

La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Santiago

§ 1. De acuerdo con la doctrina, en tres grupos pueden clasificarse las legislaciones de los diversos países en cuanto a la investigación de la paternidad:

1.º Ordenamientos Jurídicos que imponen restricciones a la referida investigación, haciéndola posible cuando concurren ciertas circunstancias de hecho o existan ciertas pruebas preconstituídas. En este grupo, incluye FERNÁNDEZ CLÉRIGO (1), a los de España, Francia, Portugal, Brasil, Perú, Colombia, Uruguay, Panamá, Chile, Méjico (Federal) e Italia.

2.º Ordenamientos Jurídicos que admiten la investigación de la paternidad sin restricciones: Rusia y Argentina.

3.º Grupo que impone restricciones por razones biológicas: Ale-

SIGLAS

RML. = Revista de Medicina Legal.

RGLJ. = Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

Riv. Dir. Proc. Civ. = Rivista de Diritto Processuale civile.

Triv. Trim. Dir. Civ. Proc. = Rivista de Diritto Civile e Procedura.

AML. = Annales de Médecine Légale.

Rev. Trim. Dr. C. = Revue Trimestrelle de Droit Civil.

SchwMW. = Schweizerische Medizinische Wochenschrift.

DRZ. = Deutsche Rechtszeitschrift.

Niedersächs. Rpfl. = Niedersächsische Rechtspflege.

JB. = Juristische Blätter.

OJZ. = Osterreichische Juristen-Zeitung.

ADC = Anuario de Derecho civil.

REDC. = Revista Española de Derecho Canónico.

(1) Cfr. FERNÁNDEZ CLÉRIGO: *El Derecho de familia en la legislación comparada*, México, 1947, pág. 236 y ss. Cfr.; también CASTRO PÉREZ: *La investigación de la paternidad y las modernas orientaciones biológicas*, en RGLJ., 1944, I, pág. 163 y ss.

mania, Suiza. Lo que interesa es investigar en cualquier caso sobre la existencia de la cohabitación; sobre este hecho se asienta la presunción de paternidad, si hubiera coincidido con el período de la concepción (2).

No vamos aquí a manifestarnos en apoyo o en posición crítica del sistema seguido por nuestro Código civil en cuanto a la investigación de la paternidad; no obstante, entendemos que el lector podrá extraer de estas líneas alguna consecuencia sobre nuestra opinión en relación con dicho sistema.

§ 2. La investigación de la paternidad en la legislación española está sometida, desde el punto de vista probatorio, a graves restricciones.

A) El Código civil, en el art. 108, impone la presunción (que por lo escaso de su posible destrucción es casi *juris et de jure*) de que los hijos concebidos por mujer casada se consideran legítimos si nacieron después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos siguientes a su disolución o separación legal de los cónyuges. La única prueba en contrario admisible, según el párrafo 2.º del referido artículo, es la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento del hijo.

B) En cuanto a la pretensión de reclamación de estado de hijo legítimo, igualmente está sometido a restricciones de tipo probatorio. Han de probarse los hechos del matrimonio de los padres, de la concepción en el tiempo legal, del parto de la mujer, de la identidad del hijo, de la maternidad y de la paternidad. Y la fuente de prueba de la filiación de los hijos, de acuerdo con el art. 155, es el acta de nacimiento extendida en el Registro civil, documento auténtico o sentencia firme recaída en el juicio de impugnación antes citado; en su defecto, se admite la presunción derivada de la posesión constante del estado de hijo legítimo y a falta de todas estas fuentes se admiten otras, que serán admisibles siempre que exista un principio de prueba por escrito que provenga de ambos padres, conjunta o separadamente (art. 117).

C) También está limitada la admisibilidad de la prueba en cuanto al reconocimiento de hijos naturales; se restringe a escritos indubitados del padre en que expresamente reconozca la paternidad; al indicio de posesión continua del estado de hijo natural justificada por actos directos del padre o de su familia, y en los casos de violación, estupro o raptó (art. 135 C. c. en relación con el 444 del Cód. Penal).

D) Y por último, la pretensión alimenticia para los hijos ilegítimos que no reúnan el carácter de naturales, precisa un acreditamiento de la filiación y maternidad o paternidad, consistente en sen-

(2) El art. 1.717 del BGB. no exige pruebas ni justificación del raptó ni de la violación, ni del abuso de autoridad, ni posesión del estado de niño, ni escrito auténtico ni existencia de concubinato. Lo que interesa es demostrar el hecho de la cohabitación coetánea a la concepción por los medios admitidos en derecho. Y en contra de esta prueba, cabe la *exceptio plurium concubentium*, o de relaciones sexuales múltiples.

Es una de las situaciones que más frecuentemente dan lugar a recurrir a las pruebas biológicas, como veremos infra.

tencia firme civil o penal, de la que una u otra se infieran, o un documento indubitado del padre o madre en que expresamente se reconozca la filiación (art. 140, 1.º y 2.º C. c.). La restricción en estos casos es, pues, aún mayor.

E) Menos restringidas desde el punto de vista probatorio están las pretensiones declarativas de la filiación materna natural y demás ilegítimas. Se conceden en todos los casos vistos anteriormente, y además, en aquellos en que puedan probarse los dos hechos de que depende la maternidad (parto e identidad del hijo (arts. 136 y 140-3. del C. c.).

F) La jurisprudencia ha interpretado las disposiciones del Código de acuerdo con las líneas generales del sistema concreto del mismo, en el sentido de que "como la legislación española se inspira en el principio prohibitivo de la investigación de la paternidad, es indudable que los preceptos relativos al reconocimiento forzoso de hijos naturales han de ser interpretados de modo restrictivo" (Sentencias de 25 de febrero y 17 de junio de 1927, y de 16 de enero de 1928). De acuerdo con tales principios, en reciente sentencia, el Tribunal Supremo ha excluido la posibilidad de practicar pruebas biológicas en un caso derivado del art. 108 (Sentencia de 24 de enero de 1947).

G) Estas especialidades y restricciones probatorias a que se somete la investigación de la paternidad, que "tiene por objeto sustraer del libre juego de la prueba procesal, aún dentro de la vigencia de la forma inquisitiva, ciertos extremos de los que depende la normalidad de la familia" (3) son absolutamente inadecuadas para poder llegarse por medio de ellas al conocimiento de la verdad material de los hechos. Así se deduce de una ojeada a través de los adelantos técnicos conseguidos por las ciencias médicas en este terreno.

Es pasable que el legislador del Código civil no pensase en la posibilidad de que se pudiera llegar por medios puramente científicos a la exclusión de toda posibilidad de la filiación de una persona con referencia a otra a quien se imputaba tal relación; pase por ello, en que por aquel tiempo la jurisprudencia rechazase una prueba de semejanza comparable a la biológica moderna (4) (Sentencia del T. S. de 23 de junio de 1886). Pero en la actualidad, en que, como vamos a ver, tales fuentes de prueba existen y producen resultados de certeza absoluta en un elevado número de casos, es preciso darles entrada en esta especie de procesos para que puedan sustituir, al menos en un porcentaje de dichos casos, a la prueba de indicios y presunciones le-

(3) Cfr. PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil*. Zaragoza, 1946, T. II, página 124.

(4) Comparable, pero no idéntica, pues, como dice BRENLLA, "cuando se habla de caracteres morfológicos normales, no se hace referencia a esa vaga semejanza que pueda existir entre el presunto padre y el hijo, sino a características anatómicas perfectamente definidas y objetivables". (Cfr. "Consideraciones sobre la investigación de la paternidad", en RML., 1949, IV, núm. 40-41 (julio-agosto), esp. pág. 226.)

gales, y de un modo objetivo y experimental a la labor intelectual, más falible, del juez, labor que basándose en apariencias de hechos externos, los cuales pueden no reflejar la verdad de lo ocurrido, puede, a su vez, dar lugar a sentencias injustas (5).

H) La numerosa jurisprudencia patria en torno a los indicios de estar el supuesto hijo en la posesión continua de estado de tal (6) nos demuestra la enorme amplitud que cabe a la posibilidad de confundir matices de apreciabilidad externa, con el resultado de llegar a la construcción de un cuadro de "posesión continua de estado de hijo", muy de acuerdo con las apariencias, pero posiblemente en desacuerdo con la realidad objetiva de los hechos fundamentales. Ello, aun suponiendo la concurrencia de absoluta buena fe en las partes, guarda completa por las mismas del principio de lealtad y de veracidad; y concediendo credibilidad previa al sistema general de la peligrosa prueba testifical.

I) Lo mismo ocurre cuando se observa la jurisprudencia en torno al "documento indubitado del padre en que expresamente reconozca la paternidad"; este documento no excluye la concurrencia de error o violencia (al menos, moral) en su elaboración. Piénsese en las hipótesis de múltiples situaciones dudosas en que una persona, sea por consecuencia de obsesión producida por dicha situación, por amenazas, coacción, etc., hace por escrito la declaración (indubitada) de un acto y consecuencias que no le son imputables en realidad. Y piénsese también en los casos en que se produce el tal escrito indubitado bajo la impresión de una realidad falsa por no existir tal paternidad, que, en efecto, corresponde a otra persona, sin que el que produce el escrito lo sepa (creyendo sinceramente ser él el padre). Todo esto mueve a dudar de la eficiencia de un tal sistema probatorio, justamente en una materia en que la averiguación de la verdad material de los hechos debe anteponerse a todo, en beneficio del interés general.

§ 3. Actualmente, los progresos técnicos de la Medicina Legal apoyada en la genética, progresos aceptados ya hace años ampliamente en otras legislaciones más progresivas, que la nuestra, pueden evitar un considerable número de dudas de tal género, ya que resuelven en muchos casos de modo exacto, y en otros dan ayuda científica de enorme valor para determinar la verdadera paternidad o maternidad contestadas en juicio.

Estas fuentes de prueba tienen carácter biológico. Su base, mendeliana, reside en la herencia de los caracteres dominantes. Si el hijo tie-

(5) Cfr. arg. en GORPHE: *L'appréciation des preuves en justice*. París, 1947, pág. 317 y ss.

