Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos, [...] su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos»* (artículo 133, párrafo 1º).

Si se trata de legitimar a los descendientes cuando el hijo no ha podido ejercer la acción, esa legitimación no debería existir si el hijo fallece en estado de incapacitación (por demencia senil prematura, por ejemplo), pero después de haber sido plenamente capaz durante un periodo de tiempo prolongado.

Si se trata de legitimar a los descendientes cuando el hijo no ha podido ejercer la acción, no se entiende por qué no se ha incluido el caso (que recoge el Código Civil) en el que el hijo descubre las pruebas poco antes de fallecer, de manera que no tiene tiempo para ejercer él la acción de declaración: *«Si el hijo falleciere [...] durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar»* dicho plazo (artículo 133, párrafo 1º).

La comparación de la ley 71, apartado b) con los artículos 133 y 135 C.C. produce cierta sorpresa. Lo que en el Código Civil constituyen medios de prueba para el ejercicio de las acciones de reclamación de filiación en general, con cuya enumeración no taxativa, los redactores de la Ley 11/1981 han querido dejar ampliamente abierta en este caso la posibilidad de la prueba de presunciones (artículo 135 C.C.), se transforma en la Compilación en una enumeración cerrada de los supuestos en los que cabe ejercer la acción de declaración de filiación no matrimonial. Ello quiere decir que el Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba, (ley 70, párrafo 1º) de alguno de los hechos a los que se refiere la ley 71, apartado b). Aunque la enumeración sea bastante amplia, no aparece razón alguna para no dejar abierta cualquier otra situación, puesto que la mencionada ley 70, párrafo 1º, *in fine*, garantiza una respuesta

jurisdiccional frente a demandas inconsistentes en todo caso. Por otra parte, resulta injustificado que si la demanda puede interponerse por concurrir uno de los casos enumerados, no pueda plantearse una prueba que verse sobre otros aspectos (también de los enumerados) que contribuya a clarificar la existencia o inexistencia de la filiación no matrimonial reclamada.

La legitimación pasiva que el último párrafo de la ley 71 atribuye a los herederos del padre y de la madre fallecidos debe extenderse en su caso a los herederos de la hija o hijo, y a los herederos de todos los que conocidamente puedan tener una legitimación pasiva en la acción.

La Audiencia Provincial de Navarra en Sentencia de 12 de mayo de 1994 apreció falta de legitimación activa en quien había pretendido el ejercicio de la acción declarativa de filiación de un menor, inscrito en el Registro Civil de Barcelona, ciudad en la que nació, en virtud del reconocimiento de filiación hecho por su madre, de estado civil soltera y vecindad navarra. Tres años después, quien ejercitó posteriormente la acción, otorgó testamento abierto en el que de forma expresa y formalmente reconoció la paternidad y legó al niño lo que por legítima le correspondiera, y le instituyó heredero universal. Tal reconocimiento, sin embargo, no llegó a presentarse ante el Registro Civil para su inscripción. Cuando el menor tenía diez años se presentó ante un Juzgado de 1ª Instancia demanda de juicio de menor cuantía en reclamación de la paternidad del mismo, que contó con la oposición de la madre del niño quien alegó la falta de legitimación activa para el ejercicio de la dicha acción. Estimada la demanda por el Juzgado de 1ª Instancia, la madre recurrió en apelación la Sentencia que fue revocada en la precitada resolución de la Audiencia Provincial. Interpuesto recurso de casación foral ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra por el demandante, fue desestimado en Sentencia de 22 de diciembre de 1994, que confirmó la de la Audiencia Provincial.

Por considerar vulnerado su derecho a la igualdad ante la Ley, el demandante interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional en Sentencia nº 236/2000, de 16 de octubre.

El demandante, en su recurso de amparo alegó vulneración del principio de igualdad ante la Ley, recogido en el artículo 14 de la C.E., por considerar que había sido víctima de discriminación por razón de la vecindad civil del hijo de quien pretendía la declaración de paternidad, ya que de aplicarse las reglas del Código Civil que regulan la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial y la jurisprudencia que las interpreta, estaría legitimado para el ejercicio de la acción, mientras que por aplicación de la legislación foral de Navarra se le negó la legitimación procesal activa. Alegó asimismo que puesto la ley 71 del Fuero Nuevo no prohíbe expresamente la legitimación del padre para ejercitar

la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial, debió ser objeto la citada ley de una lectura constitucional por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, admitiéndola, de acuerdo con el principio de investigación de la paternidad recogido en el artículo 39.2 C.E. cuya infracción también adujo.