(6) Cfr. Jurisprudencia al pie del art. 135. C. c., en la última edición de las *Leyes civiles*, de MEDINA Y MARAÑÓN.

Basta ver el contenido de cualquier tratado de Derecho civil con referencia a la "posesión del estado de hijo" para darse cuenta de que se trata de un cuadro de apreciación subjetiva plétórico de matices ciertos o engañosos, y ocasionado a errores. Cfr. p. e., CARNELUTTI: *Possesso di stato di figlio naturale*, en Riv. Dir. Proc. Civ., XVIII, 1941, parte II, pág. 99 y ss. (comentarios jurisprudenciales); CICU: *Sulla presunzione di paternità*, en Riv. Trim. Dir. Civ. Proc., I, 1947, núm. 2-3, pág. 563 y ss.

ne una característica cualquiera que sea dominante, necesariamente esta característica tiene que existir, por lo menos en uno de los padres; si la presenta la madre, ya no cabe investigación alguna, puesto que de ella pudo ser heredada; pero si la madre no la presenta, entonces, ineludiblemente, tiene que presentarla el padre; cualquier hombre que no presente esta característica no puede ser el padre de tal hijo (7).

Es decir, estas fuentes de prueba biológica actúan por exclusión; por tal método, por lo pronto, se podrán resolver—o al menos en un gran porcentaje—casos de pretensiones de declaración de paternidad y maternidad solicitada por el hijo, la madre u otras personas; igualmente quedarán muy simplificadas, a efectos probatorios, las pretensiones de impugnación de la paternidad o maternidad, teniendo especial relieve la prueba en cuanto a la última cuando se trate de sustitución o cambio de los hijos.

Y eliminada una persona como posible progenitora de acuerdo con el resultado de las pruebas biológico-hereditarias, el proceso en que se tratase de una pretensión de declaración de tal progenitura queda resuelto; los sucesivos que se promovieren como consecuencia de dicha resolución excluyente de tal persona (dirigidos contra otra) quedan también facilitados, y por este método de exclusión puede llegarse a conclusiones positivas.

Sería impropiciente el pretender aquí una completa exposición médica de lo que son las pruebas biológico-hereditarias, ya que ello es materia propia de la Medicina, y, a los efectos forenses, de la Medicina Legal, que los ha estudiado intensamente. Pero, no obstante, como necesidad para la comprensión de lo que ulteriormente se expondrá, entendemos necesario dar un breve resumen de lo que dichas pruebas son, de acuerdo con la última información técnica, española y extranjera (8).

§ 4. Los especialistas dividen a las fuentes de prueba biológico-hereditarias en dos grandes grupos: el primero comprende las constituidas por anomalías constitucionales y enfermedades hereditarias, y el segundo los caracteres normales, comprendiendo este grupo, a su vez, dos subgrupos: el de los caracteres morfológicos y el de los físico-químicos heredados (9).

I) En cuanto al primer grupo, es preciso poseer, para apreciar tales fuentes de prueba, grandes conocimientos de genética, pues, como dice CURTIUS, estamos solamente en los comienzos de la comprensión de la patología hereditaria.

En el interesante trabajo de BRENLLA, ya citado (9 bis), al dar cuenta del estado actual de las investigaciones en este campo, expone la lista que SCHRADER dió sobre las principales anomalías constitucionales y enfermedades hereditarias que por transmitirse en gran parte por he-

(7) Cfr. BRENLLA, ob. cit., pág. 223.

(8) Algunos autores juristas exponen también resúmenes del contenido de tales experiencias; así, cfr. CASTRO PÉREZ, ob. cit., loc. cit., pág. 163 y ss.; GORPHE, ob. cit., pág. 310 y ss.

(9) Cfr. BRENLLA, ob. cit., pág. 223 y ss.

(9 bis) Cfr., ob. cit. en notas anteriores.

rencia dominante sirven, según él, para la investigación de la paternidad. Son las siguientes:

1.º Extremidades: Polidactilia, Ectrodactilia, Sindactilia, Braquidactilia, Braquifalanga, Clinodactilia, Sinfalanga, Contractura hereditaria de los dedos, Fisura de la mano, Fisura del pie, Falta de la mano o del pie, Exóstosis cartilaginosa múltiple.

2.º Piel y anejos: Fístula congénita del cuello, Hipertelia, Queratosis palmar y plantar, Epidermolysis bullosa traumática, Telangectasia hereditaria hemorrágica, Onicogriposis, Leuponiquia, Anoniquia, Hipotricosis, Mechones blancos del cabello.

3.º Ojos: Microftalmo, Epicanto, Coloración negra de los párpados, Ptosis congénita, Oftalmoplegia externa, Distiquiasis, Coloboma irídeo, Aniridia, Coloración azul de la esclerótica, Hemeralopía.

4.º Cráneo: Cráneo en torre, Microcefalia, Fisura del paladar, Micrognatía, Prognatismo.

5.º Organos genitales: Hipospadias, Epispadias.

6.º Sistema nervioso: Miotonía congénita (enfermedad de THOMSEN), Atrofia muscular progresiva miopática, Atrofia muscular progresiva neural.

BRENLLA, del estudio de la situación en la actualidad, llega a la siguiente conclusión: "Todo ello—dice—no supone negar que en algún caso concreto puedan sernos de utilidad los datos que nos proporciona la heredopatología. Si en el presunto padre y en sus ascendientes encontramos enfermedades o disnomalias constitucionales que genéticamente puedan ser relacionadas con una enfermedad o disnomalia que presente el hijo, aumentan las presunciones (10) a favor de la pretendida paternidad, pero nada más".

II) Pasemos a considerar el segundo grupo, y, dentro de él, a estudiar por separado los caracteres morfológicos heredados y los físico-químicos.

a) En cuanto a los primeros, se hace referencia a los dibujos de las huellas digitales, que tanta importancia tienen en materia de identificación personal; importancia no menor en cuanto a la herencia, si bien, aun no aclarada. Así lo indica la posición de duda adoptada por CEVIDALLI, BENASSI y LOCARD. De modo que, según BRENLLA, a pesar de haberse sentado ya bases científicas para llegar al resultado de exclusión de la paternidad por medio de la dactiloscopia (POLL y LAURER), lo prudente es prescindir de esta prueba.

b) Con referencia a otros caracteres morfológicos que se admite sean transmitidos por herencia dominante y que, por tanto, pueden ser útiles a efectos de la investigación de la paternidad, POLJAKOFF cita los siguientes:

1.º, cara rómbica; 2.º, fuerte *procidencia* de los huesos cigomáticos; 3.º, mandíbula procidente; 4.º, mandíbula recogida; 5.º, cabellos rojos; 6.º, cabellos crespos; 7.º, cejas reunidas; 8.º, extremo lateral de

(10) Se tratará, en terminología jurídica, de una prueba de carácter indirecto, indiciario, como base para elevarse después a la presunción.

la ceja vuelto hacia arriba; 9.º, porción móvil de los párpados superiores recubiertos de la porción fija; 10, punta de la nariz doble; 11, mentón doble; 12, dorso de la nariz hundido; 13, dorso de la nariz fuertemente convexo; 14, ángulo de la boca dirigido hacia arriba; 15, oído externo cuadrangular; 16, desviaciones del ojo no uniformes; 17, trago dirigido hacia adelante; 18, fuerte procidencia del antitrago; 19, tubérculo auricular de Darwin; etc.

Pero como consecuencia de las impugnaciones que a dicho autor se hicieron, afirmando que no se puede llegar sobre esta única base a una exclusión absoluta de la paternidad (11), viene nuestro autor a la conclusión de que es preciso conocer bien la genética moderna, a fin de no sacar conclusiones simplistas o ir a parar a resultados erróneos (12); si el hijo presenta caracteres somáticos dominantes que no se dan en la madre o en el presunto padre, la paternidad de este último es dudosa (13).

c) No obstante estas conclusiones a que llega el profesor español recogiendo la doctrina científica existente hasta el verano de 1949, viene a nuestro conocimiento posteriormente un nuevo método de investigación biológica de la paternidad sobre la base de un carácter somático que no vemos expuesto por BRENLLA; se basa en el examen comparado de las variedades de columnas vertebrales, y es su autor el Dr. CONRAD KÜHNE. Este método ha sido ya aceptado por los Tribunales alemanes (14), y los juristas del mismo país, basándose en su aceptación, se hacen eco forense de aquél. Por ello, daremos un breve resumen, tal como ha llegado a nuestras manos su descripción (15).

Se basa este método en el principio de que los límites de las vértebras humanas responden a una "norma", pero tienen inclinación a desviarse, bien hacia el cráneo (hacia arriba, kopfwärts), bien hacia abajo (desviación caudal, steisswärts); dichas variaciones caen, según KÜHNE, bajo las leyes de la herencia (16).

(11) Con BRENLLA, cfr., también DALLA VOLTA: *Trattato di Medicina Legale*, Milán, 1933, pág. 571.

(12) Resultado de la discusión mantenida por OTTOLENGHI y LATTES en el Congreso de Medicina Legal de Roma, en 1933. (Cfr. BRENLLA, ob. cit., pág. 225.)

(13) Cfr. También DALLA VOLTA, ob. cit., loc. cit.

(14) Por el Langdgericht de Göttingen, en Sentencia de 10 de marzo de 1944, publicada muy retrasada en *Niedersächs. RPfl.*, 1949, cuaderno núm. 4, pág. 78.

(15) El presidente de dicho Tribunal, MEYERHOFF, lo expone y comenta desde el punto de vista procesal, en *DRZ.*, IV, 1949, cuaderno núm. 20 (octubre), página 457 y ss. ("Ein neuer Weg in Abstammungssachen: die Wirbeisäulamethode nach Konrad Kühne.")

(16) Dice el presidente MEYERHOFF, que KÜHNE comenzó sus investigaciones hace ya muchos años, pero que no las hizo públicas hasta haber llevado a cabo experimentos de comprobación suficientes; por esta causa, a pesar de las dificultades en que se encontraban a veces los Tribunales alemanes cuando la prueba de investigación de los grupos sanguíneos o demás somático-hereditarios no daban resultados, este método no era conocido. Otro investigador de problemas de conformación de la columna vertebral el Dr. BIRKENBACH, entonces director de la Clínica Femenina de la Universidad de Göttingen, habió del método a un abogado, y éste, en un caso judicial en el que la investigación de los grupos sanguíneos no había dado resultado, solicitó del Tribunal que pidiera un dictamen sobre la columna vertebral de los interesados. El Tribunal, teniendo

El valor de este método está sujeto a las mismas restricciones que los demás; o sea, que no se puede establecer por el momento en qué porcentaje de casos dará como resultado fijo el reconocimiento positivo de la paternidad. Pero también en gran número de casos en los cuales el método de investigación de los grupos sanguíneos o los demás de semejanza somática o de calidades hereditarias no conduzcan a resultados, éste sí que lo conseguirá. El porcentaje de conclusiones fijas a obtener por este método aun no está determinado; parece que en un 7,25 por 100 de los casos no puede haberlas, por darse dicho porcentaje de sujetos sin tendencia craneal ni caudal (son los sujetos que responden a la "norma") y ser el resultado de exclusión solamente posible cuando se da uno de los casos de combinaciones de caracteres hereditarios; pues un niño de variación craneal de madre con variación caudal no puede ser hijo de un hombre con variación también caudal, etc. (17).

Las experiencias llevadas a cabo por KÜHNE en Berlín con 10.000 sujetos (a cada uno de los cuales se le había de hacer, por lo menos, tres radiografías de la columna vertebral) dieron como resultado que había un 58,5 por 100 de tipos vertebrales-craneales, un 34,2 por 100 de vertebrales-caudales y un 7,25 por 100 de indefinibles. Por ello, dice MEYERHOFF, que son de esperar de este método grandes desultados.

§ 5. La investigación de la paternidad por la determinación de los grupos sanguíneos se basa en la aglutinación de los glóbulos sanguíneos portadores de los aglutinógenos mediante fórmulas de combinación de la sangre de cada uno de los presuntos padres con la del hijo. El suero sanguíneo tiene propiedades aglutinantes (dos sustancias llamadas aglutininas); en los glóbulos rojos existen otras dos sustancias: los aglutinógenos. Pues bien; cada suero sanguíneo aglutina a glóbulos de diferentes individuos, no de la misma. Es decir, existen grupos sanguíneos diferenciados por la aglutinación o la no aglutinación de sus hematíes por el suero de los demás y a la inversa. Cada grupo está, pues, caracterizado por propiedades especiales de aglutinación (tipo A, tipo B, tipo O (cero) y tipo AB). De esta experiencia —que sigue las leyes de la herencia— se pueden extraer conclusiones negativas; si la sangre examinada en un sujeto es de un grupo diferente al de la del otro, se excluye la relación parental entre ambos; si es del mismo grupo, no se puede extraer una conclusión positiva.

Por esta reacción de los hematíes con los sueros aglutinantes, LANDSTEINER y VON DECASTELLO-STURLI clasificaron a la humanidad en los cuatro grupos A, B, O y AB; ya en 1910, VON DUNGERN y HIRZFELD demostraron que la transmisión de estos caracteres seguía las reglas de

en cuenta la jurisprudencia del Reichsgericht, previniendo que en materia de procesos de paternidad debían de agotarse todas las fuentes posibles de prueba, acordó pedir el dictamen; consultados los Profs. médicos MARTIUS y BIRKENBACH, señalaron al Dr. KÜHNE como autor del método y único capacitado para aplicarlo. El dictamen, excluyendo la paternidad de uno de los interesados y afirmando (con probabilidad) la de otro, coincidió con el resto de las pruebas.

(17) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., pág. 457.

la herencia mendeliana. En 1924 el matemático alemán BERNSTEIN formuló estas leyes hereditarias; la general es que "no puede aparecer en el descendiente una propiedad dominante que no exista en ninguno de los padres".

Dentro del grupo A y del AB, se demostró la existencia de varios subgrupos: A₁, A₂, etc.; por YAMAKAMI y LANDSTEINER, que los aglutinógenos no sólo se hallaban en los glóbulos rojos, sino también en los espermatozoides y en la mayor parte de las células del organismo, pasando a las secreciones y excreciones (LATTES); aumentaban así las posibilidades de identificación de una persona con respecto a otras. Estas posibilidades crecieron ampliamente cuando (en 1926) LANDSTEINER y LEVINE demostraron que los hematíes presentan aglutinógenos que no tienen sus correspondientes aglutininas en el suero humano; buscando estas aglutininas entre los sueros de animales consiguieron hallar otros tres grupos, el M, el N y el P (por medio del suero de conejo); SCHIFF descubrió, por medio de antisueros de carnero, otros dos, el G y el H; en 1940, LANDSTEINER y WIENER prepararon un suero antimono, inyectando los hematíes del *Macacus Rhesus* al conejo; este suero, no sólo aglutinaba los hematíes del mono citado, sino también los de determinadas personas, demostrando así la existencia en los hematíes humanos de un nuevo grupo (y división de la humanidad en dos: el Rh—así llamaron al aglutinógeno—y el que no tenía Rh; en 1942 LEVINE demuestra que en los individuos Rh (que se creía caracterizados por la inaglutinabilidad de sus hematíes) éstos eran aglutinables por un nuevo suero, anti-Hr (aparición de un nuevo aglutinógeno: el Hr: dos nuevos grupos: Hr y sin Hr). Pues bien; en esta enorme cantidad (creciente siempre) de grupos sanguíneos, demostrado ya que la herencia de los mismos está comprobada y que a partir de la edad de un año son inmutables, queda como evidente la importancia de los mismos para la determinación negativa de la paternidad (18).

El progresivo descubrimiento de la posibilidad de dividir a la hu-

(18) La literatura médica, en torno a este problema, es amplísima. Para esta información, hemos consultado los más recientes trabajos: un trabajo de MOUREAU, HEUSGHEM, COLLARD, XHENSEVAL y QUINET, presentando al 25 Congreso de Medicina Legal, Social y del Trabajo de Burdeos (11-14 de mayo de 1949), titulado "Médecine Légale et modifications biologiques et chimiques liées a la grossesse" (AML, T. XXIX, 1949, núm. 3, pág. 101 y ss.; su capítulo III es un estudio de la herencia de los grupos sanguíneos que los especialistas califican de magistral (MOUREAU es especialista en esta materia; se le ve citado en muchos de sus trabajos en no pocos lugares de la Rev. Trim. Dr. C., con ocasión de comentarse la jurisprudencia en materia de investigación de la paternidad a través de los grupos sanguíneos). En este trabajo puede verse citada la bibl. de los autores a que aludimos en el texto. Hemos consultado también un dictamen del Prof. DAHR, del Instituto de Investigación Sanguínea de Göttingen, publ. en SchwMW., 1950, núm. 4, 28 de enero, pág. 87 y ss.; la obra de BRENNLA cit. y *El factor Rh*, de MARTÍNEZ PIÑEIRO, en RML., número cit.

Sobre la técnica de la determinación de los grupos, pueden verse los tratados modernos de Medicina Legal.

En CASTRO PÉREZ, RGLJ., loc. cit., se encuentra también una descripción del fundamento del método, e igualmente en GORPHE, ob. cit., pág. 310 y ss.

manidad en diversos grupos, según fueran medidos por la pauta de los diferentes aglutinógenos o aglutininas, elevó la cifra de las combinaciones matrimoniales a estudiar a través de la investigación de los diversos grupos, a cerca de setecientas (19); teniendo en cuenta la transmisión mendeliana de los mismos se hace evidente la cada vez mayor posibilidad de excluir la paternidad de una persona determinada, por la investigación comparada de sus grupos.

Desde un punto de vista médico, el porcentaje de exclusión absoluta de la paternidad o maternidad es de una media de un 40 a un 50 por 100 (20), teniendo en cuenta los diversos grupos, sus pautas—aglutinógenos y aglutininas—y su posibilidad de utilizarlos; a tal porcentaje hay que añadir, desde el punto de vista judicial, el que supone aquellos en que la mujer miente a sabiendas, acusando falsamente a un hombre de la paternidad de su hijo (21).

Pero desde un punto de vista puramente judicial, y teniendo en cuenta que no siempre es posible la utilización de todos los grupos, según datos de MEYERHOFF, si bien en Alemania la media teórica de la exclusión absoluta de la paternidad es de un 34,76 por 100, en la práctica no rebasa el 18,8 por 100 (22). Pero aparte de estas exclusiones absolutas, hay ocasiones en que los peritos médicos dan en sus informes y de acuerdo con el resultado de la identidad o falta de identidad de los diversos grupos sanguíneos de las personas a la investigación sometidas, un porcentaje de probabilidades. Así conocemos un dictamen judicial de tal tipo de la Universidad de Viena, diciendo haber un 91 por 100 de probabilidades de que el supuesto padre lo fuera en realidad (23).

El citado porcentaje, si seguimos las ideas de KÜHNE (24) aumentaría notablemente. Y esto, tratándose solamente de realidades numéricas, pues más tarde hemos de referirnos, sobre bases jurisprudenciales, a la intensidad de la convicción judicial derivada del resultado de todas las pruebas citadas.

También se ha indicado como medio de determinación del tiempo de la concepción y posible exclusión de paternidad por tal causa, el método de OGINO; mas parece ser que el citado método tiene fallos, de modo que, en todo caso, únicamente a título de un indicio más puede ser utilizado.

§ 6. La aplicación de las fuentes de prueba biológicas para la in-

(19) Cfr. MOUREAU, ob. cit., pág. 149; el número de combinaciones posibles ha pasado a ser, en veinticinco años de estudios, de 21 a cerca de 700.

(20) Cfr. MOUREAU, ob. cit. con ref. a FISCHER, pág. 152.

(21) Cfr. MOUREAU, ob. cit., pág. 152 y ss.; BRELLA, ob. cit., pág. 235.

(22) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit., pág. 457.

(23) Cfr. KINDLER: *Die Vaterschaftsvermutung*, des § 163 ABGB., en JB., 1948, cuaderno 10, pág. 229.