El recurso no alegó la inconstitucionalidad de la ley 71 del Fuero Nuevo, sino la interpretación de que fue objeto, por estimar que debió haberse adecuado a lo dispuesto en la Constitución, ningún otro derecho fundamental fue alegado por el recurrente para su pretensión de amparo.

El Tribunal Constitucional Sala 2^a, en S. 16-10-2000, (nº 236/2000, BOE 276/2000, de 17 de noviembre de 2000, ref. 159/1995. Pte.: Mendizábal Allende, Rafael de) consideró que:

«el planteamiento del recurrente parte de un presupuesto: la existencia de un conflicto o contradicción normativa entre lo dispuesto por el Derecho civil común y el Derecho civil foral de Navarra respecto a la legitimación activa para reclamar la filiación paterna de hijos no matrimoniales. Y, aun admitiendo implícitamente que el segundo es el Derecho aplicable, en atención a la vecindad civil navarra del hijo, su queja por una presunta lesión de su derecho a la igualdad y a la no discriminación en realidad está basada en esta consecuencia, por el contenido más restrictivo del Derecho civil aplicable».

Mantiene que:

«el recurrente soslaya, pues, que la aplicación del Derecho civil foral de Navarra es consecuencia de una previsión del legislador, en ejercicio de la competencia que el citado art. 149.1.8 CE le atribuye y en la que goza de una amplia libertad de configuración legal, más allá de los límites que en esta materia se derivan de la Constitución, según la STC 226/1993, de 8 de julio. Pero es evidente que, en el presente caso, no se cuestiona la paridad entre los Ordenamientos civiles coexistentes en el territorio español, ni tampoco la certeza en cuanto al Derecho aplicable, sino sólo el contenido más restrictivo del Derecho civil foral navarro respecto al Derecho civil común respecto a su pretensión en el proceso a quo. Esto es, la contradicción normativa que el legislador ha precisamente resuelto».

Precisa que:

«en el proceso constitucional de amparo, cuando éste se pretende respecto del Poder Judicial, su objeto inmediato consiste en una decisión, cualquier que fuera su forma, donde se ponga fin a la vía judicial sin posibilidad de ulterior recurso. En este tipo de proceso de amparo su objeto sólo puede serlo un acto singular de un poder público cuya nulidad se pretenda por infligir un agravio a un derecho fundamental, anverso y reverso, acto y pretensión, incluida la razón de pedir o “ratio petendi”. Desde otra perspectiva, para perfilar este elemento objetivo con mayor precisión, no estará de más dejar aquí y ahora bien claro que han de quedar excluidas por definición de tal vía jurisdiccional las normas

con rango de Ley, cuyo enjuiciamiento a la luz de la Constitución con el fin de averiguar si la respetan o no, si se mueven en su órbita o no, es el ámbito propio de otros dos procesos: el recurso de inconstitucionalidad, para la impugnación directa, y la “cuestión” para la indirecta.

Por tanto, no siendo el proceso de amparo la vía adecuada para la impugnación directa de las leyes, la eventual inconstitucionalidad de alguna de ellas sólo podrá plantearse a su través cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se reputa contrario a la Constitución (STC 206/1990, de 17 de diciembre); es decir, para que este Tribunal, en el cauce de un recurso de amparo, pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal previamente tiene que constatar que, mediante la aplicación del mismo, se ha producido una concreta lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo (SSTC 113/1987, de 3 de julio, y 153/1988, de 20 de julio).

En el proceso de amparo el objeto ha de ser diseñado en la súplica de la demanda, que es su sede propia y única, determinando a su vez -por la necesaria congruencia- el contenido del fallo o parte dispositiva de la sentencia. Allí, y en este caso, se pide el amparo, contra una Sentencia que resuelve un recurso de casación en materia foral, pronunciada por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Navarra contra otra anterior que, en grado de apelación, había sido dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, como consecuencia, a su vez, de un juicio de menor cuantía que sobre declaración de paternidad, en su día, fue conocido por un Juzgado de Primera Instancia.

El meollo de la pretensión, como se ha dicho también, es el principio de igualdad en la aplicación de la ley que, si bien se imputa a la Sentencia, tiene su origen, precisamente, en la ley 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, que establece, en su apartado b), que “los hijos no matrimoniales podrán ejercitar la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad en los casos siguientes:

1. Cuando la madre y el padre presuntos hubiesen convivido notoriamente durante el tiempo de la concepción.
2. Cuando haya posesión de estado de hijo respecto del demandado.
3. Cuando exista declaración del presunto progenitor.
4. Cuando haya pruebas biológicas de la relación paterno-filial.
5. Cuando, respecto a la maternidad, haya pruebas del parto. También podrá ser ejercitada la acción por los descendientes del hijo no matrimonial que hubiese fallecido durante su menor edad o estado de incapacitación”.