(24) Naturalmente, incompetentes como somos en la especialidad médica, la exposición en este lugar de la técnica de KÜHNE no supone su admisión o inadmisión; aunque no por ello hay que considerarla poco interesante, ya que ha sido aplicada por los Tribunales.

vestigación de la paternidad y maternidad en el ámbito judicial, es ya bastante antigua. En 1926 se dió en Viena el primer dictamen pericial de tal tipo con fines de esclarecimiento judicial de la paternidad.

A) En torno a dichas fuentes de prueba, hubo muchas discusiones; sobre todo, al rededor de la somático-hereditaria, por ser menos comprensible para los juristas (25); pero ante los Tribunales de los países germánicos, iban ambas adquiriendo tal importancia, que ya en su Sentencia de 23 de enero de 1931, el Tribunal Supremo austriaco decía que la falta de una investigación biológico-hereditaria en un proceso sobre paternidad constituía una falta de procedimiento (26). Con ello no es que solamente se admitiera tal prueba, es que pasaba a ser exigible, bien que con el carácter simplemente persuasivo de la Jurisprudencia austriaca.

B) Después de la trascendental declaración hecha por el Tribunal Supremo austriaco, que así seguía valientemente las directrices de renovación y racionalización del proceso marcadas por el genial KLEIN, los Tribunales alemanes aceptaron el impulso que los guiaba a través de las pruebas biológicas, apartando con toda firmeza las tentativas de disminuir el valor o de excluir la investigación biológica en materia de paternidad (27).

Por los mismos Tribunales se hicieron en los años 1939 y 1940 las siguientes declaraciones trascendentales al efecto de incrementar judicialmente el valor de las fuentes de prueba biológicas:

El Tribunal Supremo admitió que "si se da en la prueba biológico-hereditaria una tan gran serie de notas coincidentes entre el hijo y el supuesto padre que, según los peritos, se puede aceptar la idea de la paternidad del mismo "con verosimilitud lindante con la seguridad", procede declarar la paternidad aun cuando hubiera testigos que acreditasen las relaciones de la madre con otros hombres en la época de la concepción" (Sentencia de 13 de enero de 1939) (28).

"Si se repele una petición de investigación sanguínea en un procedimiento dirigido contra la madre ilegítima, se vulnera el § 1.837 del BGB" (29); "el resultado probatorio obtenido por los grupos A_1 y A_2 no supone por sí solo la prueba de una "declarada imposibilidad"; pero constituye un buen punto de partida que, apoyado sobre el resultado de las demás pruebas hace posible la declaración de ilegitimidad" (30).

Y en su Sentencia de 4 de enero de 1940, el Tribunal Supremo ale-

(25) Cfr. RECHE: *Der Wert des erbbiologischen Abstammungsnachweises für die Richterliche Praxis*, en DR., 1939 pág. 1606 y ss. esp. 1607.

(26) Cfr. RECHE, ob. cit., loc. cit.

(27) Cfr. FRANTZ: *Die neue Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Ehelichkeitsanfechtung*, en DR., 1940, pág. 1553, y esp. 1559.

(28) Cfr. DR., 1939, pág. 666; cfr., también S. del Tribunal Supremo alemán de 12 de junio de 1939, en DR., 1939, pág. 1553.

(29) Juzgado de 1.ª Instancia de Glenche, Sentencia de 11 de noviembre de 1939.

(30) Tribunal de Apelación de Hamburgo, Sentencia de 16 de marzo de 1939, en DR., 1939, pág. 576 y s., con comentario de LEMME.

mán declaraba que, "a efectos de esclarecer el linaje, deben de ser agotadas todas las fuentes de prueba y, entre ellas, las de la investigación biológico-hereditaria, pues rechazar constituye un defecto de procedimiento" (31).

Por la misma Sentencia se afirmaba haber probabilidades de éxito en el manejo de las investigaciones biológico-hereditarias cuando se tratase solamente de dos hombres (dos supuestos padres) (32).

Ante esta Jurisprudencia, exclamaba MAHM, y con ella tantos otros escritores germánicos, impulsados a veces por móviles más político-raciales que jurídicos: "La frase "pater semper incertus est" ya no tiene validez; se ha encontrado el medio probatorio para la determinación de la paternidad a través de la investigación morfológica" (33).

A pesar de que no se podría acusar de nacional-socialista al Tribunal Supremo vienés de 1931, puede sospecharse, y con fundamento, que la importancia dada en Alemania a la investigación del linaje, y con ello a las fuentes de prueba biológicas, tenía un sentido no menos político que jurídico, y así puede verse en la posición oficial que ante dichas innovaciones científicas adoptó el NSDAP (34).

C) Pero en otros países ciertamente no totalitarios, Tribunales de los que nada puede sospecharse en cuanto a política, lucharon y siguen luchando valientemente contra las restricciones que les impone la propia legislación y llegan a triunfar de ellas, dando una verdadera lección de lo que debe ser el sentido progresivo de la Jurisprudencia.

Así, en Francia, el Tribunal Civil de Niza, dictaba el 17 de noviembre de 1937 una resolución en que admitía la prueba de grupos sanguíneos, comprendiendo a tal dictamen pericial entre los medios probatorios admitidos por el artículo 340 del C. c.; comenta la doctrina esta resolución diciendo que la comparación de los grupos sanguíneos de los interesados no hace posible una declaración positiva de la paternidad, pero que sí puede corroborar una negación; una investigación adecuada, dar a conocer el nombre del amante de la mujer, y la prueba pericial citada ha de confirmar, de otro lado, si no su identidad, sí al menos su existencia, si es que demuestra que el supuesto padre no lo era en realidad (35).

Otros Tribunales siguieron esta pauta; el de Aix, en Sentencia de 13 de junio de 1939. "Esta prueba—dijo—no da la filiación, pero viene en apoyo de una denegación de paternidad fundada en la conducta li-

(31) Cfr. DR., 1940, pág. 543.

(32) La más moderna jurisprudencia alemana en la materia ha sido utilizada para construir la totalidad de la doctrina procesal de la prueba biológica tal como existe actualmente en dicho país; la citaremos infra, al exponer dicha situación.

(33) Cfr. ISOLDA MAHM: *Neue wissenschaftliche Erkenntnisse als Restitutionsgrund*, en DR., 1940, pág. 1041.

(34) Cfr. RECHE, ob. cit., como portavoz del Rassenpolitische Amr der NSDAP.

(35) Cfr. LAGARDE, en Rev. Trim. Dr. C., 1938, pág. 80 y s., comentarios jurisprudenciales.

viana de la madre durante el período de la concepción" (36); el de Marsella (Sentencia de 6 de mayo de 1938); el de Rennes (Sentencia de 31 de mayo de 1939). Y aunque otros Tribunales rechazaban dicha prueba (37), en general, la Jurisprudencia francesa continuó su avance por tal camino (38).

Ya después de la segunda guerra mundial, el Tribunal Civil de Lille, que según los comentaristas se coloca a la cabeza de los innovadores a través de sus reiteradas Sentencias admitiendo tales pruebas, recogía afirmaciones periciales médicas basadas en la comparación de los grupos sanguíneos, tales como que "C. R. no puede ser biológicamente el padre de la joven F." (Sentencia de 19 de noviembre de 1946) (39); en 18 de marzo de 1947 dictó otra Sentencia apreciando la prueba citada. Se ha comentado favorablemente esta Sentencia diciendo que la investigación de los grupos sanguíneos puede dar como resultado la prueba negativa de la paternidad con rigor científico y que es en todo caso tan segura como toda otra justificación admitida en esta materia (40).

En el proceso que terminó por la Sentencia últimamente aludida, el Tribunal de Lille obvió el inconveniente de la resistencia de la parte a someterse a la investigación, diciendo acertadamente que "la extracción de la sangre necesaria es una operación de las más benignas... y constantemente los Tribunales ordenan en toda especie de materias los peritajes que les son precisos y requieren de parte de los peritos médicos operaciones más íntimas y más delicadas".

Otros Tribunales siguen esta tendencia general; así es de registrar, por ejemplo, la Sentencia dictada el 16 de marzo de 1948 por el Tribunal de Toulon admitiendo la prueba de grupos sanguíneos a instancia del marido (41).

D) En Italia se reconoce también el gran valor de las pruebas biológicas; ya hace muchos años, la Corte de Casación declaraba el de la de grupos sanguíneos a efectos de excluir la paternidad (42).

En el vigente Codice di Procedura Civile (CPC), el artículo 118 dice que "El juez puede ordenar a las partes y a los terceros que se

(36) Sentencia 13 de junio de 1939.

(37) Cfr. Tribunal Civil del Sena, Sentencia de 7 de noviembre de 1937, y sobre ella, BÉQUIGNON-LAGARDE, en Rev. Trim. Dr. C., 1940-41, pág. 56; en igual sentido, París, Sentencia de 21 de enero de 1941, y Valence de 13 de mayo de 1938.

(38) Ya se ve la orientación de la Jurisprudencia francesa (que se confirmará, *infra*) sobre la aceptación de la prueba de grupos sanguíneos. Estaba, pues, mal informado en 1944 CASTRO PÉREZ (ob. cit., loc. cit.).

(39) Cfr. Com. de LAGARDE, en Rev. Trim. Dr. C., 1947, pág. 316.

(40) "Es un hecho—comenta LAGARDE a esta sentencia—que la extensión de la medicina social ha impuesto restricciones a la libertad corporal" (Rev. Trim. Dr. C., 1947, pág. 317.)

(41) Cfr. Com. de LAGARDE, en Revista cit., 1948, pág. 324.

(42) Cfr. El Arch. d'Antrop. Crim. e Med. Leg. Vol. 51, 1931, pág. 319; p. ej. también PIRAS: *L'accertamento giudiziale della paternità naturale*, en Dir. Priv., XI, 1941, II, pág. 234 y ss.

sujeten en sus personas o en las cosas que estén en su poder, a las inspecciones que parezcan indispensables para conocer los hechos de la causa, siempre que ello pueda llevarse a efecto sin grave daño de la parte o del tercero y sin constreñirles a violar uno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Proceso Penal”.

“Si la parte rehusa obedecer tal resolución sin justo motivo, el juez puede extraer de tal negativa argumentos probatorios de acuerdo con el artículo 116, párrafo 2.º” (43).

“Si es el tercero el que rehusa, el juez lo condenará a una multa no superior a dos mil liras.”

Es decir, el poder del juez de acordar la inspección de una persona en su cuerpo, puede ser ejercitado de oficio (44); este poder no es limitado y ha de reducirse a aclarar hechos conexos con los que se quieren probar o estos mismos (45); o sea, lo mismo que ocurre en el Ordenamiento alemán con respecto al ámbito de la práctica de la prueba, no se puede ejercitar de modo inquisitivo (46), con un simple objetivo exploratorio, sino que es preciso que se hayan determinado previamente los hechos que se han de probar mediante la inspección (47).

El juez puede abstenerse de llevar a efecto la inspección personal por sí mismo disponiendo que la verifique un consultante técnico, en cuyo caso se aplican las normas referentes a la actividad del mismo y sus relaciones con el juez (48).

El respeto a las personas está ampliamente garantizado por el artículo 118 que hemos reproducido (49); además, la que sea sometida a la inspección personal puede hacerse acompañar de persona de su confianza que sea previamente declarada idónea por el juez (disp. 93 de las dictadas para la aplicación del Código); se admite que de la inspección sean excluidas las partes o alguna de ellas (50).

La sumisión de partes y terceros a inspección corporal, una de las cuales bien puede ser la de examen a efectos de prueba biológicos, ha terminado, según FERRARA, con una larga evolución doctrinal del pro-

(43) El art. 116, 2.º párr., dice: “El juez puede deducir argumentos probatorios de las respuestas que den las partes, etc. de su negativa injustificada a consentir las inspecciones que por él fueron acordadas...”.

(44) Cfr. ZANZUCCHI: *Diritto Processuale Civile*, T. II (“Del processo di cognizione”), Milán, 1946, pág. 77; ANDRIOLI: *Commento al Codice di Procedura civile*, Vol. I, 2.ª ed. Nápoles, 1945, pág. 329.

(45) Cfr., ob. cit. en la nota anterior.

(46) Cfr. *El ámbito de la práctica de la prueba en el proceso civil*, de SCHÖNKE, trad. esp. FAIREN, en ADC., 1950 (próximo a publicarse).

(47) Cfr. ANDRIOLI, ob. cit., Vol. I, pág. 331 y s., y *Dell'istruzione probatoria*, en Riv. Dir. Proc. Civ., 1942, Parte I, arg. pág. 177.

(48) Que son los arts. 194 párr. 2.º y 195.

(49) Y también por el párr. 2.º del art. 260: “En la inspección corporal debe de procederse con todas las precauciones dirigidas a garantizar el respeto a la persona”.

(50) Cfr. CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, traducción española GUASP, número 437, pág. 379; JAEGER, *Diritto Processuale civile*, 2.ª ed., Turín, 1943, pág. 442 y ss.; ANDRIOLI, ob. cit., vol. II, pág. 170, al artículo 260.

ceso civil; se ha acabado en tal punto con el derecho a la contumacia (rebeldía), y tanto las partes como los terceros han de someterse a tales operaciones; las primeras, por su deber de contribuir activamente al desarrollo probatorio del proceso; los segundos, por necesidad social de contribuir a la función publicística de Justicia, lo mismo que están obligados a acudir a los Tribunales como testigos. Y en cuanto a las susceptibilidades personales que no provengan de una sensibilidad excesiva o morbosa, en el Ordenamiento Jurídico existen las más amplias garantías de respeto al derecho de secreto (51).

E) En Suiza, según el Derecho federal, el demandado que quiere probar que tiene dudas fundadas e importantes sobre la paternidad que se le imputa, tiene "pretensión" a que se practique la prueba de grupos sanguíneos (52), a fin de demostrar que el hijo no corresponde a sus grupos. La madre y el hijo, en el cantón de Zurich, por ejemplo, se han de someter a tal actividad; si se niega la parte demandante a ello, el juez, de acuerdo con el párrafo 181 tendrá por probada la posición del actor (53) o habrá de invertir la carga de la prueba (54). También son admisibles según la Jurisprudencia del Tribunal federal, las pruebas de investigación antropológica (55). Pero, según la misma, cuando el actor es el padre, negando la legitimidad del hijo, la prueba de grupos sanguíneos no es idónea (56 y 57).

F) La citada prueba se admite también en Polonia (58), en Dinamarca y países escandinavos (59) y en Rusia (60), entre otros países (61).

G) En Austria está en la actualidad en vigor en su Ordenamiento Jurídico el Decreto del Reich de 6 de febrero de 1943; los participantes en el proceso quedan obligados a someterse en caso necesario

(51) Cfr. FERRARA. *Innovazioni e riforma nella procedura delle prove*, en *Luci ed ombre del Diritto nuovo*, Milán, 1942 pág. 31 y s. Cfr. también la *Relazione al Re* para la aprobación del Código, número 29.

(52) Cfr. Jurisprudencia del Tribunal Federal recogida por GULDENER, en *Das schweizerische Zivilprozessrecht*, vol. II, Zürich, 1948, pág. 412, nota número 18 d); y también en STRAULI-HAUSER, *Zürcherische Rechtspflegegesetz*, Zürich 1939 (2.ª ed.) vol. II (*Zivilprozessordnung*) com. al § 269, pág. 385.

(53) Cfr. Jurisprudencia Federal, en STRAULI-HAUSER, II, pág. 385.

(54) Cfr. SCHWEIZER, *Die Leistung des Beweises im Vaterschaftsprozess unter spezieller Berücksichtigung des Zürcher Prozessrechts*, Zürich 1936, página 94 y ss.; STRAULI-HAUSER, cit., vol. II, pág. 385.

(55) Cfr. STRAULI-HAUSER, ob. cit., vol. II, pág. cit.

(56) De acuerdo con la Jurisprudencia Federal (STRAULI-HAUSER, ob. cit., página 391).

(57) CASTRO PÉREZ, estudia en ob. cit., loc. cit., diversa Jurisprudencia suiza sobre la prueba de investigación de grupos sanguíneos.

(58) Cfr. arg. SALVI, *La situazione dei figli nati fuori del matrimonio nel nuovo diritto polacco*, en *Rev. Trim. Dr. C. Proc.* III, 1949 núm. 2, pág. 385, y ss.

(59) Cfr. GORPHE, ob. cit., pág. 314.

(60) Cfr. sobre este país, en el que no existen trabas probatorias contra la investigación de la paternidad, p. ep., VALTERS, *Das aussereheliche Kind im neuen Sowjetrecht*, en *JB.*, 1948 cuaderno núm. 10, pág. 230 y ss.

(61) En general, sobre la situación en el Derecho Comparado. cfr. FERNÁNDEZ CLÉRIGO, ob. cit., pág. 237 y s.

a la investigación biológica (62) y en especial a la extracción de sangre; siendo posible, en caso de negativa, la coerción inmediata (63).

§ 7. Como ejemplo de Ordenamientos Jurídicos que aceptan y regulan extensamente la posibilidad de las pruebas biológicas, podemos considerar al alemán actual. Expondremos la legislación vigente, y después las construcciones llevadas a cabo en los últimos años posteriores a la segunda guerra mundial por la doctrina con el apoyo de extensa jurisprudencia (64).

Las disposiciones fundamentales son los párrafos 144 y 372 de la ZPO, con las demás disposiciones que a seguida relacionaremos:

§ 144. "El Tribunal podrá acordar que se lleve a efecto una inspección ocular o un reconocimiento pericial.

En tal caso se seguirá el procedimiento establecido para estas pruebas cuando se practican a instancia de parte."

§ 372. "El Tribunal del proceso podrá disponer que a la inspección asistan uno o varios peritos.

La inspección se podrá encomendar a un miembro del Tribunal de la causa o a otro Tribunal, concediéndoles en tal caso la facultad de nombramiento de los peritos."

Está vigente, además, en lo que a esta materia respecta, el Decreto de 6 de febrero de 1943 (también vigente en Austria en la actualidad, como ya vimos) (65).

Art. 4.º "Declaración de la paternidad por medio de investigación hereditaria y racial" (66). En la Zona rusa se ha hecho desaparecer la expresión "y racial", aplicándose el párrafo 7.º de la Ley de 12 de abril de 1938 (67).

El párrafo 7.º de la norma citada dice así:

"Siempre que sea necesario para la declaración de la ascendencia

(62) Cfr., p. ej., WOLFF, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, segunda ed., Viena, 1947, pág. 343.

(63) Es abundante la jurisprudencia austriaca sobre tales pruebas; cfr., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1949, en relación con la prueba somático-hereditaria retrasada hasta que el niño tuvo tres años de edad (Cfr. en OJZ., 1949, cuaderno núm. 17, pág. 449).

(64) Dimos un resumen de esta doctrina y jurisprudencia en nuestro trabajo *La Jurisdicción civil y su ejercicio en la Alemania ocupada*, en RJC, 1949, número de julio-agosto, 8.

(65) Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften.

(66) Esta expresión tiene un contenido no restrictivo, sino muy amplio; pues la doctrina se refiere en ocasiones solamente a la investigación a través de la determinación de los grupos sanguíneos, pero lo hace a título de ejemplo. Comprende a toda investigación que sirva para llegar, a través de la consideración de las cualidades individuales de una persona, a una conclusión relativa a su ascendencia (Cfr. STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 17 edición corregida por SCHÖNKE, Tübingen, 1949, fasc. IV apéndice al § 372, III (Ofrece esta edición la característica de no llevar las páginas una numeración correlativa, sino una individualizada por cada parágrafo de la ZPO.).

De acuerdo con lo que dice esta obra, la prueba biológica puede referirse a cualidades corporales, intelectuales y caracterológicas (loc. cit.).

(67) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, 19. ed., Munich y Berlín, 1950, vol. I, obs. § 372, Sowj.

en un proceso contencioso o procedimiento de jurisdicción voluntaria, las partes, interesados y testigos, y si fuera preciso sus padres y abuelos, deberán someterse a investigación racial y hereditaria, y en especial a la extracción de sangre, a efectos de determinar sus grupos sanguíneos.”