Por otra parte se alega también la vulneración del art. 39 CE que, como es notorio, queda extramuros del amparo por no albergar uno de los derechos fundamentales especialmente protegidos, a tenor del art. 53.2 CE. Nuestro enjuiciamiento, pues, debe ceñirse a comprobar si la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, le discriminó al aplicar la ley 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral, por razón de la vecindad civil del hijo cuya reclamación de filiación había intentado.

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que desestimó la pretensión del recurrente no ha podido efectivamente vulnerar el principio de igualdad invocado. Es más, la resolución de dicho Tribunal parece razonable, está motivada, no resulta arbitraria ni errónea y aparece fundada en Derecho en su aplicación de la ley 71, que, fuera de los puntos en ella regulados, no contempla más sujetos legitimados para el ejercicio de la acción tendente a la declaración de paternidad o maternidad que a los hijos, facultados así para el ejercicio de la acción. Y, por si aún cupiera más, se completa significativamente dicha peculiaridad para ejercitar la acción de filiación no matrimonial en el tercer apartado de la ley 71, cuando establece que “también podrá ser ejercitada por los descendientes del hijo no matrimonial que hubiese fallecido durante su menor edad o en estado de incapacitación”.

La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Navarra aplica, por tanto, el mencionado precepto legal a partir de la sumisión de la cuestión a la “ley personal del hijo” al que en este caso le venía atribuida, por parte de la madre, la vecindad civil navarra (art. 9.4 C.C.). Además, en la Sentencia se explican con precisión sus consecuencias cuando afirma que “tratándose –el “Fuero Nuevo” de Navarra– de un sistema completo, cerrado, que regula la materia del modo indicado, no procede su integración por el Derecho Supletorio, ya que ello supondría tanto como dejar de aplicar las normas que en Navarra regulan la materia”.

Corresponde, por tanto, a la ley personal del hijo, al Derecho foral navarro, la decisión de quiénes sean las personas legitimadas para el ejercicio de la acción. Sin olvidar, por lo demás, que la Disposición adicional primera de la Constitución ha venido a traducirse, en Navarra, en una actualización de los antiguos fueros, realizada a través de la Ley Orgánica de 10 de agosto de 1982, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral, con arreglo a la cual Navarra se ha constituido en Comunidad Foral con régimen, autonomía e instituciones propias, asimilable a las restantes Comunidades Autónomas. Ello, por sí sólo, sirve para no considerar válido el término de comparación que ha utilizado el recurrente entre Derecho civil común y Derecho foral, sobre el que ha basado toda su queja de discriminación. En efecto, no se puede aceptar, a los fines buscados por el recurrente, la comparación que utiliza con la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, pues esta interpreta otras normas (los arts. 133 y siguientes del Código Civil); y, sobre todo, porque, en definitiva, no estamos ante supuestos sustancialmente idénticos, sino, como se ha dicho, ante realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución. La cual justifica la posibilidad de que exista en esta materia un tratamiento específico, aunque sea como aquí más restrictivo, por medio de la legislación autonómica de desarrollo, y que la pluralidad de ordenamientos en que se manifiesta, para ser tal, implique, en fin, que cada uno se mueva en un ámbito propio, puesto que, sin excluir, naturalmente, la existencia de relaciones interordinamentales, están fundados, pues, en la separación respecto de los demás; separación que se expresa, así, en un sistema privativo de fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que

el Ordenamiento surge. Pues bien, el legislador, en este caso el foral de Navarra, ha ejercido su libertad de configuración normativa dentro de la competencia que tiene reconocida a la hora de proceder a la elección de quién está legitimado y de la designación de las personas que, en el ámbito específico de aplicación del Derecho Especial de Navarra, ostentan poder para la interposición de la demanda para el reconocimiento de la filiación no matrimonial.

Por lo demás no es necesario, ni es misión, en definitiva, de este Tribunal adentrarse en las razones que han podido conducir al legislador foral para hacer una u otra elección. Lo que es relevante es que el juez ha pronunciado una decisión razonable a la que, por lo demás, no se le puede reprochar que la solución dada al caso sea el fruto de la arbitrariedad, sino consecuencia, por tanto, de una exégesis racional del Ordenamiento. El tratamiento desigual que se ha invocado en el recurso no es tal y las diferencias con el régimen común que se contemplan en la legislación foral navarra no constituyen, en definitiva, desigualdad ante la Ley, pues, de no entenderse así, carecería de sentido, como se ha explicado, la propia existencia de los Derechos forales o especiales. Como consecuencia de cuanto va escrito, no puede ser concedido el amparo pedido».