“Si alguna de las personas obligadas por el párrafo anterior se negare sin fundamento justificado, se puede utilizar de modo inmediato la coerción y en especial la comparecencia forzosa, a efectos de llevar a cabo la investigación. No es fundamento de una negativa a someterse a tal prueba la alegación de que el investigado puede ser sujeto a persecución penal si dicha investigación tiene lugar.

Sobre la justificación de la negativa de dichas personas resuelve el Tribunal por medio de auto (68). Contra el que declare infundada la citada negativa a someterse a investigación, la persona que queda sujeta a la misma puede interponer el recurso de queja inmediato; y lo mismo pueden hacer las partes e interesados (69) contra el auto que admite la negativa de una de dichas personas a someterse a la repetida investigación” (70).

En los territorios de la Zona británica estas disposiciones están derogadas; en su lugar rige el moderno párrafo 372 de la ZPO, así redactado:

“Siempre que fuere necesario, a efectos de la declaración de la ascendencia, tal como en los casos de los párrafos 1.591 y 1.717 del Código civil, toda persona deberá someterse a investigación y en especial a la extracción de sangre para determinar sus grupos sanguíneos.”

“Sólo podrá admitirse una negativa a sujetarse a dicha investigación por causas justificadas, no siéndolo a tal efecto la alegación del sujeto de que si se lleva a cabo la investigación cabe el peligro para él o para un familiar suyo de ser perseguido penalmente. Se deben interpretar analógicamente los párrafos 386 al 390; y también cabe, en los casos de reiterada e injustificada negativa, el acudir a la coerción inmediata y en especial a la comparecencia forzosa del sujeto, a efectos de llevar a cabo la referida investigación” (71).

Ya veremos cómo la doctrina germana actual incluye bajo todas estas normas legales los supuestos de sumisión a pruebas de carácter

(68) En la Zona británica, el Tribunal resuelve por sentencia interlocutoria (Cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 4.^a ed., Berlin, Munich, 1949, pág. 524).

(69) Como veremos infra, el concepto de “interesados” se refiere a los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

(70) El párrafo 3.º de este parágrafo no tiene vigor, de acuerdo con la Ley núm. 1 del Consejo de Control, artículo 2.º

Y lo mismo ocurre con el § 9.º de la Ley antes citada. *Über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen*, de 12 de abril de 1938.

(71) Cfr. el texto de la ZPO. refundida vigente en la Zona británica, publicado por PRITSCH, Juez del Tribunal Supremo para dicha Zona (Hamburgo, 1948, Rechts und Staatswissenschaftlicher Verlag GMBH.).

somático-hereditario, así como en especial la de comparación de espinas dorsales.

Se considera por la doctrina alemana que la intervención de los peritos en estas actividades probatorias constituye un caso de representación del juez (72); como éste no puede llevar a cabo personalmente las experiencias por carecer de conocimientos técnicos para llegar a un resultado, hace que se practiquen por una persona mediadora, que es un perito en la materia. Por lo tanto—dicen los autores germanos—, se trata de una relación entre la prueba pericial y la de reconocimiento judicial (73).

Estas fuentes de prueba, según hemos visto y veremos, son utilizables en toda clase de procesos. “De acuerdo con el párrafo 144 —dice SCHÖNKE, basándose en la jurisprudencia—, la prueba de grupos sanguíneos es procedente siempre que se espere conseguir algún resultado por medio de ella; así, por ejemplo, cuando una prueba testifical ha debido de dar un resultado determinado, sirve para comprobar la credibilidad de los testigos. Será necesaria en los procesos de declaración de la paternidad y en los de alimentos, si se alega la existencia de relaciones sexuales de la mujer con varios hombres. Se la excluye cuando se trata de peticiones de una simple investigación, así como cuando los posibles padres son hermanos (74). Si la parte se niega a someterse a la práctica de las operaciones precisas, el Tribunal puede llegar a una conclusión probatoria desfavorable al que se negó, apreciando todas las circunstancias (75). Quedan a salvo las facultades del Tribunal de obligar a la sumisión a tales pruebas, que existen solamente en los procesos sobre la ascendencia (76); en los demás, no se puede forzar ni a una parte ni a tercera persona a sujetarse a dichas operaciones (77) y (78).

Todo ello es aplicable a la prueba somático-hereditaria (79); pero cuando la de grupos sanguíneos da un resultado excluyente de la paternidad, huelga aquélla; con lo que se hace patente que la doctrina germana concede mucho mayor valor a la primera que a la segunda.

“La prueba de semejanza somático-hereditaria—sigue SCHÖNKE—no admite llegar a conclusiones tan exactas como la de grupos sanguí-

(72) De una sustitución del Juez por otra persona en la actividad perceptiva de la fuente probatoria (CARNELUTTI, *La prova civile*, 2.^a ed., Roma 1947, página 84 y ss.).

(73) Cfr. STEIN-JONAS; ob. cit., fasc. IV, núm. III, al Tit. 6.º (Prueba de reconocimiento judicial). Observaciones Previas; SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, 6.^a ed. corregida y aumentada, Karlsruhe, 1949, pág. 238; difiere ROSENBERG, ob. cit., página 525.

(74) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., pág. 238; BAUMBACH-LAUTERBACH, 372, 1).

(75) Cfr. SCHÖNKE, loc. cit.; ROSENBERG, ob. cit., pág. 523; LENT, *Zivilprozessrecht*, 3.^a ed., Berlín y Munich, 1949, página 126.

(76) Cfr. STEIN, *Kommentar*, cit., IV fasc., apéndice al 372, VII; SCHÖNKE, ob. cit., página 237.

(77) Cfr. STEIN, ob. cit., loc. ult. cit.

(78) Sobre todo esto, cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, § 372, 1).

(79) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, § 372, 3), A).

neos, pero tiene valor apreciada juntamente con los demás medios y circunstancias probatorias. Ello no obsta a que una sentencia declarativa de la paternidad pueda basarse solamente en un dictamen pericial de aquel contenido. Si pugna el resultado de dicho dictamen con el de la prueba testifical practicada, aquél sirve a efectos de valorar la credibilidad de los testigos; por el contrario, las declaraciones de éstos no atacan a su fuerza.”

“A pesar de la independencia del juez con respecto a los dictámenes periciales, no es factible que a través de comparaciones llevadas a cabo por él o en vista de resultados parciales del referido dictamen, llegue a una conclusión globalmente opuesta a la de los peritos” (80).

En cuanto al método de comparación de las espinas dorsales, la jurisprudencia ya citada del Tribunal de Göttingen dice que hace posible la exclusión de la paternidad cuando fracasa la prueba de grupos sanguíneos (81).

Las fuentes probatorias de carácter biológico revisten mucha importancia cuando se trata de procesos de paternidad; pues en tal caso, partes, interesados y testigos pasan a estar sujetos forzosamente a ellas (82), con posibilidad para el Tribunal de acudir en caso de negativa o resistencia a medios de coacción. Para poder utilizarlos, es preciso que el auto (o sentencia interlocutoria en la Zona británica) en que se declaró infundada la negativa del sujeto sea ya firme (83), pues ya sabemos que contra él cabe el recurso de queja inmediato (84). Los Tribunales no pueden, por el hecho de la negativa, condenar en costas u ordenar que se abra la vía penal (85).

La doctrina y la jurisprudencia entienden que esta obligación de someterse a pruebas biológicas no existe solamente en los procesos sobre la ascendencia, sino también en otros casos, como, por ejemplo, un proceso sobre el nombre de una persona, uno de tipo hereditario (86), sin que sea preciso que la cuestión de la ascendencia o linaje sea el objeto principal del pleito: o bien cuando desempeñe el papel de indicio de adulterio en los casos de divorcio.

A efectos de sumisión a estas pruebas, el concepto de testigo es muy amplio y se confunde con el de tercera persona. Su deber de sujetarse a dichas actividades tiene igual calidad que el de declarar como testigo (87). Según STEIN-JONAS, el concepto de interesado se refiere a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en donde no hay par-

(80) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., pág. 238. Cfr. también arg. en BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., t. I, über § 371, 3, C).

(81) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit.

(82) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., loc. cit.; LENT, ob. cit., pág. 126.

(83) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., § 372, 4, C).

(84) Cfr. ROSENBERG, ob. cit., pág. 524.

(85) Cfr. ROSENBERG, ob. cit., loc. ult. cit.; BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., § 372, 4, C).

(86) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., § 372, 1).

(87) Cfr. STEIN-JONAS, ob. cit., fasc. IV ap. al § 373, II.

tes (88), siendo sustituido tal concepto por el de personas que tienen interés propio en el asunto. Para BAUMBACH-LAUTERBACH, el concepto de interesado abarca no solamente a todas las personas que toman parte en el proceso, sino también a aquellas que puedan estar relacionadas de alguna forma con la paternidad (p. ej., un presunto padre que no fué llamado como testigo) (89).

La obligación de someterse a pruebas biológicas supone la participación necesaria del sujeto para hacer posible su práctica; además de ponerse a la disposición de los peritos y en el caso concreto de soportar la extracción de sangre (o la toma de radiografías), comprende la necesidad de contestar a preguntas con objetivo de esclarecimiento (90), así como la de restringir la propia libertad de movimientos cuando sea necesario en experiencias que duran algún tiempo (91).

La negativa a someterse a dichas pruebas no está basada en los fundamentos de las negativas de los testigos a declarar (92); ha de ser por causa justificada a juicio del Tribunal, que la apreciará libremente, teniendo en cuenta la objeción opuesta, su importancia y la de la prueba en el litigio de que se trate. Y la apreciación de los Tribunales alemanes en este punto es favorable a la práctica de las pruebas, como lo demuestra el hecho de que no consideren como motivo justificado de negativa el que la prueba pueda hacer trascender públicamente una acción deshonrosa o punible (93), como lo son la violación de un juramento o el adulterio de la madre (94), ni tampoco el parentesco de una de las partes (siendo cercano) (95). Las consideraciones de peligro para la salud (96) y de riesgo económico, profesional, social o cualquier otro, serán más o menos apreciables de acuerdo con la naturaleza de las operaciones técnicas que hayan de llevarse a efecto (97). Y, desde luego, el que opone un motivo de negativa, ha de probarlo (98).

Como particularidad del procedimiento probatorio que sea interesante desde el punto de vista procesal, está la posibilidad del Tribunal de aplazar la prueba de semejanza somático-hereditaria cuando no sea posible obtener resultados en el momento por causa de la corta edad del niño, habiendo necesidad de esperar a que alcance una determinada. Se

(88) Cfr. STEIN-JONAS, ob. cit., loc. ult. cit.

(89) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., vol. I, § 372, 3. B).

(90) La doctrina del Codice di Procedura civile italiano es la misma con respecto a la actuación del consultante técnico.

(91) Cfr. STEIN-JONAS, ob. cit., ap. al § 372, III.

(92) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., vol. I, § 372, 4).

(93) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., vol. I, obs. al § 372, 4).

(94) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., página 24c.

(95) Cfr. ROSENBERG, ob. cit., página 524.

(96) BAUMBACH considera que son motivo justificado de negativa.

Recuérdese, con respecto a Francia, cómo repelió el Tribunal Civil de Lille en su sentencia de 18 de marzo de 1947 tales objeciones en el caso de la prueba de grupos sanguíneos.

(97) Cfr. STEIN-JONAS, ob. cit. ap. al § 372, IV.

(98) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., obs. al 372, 4. B).

ven ejemplos de aplicación de esta doctrina en la Jurisprudencia austríaca. El efecto de tal aplazamiento es la paralización del proceso (99).

En cuanto a la apreciación de la prueba, ya hemos visto anteriormente que la de exclusión de la paternidad o maternidad es tan absoluta, que debe de producir la terminación inmediata del procedimiento por sentencia que declare tal exclusión en sus pronunciamientos con respecto al supuesto padre; así lo reconoció la doctrina alemana ya hace años (100).

La prueba ha de ser apreciada en cuanto a sus resultados, después de un cuidadoso examen y valoración de todas las circunstancias, es decir, teniendo en cuenta a todas las demás (101).

La admisión de pruebas biológicas en el proceso civil de paternidad origina una serie de problemas, algunos de los cuales no parece resuelto definitivamente.

Uno de ellos es el de determinar si la pretensión de declaración de la ascendencia es o no de estado civil o simplemente lo es declarativa ordinaria; y si se trata de una de ellas, si es admisible o no en la actualidad (102).

Y en segundo lugar, por ejemplo, se plantea el problema de si las situaciones jurídicas obtenidas por sentencias firmes en materia de estado y condición de las personas serán atacables cuando surja una nueva base probatoria por causa del progreso continuo de la investigación científica en tal campo. Por algún escritor se solicitaba la ampliación de la revisión para acoger tales casos, y aun la abolición de los plazos para promover tal medio de impugnación en estas materias (103).

La situación que en numerosas ocasiones se ha planteado a los Tribunales alemanes, es la siguiente: promovido un proceso de constitución de filiación, se dicta sentencia rechazando la demanda; esta sentencia queda firme. Posteriormente, al amparo de los progresos científicos de la prueba biológica, se promueve contra la misma persona una demanda declarativa del hecho de la paternidad, que prospera. ¿Será posible, sobre la base de tal sentencia, promover un re-

(99) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., página 269.

(100) Cfr. ROQUETTE, ob. cit., loc. cit., página 1556.

(101) Cfr. STEIN-JONAS, fasc. IV, ap. al 372, VI. Cfr. sobre el valor de tales pruebas BAUMBACH-LAUTERBACH, obs. prel. al 371, 3, C).

(102) Cfr. en torno a esta discusión y a la actual orientación jurisprudencial de los Tribunales alemanes: SCHÖNKE, *Die Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht seit dem Jahre 1946*, en DRZ., 1949, cuaderno núm. 20, VI, número 12, y cuaderno 22, VII, núm. 3 (págs. 461 y 515, respectivamente); BOSCH, *Die Feststellung des tatsächliche Vaterschaft (Zum Problem der "Abstammungsklage")* en DRZ., 1947, cuaderno núm. 6, pág. 177 y ss.; y *Comentario a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Constanza de 21 de marzo de 1946*, en DRZ., 1949, cuaderno núm. 6, pág. 195; MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit., pág. 458.

(103) Cfr. MAHN, ob. cit., loc. cit., pág. 825; FISCHER, *Das Verhältnis zwischen der Abstammungsklage und der Unterhaltungs klage uneheliche Kinder*, en DR., 1939, pág. 748 y ss.

curso de revisión contra el primer proceso? Los Tribunales alemanes han aceptado en general el principio de que las situaciones firmes no son atacables sobre la base de nuevos descubrimientos científicos (104); pero, no obstante, existen divergencias (105).

Exponer en este lugar la situación actual de estos problemas sería alargar este trabajo en méritos de una cuestión que sólo puede tener gran interés para nosotros desde el punto de vista de una futura legislación, que reformando el sistema procesal y material de la investigación de la paternidad o admitiendo las pruebas biológicas de perfeccionamiento progresivo diera lugar a tales problemas. Ya que actualmente pareciendo proscrita por nuestro Tribunal Supremo (como se verá infra), la prueba de carácter biológico, no cabe tal posibilidad de conflicto con referencia a aquélla.

Pero si en el futuro, como propugnamos, fuere introducida en el Ordenamiento Jurídico español la prueba biológica (106), a efectos de la investigación de la paternidad o maternidad, el legislador habría de tener en cuenta en estos puntos concretos los problemas a que su admisión da lugar y las soluciones que, a veces después de largas controversias, han dado los juristas de otros países, evidentemente familiarizados ya con esta especie de fuentes probatorias después de veinte años de tráfico judicial en que se las practica.

Hemos señalado estos problemas a fin de que el legislador considere que no todo es fácil cuando se quiere modernizar el edificio y máquina procesales; que no todo es susceptible de ser despachado en unas pocas sesiones de una Comisión, especialmente aquello que toca a la constitución de la familia. En ningún caso sería admisible en este campo una Ley tan evidentemente defectuosa, como por ejemplo, la de Arrendamientos Urbanos.

§ 8. Y para terminar con esta sumaria revista del Derecho comparado, examinemos lo referente al Derecho y doctrina canónicos.

El canon 1.115 del Codex, § 1.º, dice que "Pater est quem iustae nuptiae desnostrant nisi evidentibus argumentis contrarium probetur";

(104) Cfr. p. ej.: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1940, del Tribunal de Primera Instancia de Göttingen, de 25 de octubre de 1939.

(105) Cfr. como bibliografía sobre tan espinoso asunto (espinoso por ser acusada la solución favorable a la revisión de influencia nacional-socialista) los trabajos de MAHN y FISCHER, ya cit. en nota 78; KÜCHLER, *Stent die rechtskräftige Abweisung einer Ehelichkeitsanfechtungsklage oder die rechtskräftige Feststellung einer neuen Klage unter Benutzung der erbbiologischen Abstammungsprüfung entgegen*, en DR., 1939, pág. 40 y ss., con conclusión favorable a tal pretensión, con razonamientos impregnados de matices políticos. Citas jurisprudenciales numerosas pueden encontrarse en DR., índice alfabético ("Abstammung"); cfr. también SCHÖNKE, en sus obras cit., y esp., *Zivilprozessrecht*, cit., pág. 375, así como también en *Die Rechtsprechung*, cit., lic. cit.: ROSENBERG, ob. cit., pág. 711; WOLFF, ob. cit., pág. 375.

(106) En un proyecto de Ley sobre investigación de la paternidad redactado por la Comisión Asesora de Justicia en 1932, se daba entrada a la prueba de grupos sanguíneos (Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, notas a la traducción española del *Sistema de Derecho Procesal civil*, de CARNELUTTI, t. IV, página 309.

y en el § 2.º determina que "Legitimi praesumantur filii qui nati sunt sa'tem post sex menses a die celebrati matrimonii, vel intra decem menses a die dissolutae vitae coniugalis". Es decir, se trata de la presunción que nuestro Código civil incluye en el art. 108, párrafo 1.º

Pues bien, la moderna doctrina canónica comienza a estimar que no hay inconveniente de que la prueba de grupos sanguíneos constituya uno de los "evidentibus argumentis" que desvirtúen la referida presunción juris tantum (107). Por ello, GARCÍA BERBERENA estima que el Juez eclesiástico y el Superior deberán de aceptar, a efectos canónicos, una legitimidad o ilegitimidad resultante de una sentencia civil, apoyada a su vez en una investigación de los grupos sanguíneos (108) aunque en el fuero canónico no hayan de ser frecuentes los casos de aplicación del nuevo método probatorio (109).

§ 9. A la admisión de las pruebas biológicas se han ido oponiendo, poco a poco, ciertos inconvenientes de tipo técnico y aun psicológico. Veámoslos.

En primer lugar, apenas comenzó a utilizarse la fuente probatoria del conocimiento y comparación biológica de las personas, surgió el inconveniente (derivado de un derecho material y formal que no había pensado en tales posibilidades), de inexistencia de medios legales para vencer la resistencia de los sujetos a someterse a la misma; muestra de ello, nos la da la Jurisprudencia alemana anterior al año 1938 (110). En este país, la dificultad fué orillada por la Ley de 12 de abril de 1938, que como ya vimos, hizo obligatoria la sumisión a la prueba citada. Y el Tribunal Civil francés de Lille, en su Sentencia, repetidamente citada, de 18 de marzo de 1947, encontrando en el Ordenamiento Jurídico mayores obstáculos que los Tribunales alemanes en el suyo, supo cómo pasar sobre tal dificultad, venciendo la resistencia de la parte en beneficio de la investigación de los grupos sanguíneos (111).

Otro inconveniente—ya obviado actualmente en Alemania, si bien de modo algo discutible (112)—es la falta de fe de los jueces en los resultados de tales pruebas, por ser legos en biología (113), es decir, por prejuicios derivados de falta de formación o de evolución en sus ideas; este inconveniente sólo se puede remediar eficazmente median-

(107) Cfr. GARCÍA BERBERENA, *La investigación de la paternidad por el examen de los grupos sanguíneos y el Canon* 1.115, en REDC, año III, 1949, número de septiembre-diciembre, página 997 y ss.