Así las cosas, y puesto que esta ha sido la única resolución dictada por el Tribunal Constitucional sobre esta materia, no cabe sino concluir que en este caso que no se realice la pretendida aplicación jurisprudencial del artículo 133.1 del C.C., no ha supuesto reproche constitucional.

En esta controvertida materia resultaba relevante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 133.1 C.C., vigente en aquel momento que claramente excluía la legitimación del progenitor sin posesión de estado para ejercitar una acción de reclamación de filiación, y se la atribuía exclusivamente al hijo o hija.

El Tribunal Supremo estableció una jurisprudencia, desde finales de los años 80 del siglo pasado (Sentencias T.S. de 5 de noviembre de 1987, de 22 de marzo de 1988, de 23 de febrero de 1990, de 8 de julio de 1991, de 24 de junio de 1996, de 30 de marzo de 1998, de 20 de junio de 2000, de 22 de marzo de 2002, y de 17 de junio de 2004) que mayoritariamente terminó afirmando la legitimación del progenitor, en una clara interpretación contra *legem* del art. 133.1, C.c. fundada en una supuesta antinomia entre éste y el art. 134, C.c. resuelta teóricamente recurriendo a su interpretación lógica y sistemática. De esta manera, antes de pronunciarse el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ya venía reconociendo la legitimación del progenitor para accionar, desatendiendo la diferenciación legal según existiera o no posesión de estado (Sentencias T.S. 23 febrero 1990, 8 de julio de 1991, entre otras).

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el citado texto del art. 133.1 C.C., puede examinarse según el precepto constitucional cuya vulneración se denunciaba:

-La vulneración del art. 14 C.E., que no fue apreciada.

Las Sentencias del TC 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero, resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad idénticas planteadas por el mismo órgano judicial, alegando la posible vulneración, por el art. 133.1 C.C., de los arts. 14, 24 y 39 CE. Como en las sentencias referidas sobre el art. 136 C.C., el Tribunal Constitucional estimó la vulneración del art. 24 en relación con el art. 39.2, y desestimó la del art. 14. Para argumentar la vulneración, el término de comparación presentado era doble: uno, la situación del progenitor sin posesión de estado en la filiación matrimonial, a quien se reconoce legitimación para reclamar (art. 132 C.C.) y, dos, la del progenitor previamente determinado, quien puede entorpecer la determinación del otro (art. 124 C.C.). El Tribunal consideró existente, en ambos casos, justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato: en el primero, por la existencia de matrimonio entre los progenitores; en el segundo, por el inevitable juego del tiempo en la determinación de la filiación.

Por lo que se refiere al primer aspecto, el Tribunal Constitucional recuerda que sólo las diferencias normativas no basadas en situaciones objetiva o razonablemente distintas, o que establezcan consecuencias jurídicas desproporcionadas con la finalidad pretendida, merecen un reproche desde el principio de igualdad ante la ley recogido en el art. 14 CE, en lo que consideró que no incurría el precepto enjuiciado. El Tribunal observa que lo constitucionalmente vedado es establecer un régimen de efectos de la filiación diferente en función de la condición matrimonial o no de aquélla, pero no un sistema de determinación, prueba y acciones de filiación distinto según la existencia o no de matrimonio entre los progenitores. Con cita de la exposición de motivos del proyecto de la Ley 11/1981, de 13 de mayo y de la STC 138/2005, de 26 de mayo, el Tribunal expone que el matrimonio confiere en principio una certeza a la filiación que no existe en su ausencia, de modo que la filiación extramatrimonial requiere medios diferentes para su determinación. De ahí que, aun faltando en ambos casos la posesión de estado, las acciones de reclamación de la filiación matrimonial y no matrimonial descansan sobre presupuestos distintos, que justifican el diferente ámbito diseñado para la legitimación activa. Estas declaraciones conectan directamente con la doctrina presente en la precedente STC 138/2005, de 26 de mayo, que entendió que la fijación de un *dies a quo* diferente para el cómputo del plazo de la acción de impugnación marital basada en la presunción de paternidad y en la ejercitada por vicio del consentimiento en el reconocimiento, no vulnera el principio de igualdad, por responder a una justificación objetiva y razonable: la diferente naturaleza en cada uno de los casos del título de determinación de la filiación. Considera que como en aquéllas, representa una acertada aplicación del principio de igualdad de la filiación en sede de sus

efectos, y no de su régimen de determinación, que ésta atienda a la existencia o no de matrimonio entre los progenitores constituye algo coherente y lógico con la propia realidad de las cosas, esto es, con el contenido mismo de la relación matrimonial, sin que ello comporte juicio de valor alguno del legislador hacia el matrimonio, es un mero imperativo lógico, basado sobre todo en la presunción de paternidad, consecuencia de los deberes de fidelidad y convivencia (arts. 68 y 69 C.C.).

En cuanto a la supuesta desigualdad entre los progenitores, en función de quién realizó primero el reconocimiento, el Tribunal observa que los complementos para la eficacia del reconocimiento previstos en los arts. 121 a 126 C.C. son aplicables tanto al primero como al subsiguiente progenitor, salvo la audiencia al ya determinado prevista en el art. 124.1 C.C., lo cual califica de «simple consecuencia del necesario juego del tiempo en la realización del reconocimiento», para no encontrar tampoco en ello tacha alguna de inconstitucionalidad desde la perspectiva del principio de igualdad.

-La vulneración de los arts. 24 y 39.2 CE.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional estimó que el art. 133.1 C.C. en su anterior redacción cercenaba de raíz el derecho de acceso a la jurisdicción del progenitor y le impedía instar la investigación de la paternidad, sin que ello guardase la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. De nuevo, el fallo descansa sobre la falta de proporcionalidad de la solución legislativa adoptada, y supone una reafirmación de la intelección de la investigación de la paternidad desde los intereses no sólo del hijo, sino también del progenitor.

Los fallos de estas sentencias se adoptaron por el voto de calidad de la Presidenta del Tribunal Constitucional en aquel momento, ambos se acompañan de dos votos discrepantes, firmados por la mitad exacta de los componentes de la Sala. Simplificando a efectos expositivos, puede decirse que uno de ellos reviste un carácter eminentemente filosófico, y el otro, técnico. El primero insiste en la contemplación de la investigación de la paternidad desde la perspectiva finalista de la protección del hijo, y advierte de la diferencia entre el juicio de conveniencia sobre la modificación del Derecho de filiación para adecuarlo a las nuevas necesidades sociales, y el de su conformidad constitucional. El segundo voto defiende que los intereses del progenitor quedan suficientemente protegidos por la vía del reconocimiento de filiación, al no ser la acción el único título para la determinación de ésta. Así, este voto particular enjuicia el art. 133 C.C. desde su contemplación integrada en el sistema total articulado por

la Ley de 1981, para entender suficientemente tutelado el derecho a la tutela judicial efectiva del progenitor⁹.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, modificó el art. 133 del C.C. que en su actual redacción recoge en el párrafo 2º como

«igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. Esta acción no será transmisible a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida».

IV. REFERENCIAS A LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN OTROS ORDENAMIENTOS

Perfiles de interés presenta la regulación catalana, Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que en su artículo 235-12 recoge los requisitos del reconocimiento de la paternidad o la maternidad y preceptúa que para la eficacia del reconocimiento de un hijo no matrimonial mayor de edad o menor emancipado, es preciso su consentimiento expreso o tácito; mientras que en su apartado 2 establece como el padre y la madre pueden reclamar que se declare judicialmente la paternidad o la maternidad no matrimoniales aunque el hijo haya denegado el consentimiento a que se refiere el apartado 1. La sentencia que la admita debe determinar la filiación sin ningún otro efecto, salvo que se pruebe la razón que justifica el retraso en el reconocimiento.

Para la eficacia del reconocimiento de una persona menor o incapacitada que no se haga en el plazo fijado para la inscripción del nacimiento, es precisa la aprobación judicial, con audiencia del ministerio fiscal, del representante legal del menor y, si es conocido, del otro progenitor. La denegación de la aprobación judicial no impide la reclamación de la filiación de acuerdo con lo establecido por el apartado 2 y con el mismo alcance.

El reconocimiento de un hijo ya muerto solo es eficaz si deja descendientes y los de grado más próximo lo consienten. Si los descendientes son menores o incapacitados, es precisa la aprobación judicial, con audiencia del ministerio fiscal. La denegación de consentimiento o de aprobación judicial no impide la reclamación de la filiación de acuerdo con lo establecido por el apartado 2 y con el mismo alcance.

⁹ BARBER CÁRCAMO, R., Filiación: ¿hacia una reforma de tercera generación?, *op. cit.*

El Código civil francés en su actual redacción preceptúa en el art. 334 como en defecto de posesión de estado la acción de impugnación puede ser ejercitada por quien tenga interés en ello en el plazo de diez años, a partir del día en que la persona fue privada de la posesión de estado que reclame o desde que comenzó a disfrutar de la que le sea impugnada, salvo que la ley estipule otro plazo más reducido. En relación a los hijos debe tenerse en cuenta que este plazo se suspende durante la minoría de edad.

Cuando la filiación no se haya establecido de conformidad con la sección I del capítulo correspondiente, podrá establecerse mediante reconocimiento de paternidad o maternidad realizado antes o después del nacimiento. El reconocimiento establecerá la filiación únicamente respecto de su autor. Dicho reconocimiento podrá realizarse en la partida de nacimiento, en virtud de acta otorgada por el funcionario del estado civil o en virtud de cualquier otra escritura pública.

Cualquiera de los progenitores o el hijo o hija podrá solicitar al juez del Tribunal de Instancia del lugar de nacimiento o de su domicilio que les expida un acta de notoriedad que de fe de la posesión de estado, salvo prueba en contrario. Este acta se extenderá a partir de las declaraciones de tres testigos como mínimo y, cuando el juez lo considere oportuno, de cualquier otro documento aportado que de fe de que concurre un conjunto suficiente de hechos.

La expedición del acta de notoriedad tan solo podrá solicitarse en un plazo de cinco años a partir del cese la supuesta posesión de estado, o bien a partir del fallecimiento del presunto progenitor, incluso cuando este hubiese fallecido antes de la declaración de nacimiento.

En la medida que no haya sido impugnada por la vía judicial el art. 320 preceptúa que la filiación establecida de forma legal impide el establecimiento de otra filiación que la contradiga.

Los herederos de una persona fallecida podrán ejercer la acción antes de la extinción del plazo que se otorgase a ésta para actuar y dar continuación a la acción que dicha persona hubiese entablado, a menos que mediara desistimiento o caducidad en la instancia.

La investigación de la maternidad es admisible en ausencia de título y de posesión de estado y podrá ejercerse la acción para ello exclusivamente por la hija o el hijo.

La paternidad no matrimonial podrá ser declarada judicialmente y la acción de investigación corresponde exclusivamente al hijo o hija.

Durante la minoría de edad de la hija o hijo, tan solo estará facultado para ejercer la acción de investigación de la maternidad o paternidad el progenitor respecto del cual se hubiese establecido la filiación, aunque éste sea menor de edad. Cuando no se haya establecido ningún vínculo de filiación o dicho proge-

nitor haya fallecido o se encuentre en la imposibilidad de manifestar su voluntad, podrá ejercitar la acción el tutor.

La acción se ejercitará contra el presunto progenitor o sus herederos, cuando no los haya se ejercitará contra el Estado.

Cuando se haya descartado la presunción de paternidad, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar, durante la minoría de edad del niño que sus efectos se restablezcan demostrando que el marido es el padre. Podrá ejercer esta acción el hijo o hija durante los diez años siguientes a su mayoría de edad.

El art. 330 establece como a solicitud de cualquier persona que posea un interés en ello, podrá dejarse constancia de la posesión de estado en un plazo de diez años a partir de su cese o del fallecimiento del presunto progenitor.

Cuando se ejerza una acción en aplicación de lo dispuesto respecto a las acciones destinadas a establecer la filiación, el Tribunal se pronunciará, si procede, sobre el ejercicio de la patria potestad, la contribución a la manutención y la educación del hijo, y sobre la atribución del apellido.

Tanto la maternidad como la paternidad podrán ser impugnadas aportando la prueba correspondiente. Cuando la posesión de estado sea conforme con el título, tan solo podrán actuar el hijo o hija, uno de sus progenitores o la persona que afirme ser su verdadero progenitor. La acción prescribirá a los cinco años de la fecha en que hubiese cesado la posesión de estado o fallecido el progenitor cuyo vínculo de filiación se impugne.

A excepción del Ministerio Fiscal, nadie podrá impugnar la filiación cuando la posesión de estado se hubiese prolongado al menos durante cinco años, en ausencia de posesión de estado la acción de impugnación puede ser ejercitada por cualquier persona que posea un interés en ello dentro del plazo ya citado.

En cuanto a la filiación establecida por posesión de estado acreditada mediante acta de notoriedad, podrá ser impugnada por cualquier persona que posea un interés en ello aportando prueba en contrario, en un plazo de diez años a contar desde la fecha de expedición del acta.

La filiación establecida de forma legal podrá ser impugnada por el Ministerio Fiscal cuando resulte inverosímil a la vista de indicios deducidos de las actas o en su caso de fraude de ley.

En el caso de acogerse favorablemente la acción de impugnación, el Tribunal podrá, atendiendo al interés del niño, establecer las modalidades aplicables a las relaciones entre éste y la persona que se hubiese ocupado de él hasta ese momento (art. 337).

La complejidad de la materia que nos ocupa quedaba también de manifiesto en el Libro Blanco del Consejo de Europa sobre Derecho de familia, adoptado por el Comité de expertos en mayo de 2004: su principio 8º subra-

ya la subsidiariedad de la acción respecto a la presunción y al reconocimiento como títulos de determinación de la paternidad, y solo reconoce al hijo e hija o a su representante el derecho a interponerla, frente a la posibilidad (margen de apreciación de los Estados) de otorgarla también a la madre, a quien se afirma padre, a cualquier persona con interés legítimo o a la autoridad pública. Ello ha de relacionarse con lo previsto en el principio 7º, sobre el reconocimiento, que admite la exigencia de consentimientos accesorios para su validez, sin que su falta pueda impedir el recurso judicial. Estas previsiones concuerdan con la valoración acerca de la justicia intrínseca de la conducta previa del progenitor.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando existen intereses contrapuestos entre el del progenitor a ver declarada su paternidad y la situación familiar que vive el hijo o hija, legitima los límites que las legislaciones nacionales hayan establecido para la satisfacción del interés del progenitor. De ahí que la doctrina científica sostenga límites a la legitimación del progenitor, para evitar un ejercicio abusivo de su derecho. A juicio de esta doctrina, tales límites pueden ser: i) temporales, ii) tener en cuenta su conducta precedente a la reclamación, iii) que el reconocimiento sea meramente formal limitándose los efectos de la declaración (STS 3 de diciembre de 2014).

V. CONCLUSIONES

El Derecho de filiación, en todo el entorno europeo, se encuentra ante una fase nueva de su evolución histórica, propiciada por el planteamiento de su configuración desde la perspectiva del desenvolvimiento de los derechos fundamentales.

Los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos están representando un papel activo en la configuración de este emergente Derecho de filiación, al deber enjuiciar pretensiones de nueva índole amparadas en una lectura extensiva de los derechos fundamentales.

En la fundamentación de las decisiones de tales Tribunales ocupa un lugar preeminente el recurso al canon de proporcionalidad. Ello pone de manifiesto la delicada naturaleza del Derecho de filiación, dados los diferentes y personales intereses en juego, en cuya virtud, la introducción genérica de límites y cortapisas legales a determinadas pretensiones resulta constitucionalmente admisible. Sin embargo, al enjuiciar en concreto dichos límites desde el canon de proporcionalidad, éste se entiende vulnerado cuando la legislación los introduce con carácter absoluto, excluyendo en determinados supuestos el ejercicio de acciones de filiación.

La investigación de la paternidad está evolucionando, desde ser un mecanismo al servicio de la protección de hijos e hijas y madres derivado de la exi-

gencia de responsabilidad al varón, a convertirse en un mecanismo que también afirma derechos en favor del progenitor frente al hijo.

La complejidad del Derecho de filiación que se está alumbrando en este nuevo siglo exige del legislador ordinario soluciones muy ponderadas, que atiendan a todos los intereses en juego, pero sin olvidar el preeminente interés del hijo o hija, que en la mayor parte de las ocasiones será además menor. Pero conviene advertir que son dos intereses distintos: si el interés del menor se justifica en su necesidad de protección y estabilidad, el interés preeminente del hijo en la relación de filiación encuentra consideraciones de otra índole. En esta compleja ponderación de los intereses en juego, el recurso al criterio judicial debe ser solo excepcional y nunca la regla general. Por elementales razones de igualdad y seguridad jurídica.

En el caso de reforma legal no puede obviarse que la filiación es, de modo prevalente, una institución de protección de hijos e hijas, sin bien deben conjugarse con los derechos de éstos el resto de aquellos derechos e intereses a que se ha hecho referencia, por ello cabe optar por una ampliación de las personas legitimadas para el ejercicio de la acción de declaración de la filiación no matrimonial, y junto a esta opción legislativa, cabe igualmente establecer límites o restricciones específicas al ejercicio de la acción de declaración de esta filiación por el progenitor no matrimonial sin posesión de estado, sobre todo para combatir el ejercicio abusivo o contrario a la buena fe de la acción. La propia STC 273/2005 recoge en su fundamento jurídico 9º *«[...] con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva»*, tales requisitos pueden consistir en la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción o a la exigencia de un principio de prueba sólido de los hechos en que se funde la acción, pudiendo complementarse con otros medios de determinación de la filiación.

Tal y como recoge la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada al respecto, cuando existan intereses contrapuestos entre el del progenitor que desea la declaración de paternidad y la situación familiar que vive el hijo o hija, pueden establecerse límites para la satisfacción del interés del progenitor a fin de evitar un ejercicio abusivo de su derecho, además de temporales los límites podrán estar relacionados con la conducta precedente a la reclamación y también establecer un reconocimiento meramente formal limitando los derechos de la declaración.

Paradójicamente, la acentuación del principio de verdad biológica puede terminar también conduciendo al establecimiento de relaciones de paternidad

«plurales» y no únicas, por cuanto se admite la licitud constitucional de desvincular la relación biológica de paternidad de la relación jurídica, así como la posible concurrencia de relaciones «paterno filiales» (visitas...) con el progenitor biológico y con el «social». La admisión de acciones de esclarecimiento de la paternidad meramente declarativas, sin efectos sustantivos o constitutivos, puede dar lugar, además, a situaciones en que la paternidad social o legal carezca, explícitamente, de soporte biológico. Así, la acentuación del principio de verdad biológica puede conducir a una desvinculación de la paternidad biológica de la legal.

Desde la doctrina se ha propuesto una posible desvinculación entre filiación e instituciones de protección de los hijos. O mejor la desvinculación de la relación biológica de la jurídica, de manera que puede establecerse la denominada «paternidad social». La «paternidad social» fundamentaría las acciones de mera determinación, la eventual desvinculación entre realidad biológica y jurídica y también podría ser el cauce a través del cual reconocer eficacia en este ámbito a la posesión de estado. Igualmente justificaría establecer lazos jurídicos de protección al margen de los biológicos como ocurre en las familias reconstituidas. La separación entre determinación de la filiación y nacimiento de una institución de protección no se impide; bien porque la determinación sólo tenga por fin conocer el propio origen (como ocurrirá en los casos de filiación adoptiva); o bien porque las circunstancias que rodearon la generación hagan inaceptable el nacimiento de una institución de tanta intensidad tuitiva como es la patria potestad (por ejemplo, en el caso de la filiación derivada de la comisión de un delito contra la libertad sexual). De igual modo esta separación es razonable en aquellos casos en que se desempeñan pacíficamente funciones tuitivas aunque no estén justificados en lazos biológicos: así los casos de las denominadas familias reconstituidas.

Finalmente cabe señalar que resulta necesaria la armonización del régimen de la filiación ahora disperso entre el Fuero Nuevo, la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (que regula la adopción) y la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) ambas en su redacción vigente según recogen la Ley Foral 18/2010, de 8 de noviembre, y la Ley Foral 13/2013, de 20 de noviembre.

Asimismo, deberían armonizarse las normas sobre impugnación judicial de la filiación con las normas registrales sobre impugnación y rectificación de los asientos registrales¹⁰.

¹⁰ GARCÍA VICENTE, J. R. *La previsible reforma del derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas*, *op. cit.*

VI. BIBLIOGRAFÍA

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *La legitimación del progenitor para reclamar su paternidad*. BIB 2006\871, Aranzadi Civil-Mercantil, nº 11/2006 (Estudio).

-*Filiación: ¿hacia una reforma de tercera generación?* En Curso monográfico: «Presente y futuro del derecho de familia»/ director, Carlos Martínez Aguirre. Cuadernos Digitales de Formación nº 48-2008. - Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.

-*La filiación en España: una visión crítica* Aranzadi, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *La patria potestad y la filiación en la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra*. En Revista Jurídica de Navarra, Nº 6, 2, 1988.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *Instituciones de derecho civil. Derecho de familia*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, 2ª ed.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, *Los principios del Derecho de las acciones de filiación*. En Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, *La previsible reforma del derecho de las acciones de filiación: algunas propuestas*. En Derecho Privado y Constitución, nº 20, 2006.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith, *Filiación y potestad parental*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

PÉREZ MONJE, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Fundación Beneficentia et Peritia Iuris – Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 2002

QUICIOS MOLINA, María Susana, *Determinación e impugnación de la filiación*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV – 2º (3ª ed., Barcelona, José María Bosch, S.A., 1989).

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en el volumen colectivo *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Bercovitz y Rodríguez-Cano, Díez-Picazo Ponce de León y Cordech, t. I. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia. Título V De la Patria Potestad y de la Filiación. En Rubio Torrano, E. (dir.) *Comentarios al Fuero Nuevo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.