(108) Cfr. GARCÍA BERBERENA, ob. cit. página 1006.

(109) Cfr. GARCÍA BERBERENA, ob. cit., página 1008.

(110) Cfr., p. ej., en la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Göttingen el 25 de octubre de 1939, con referencia a dos procesos anteriores (uno sobre la paternidad; otro, de alimentos); DR., 1939, página 208.

(111) Cfr. LAGARDE, en Rev. Trim. Dr. C., 1947, pág. 317.

(112) Cfr. supra, y STEIN-JONAS, ob. cit., observaciones preliminares al Tit. VI (Reconocimiento judicial), III, b); SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, cit., página 239; DR., 1944, pág. 809 (Jurisprudencia del Tribunal Supremo).

(113) Cfr. arg. en LAGARDE, *Comentarios jurisprudenciales* en Rev. Trim. Dr. C., 1948, pág. 80 y s.

te una adecuada formación de los jueces, haciéndoles comprender, a pesar de no ser expertos en genética ni en biología, la seriedad de tales pruebas y la realidad de los resultados exclusivos de las mismas, por lo menos.

Derivado en parte del anterior, se suscita también el problema de si el Juez habrá de estar o no vinculado al dictamen de los peritos, dado como resultado de sus investigaciones biológicas; de quedar vinculado, realmente los peritos pasarían a ser los verdaderos jueces (114).

Otra dificultad que se oponía frente a la admisibilidad de la prueba de investigación somático-hereditaria en concreto, era la de la necesidad de esperar a veces mucho tiempo para que fuera posible su práctica, por causa de la corta edad del hijo (115).

También se opuso, frente a la prueba de grupos sanguíneos, el inconveniente que suponía la necesidad de hacer comparecer a los cuatro sometidos a investigación simultáneamente ante el perito o peritos (116).

Y por último, se oponía el inconveniente del coste de dichas pruebas experimentales. Desde luego, elevado (117); en muchas ocasiones (y sobre todo, tratándose de procesos sobre alimentos), desproporcionado con la cuantía de las demandas; y con el resultado más decepcionante en muchos casos (118). Por todo ello, aun hoy día son bastantes los jueces que se pronuncian contra la admisibilidad de tales pruebas (119).

Pero enfrente de tantos inconvenientes, no es posible ocultar ni

(114) Indicio del papel que los peritos forzosamente deben de jugar en la prueba biológica es la posición adoptada por el NSDAP. con directrices impregnadas naturalmente, de un sentido político y racial que en otro lugar hemos calificado (Cfr. nuestro trabajo *La Jurisdicción civil y su ejercicio en la Alemania ocupada*, cit. en el parágrafo 1). Técnicamente, alguna de estas directrices es estimable; así, p. ej., la que dice que los peritos deberán evitar en sus dictámenes palabras o expresiones que muevan a duda como "seguro", "verosímil"; han de dar su propio juicio con toda claridad; también se añadía que el Juez no debería basar su resolución únicamente en el dictamen médico, sino en todos los indicios (Sobre ello, cfr. RECHE, ob. cit., loc. cit., pág. 1608; y planteando tales problemas, FRANTZ, *Die neue Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Ehelichkeitsanfechtung*, en DR. 1940, página 1553.

(115) Cfr. ROQUETTE: *Die Rechtsstellung des Staatsanwaltes bei der Anfechtung der Ehelichkeit*, en DR., 1940, pág. 1558.

(116) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit.

(117) Unos 80 Deutsche Marken en total, por los cuatro sujetos la investigación de grupos sanguíneos. (Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit.)

(118) Cfr. arg. MEYERHOFF, ob. cit.; KINDLER: *Die Vaterschaftsvermutung*, cit., loc. cit., pág. 220. Dice este autor en contra de la prueba de grupos sanguíneos que solamente en muy pocos casos sirve para excluir la paternidad y sólo cuando se trata de dos hombres, pero no de más; dudando mucho de la efectividad de las pruebas somático hereditarias.

Por su parte, los Tribunales franceses siguieron hace años en parte una tendencia negativa frente a las proposiciones de prueba biológica (cfr. supra) y BEQUIGNON-LAGARDE, en Rev. Trim. Dr. C., 1940-41, pág. 36.

(119) Cfr. KINDLER, ob. cit., loc. cit.

desvirtuar la enorme importancia que tienen las pruebas biológicas en cuanto que pueden contribuir en cierto número de casos, en porcentaje que crece con enorme rapidez conforme se perfeccionan las investigaciones científicas sobre la materia (120), a sustituir el juego de las presunciones tan dudoso e injustificado, basándose en indicios de fácil confusión (121).

Estas pruebas tienen la ventaja de dar un resultado objetivo, claro, sin posibilidad de error en cuanto a matices, siempre que tal resultado sea el de exclusión de la paternidad por falta de coincidencia de los grupos sanguíneos o de los caracteres dominantes entre el hijo y los supuestos padre o madre. Tal resultado no está a merced de la apreciación lógica—o ilógica—de matices subjetivables y difíciles, ni de la posible mala fe de las partes o de terceros.

Especialmente refiriéndonos a la de grupos sanguíneos, tiene la ventaja de la pervivencia e inmutabilidad de los mismos, lo cual, si es importante desde el punto de vista médico (122) también lo es desde el jurídico (123), pues hace posible la prueba de hechos cuando otras fuentes probatorias ya se han agotado o periclitado (124); no es peligrosa (125), ni difícil (126), ni molesta (127), en general; sus posibilidades de éxito, como ya vimos, son grandes, no sólo intrínsecamente, cuando hay dos hombres conocidos entre los cuales se desarrolla la duda sobre la paternidad (128), sino también para relacionarla con los resultados obtenidos a través de otras fuentes probatorias y llegar al resultado de conocer por medio de aquélla, practicada en primer lugar, si no la identidad, sí al menos la existencia de otro hombre como padre; comprobación que podrá completarse poniendo en acción otros medios de investigación probatorias (129). En cualquier litigio en que se trate de demostrar que una persona a quien se achaca relación paternal o maternal con un hijo determinado, no lo es, lo más

(120) Ya vimos anteriormente que el incremento de tal porcentaje es muy rápido; en veinticinco años, ha pasado de un 10 al 15 por 100 a un 40 a 50 por 100 (cfr. MOUREAU, ob. cit., pág. 154).

(121) Sobre la importancia de tales pruebas biológicas, y desde luego además de la bibl. cit., cfr., p. ej., WUSSOW: *Die Anfechtung der Ehelichkeit nach § 1594, BGB in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, en DR., 1940, páginas 1989 y ss.; GORPHE, ob. cit., págs. 313 y ss.

(122) Cfr. MOUREAU, ob. cit., pág. 136; BRENLLA, ob. cit., págs. 226 y ss.

(123) El gran interés de estas pruebas residen en los casos en que la pretensión se interpone cuando el hijo tiene ya una edad avanzada; pues no son perecibles, en tanto que otras pruebas o indicios probatorios (como p. ej., la de la mala conducta de la madre en la época de la concepción) lo son (cfr. LAGARDE, comentarios jurisprudenciales en Rev. Trim. Dr. C., 1938, págs. 30 y s.).

(124) Cfr. la nota anterior.

(125) Cfr. LAGARDE, com. jurisp. últ. cit.

(126) Cfr. Sentencia del Tribunal civil de Lille de 18 de marzo de 1947; ROSENBERG: *Lehrbuch*, cit., pág. 523.

(127) Cfr. ROSENBERG, ob. cit., loc. cit.

(128) Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 4 de enero de 1940, en DR., 1940, pág. 543.

(129) Cfr. LAGARDE, com. jurisp. en loc. últ. cit.

apropiado será recurrir a este género de pruebas, de eficacia objetiva creciente.

En cuanto al inconveniente opuesto a la prueba de semejanza somático-hereditaria, de haber en ocasiones la necesidad de aplazarla—y con ello de interrumpir el proceso—hasta que el hijo adquiriera una determinada edad (dos, tres años), queda eliminado en la de comparación de las espinas dorsales, ya que es posible practicarla en niños de corta edad (130), y tampoco se da, por lo general, en la de grupos sanguíneos (131). Igualmente desaparece ante la prueba comparativa de las espinas dorsales la objeción de haber de comparecer los cuatro sujetos simultáneamente ante los peritos, ya que para tal prueba es suficiente que se hagan tres radiografías (al menos) a cada sujeto independientemente (132); en cuanto a su carestía, dice, MEYERHOFF ser muy poco mayor que la de la determinación de los grupos sanguíneos (133).

Más gravedad tienen el inconveniente de la falta de confianza que los jueces puedan tener en la prueba; ello deriva de una falta de conocimiento de la seriedad y trascendencia de dichas pruebas; falta que debe desaparecer ofreciendo al Juez contactos tanto legales (peritos) como extralegales (hombres de ciencia especializados) que demuestren las técnicas y sus resultados estadísticos (134).

La vinculación o no del Juez al dictamen pericial también es una cuestión de importancia. Ha de tenerse en cuenta que la doctrina construye hoy la figura jurídica del perito como auxiliar del Juez; considérese además que en un gran porcentaje de casos (cada vez mayor) suministrará aquél un dictamen científicamente razonado de exclusión absoluta de la paternidad; forzoso es ligar al Juez, o por lo menos impedirle que extraiga de fundamentos parciales del dictamen combinados con otras pruebas consecuencias globalmente diferentes de aquellas a que el perito llegó en resumen.

Con ello la función judicial queda incrementada de una delicada labor, pero se le suministra a la vez una buena arma probatoria.

Otra cuestión es la de la preparación necesaria de un buen núcleo de peritos especializados en las pruebas biológicas; su antecedente necesario es la creación de centros de investigación que los preparen en número suficiente y en los cuales pueda llevarse a cabo la prueba sin merma de la economía procesal, ni en lo posible, de las particulares de los interesados. Todo ello es cuestión de técnica y de que el Estado destine, antes que a otros gastos, a estas necesidades primordiales de justicia cantidades suficientes para proveer a todo.

(130) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., pág. 458.

(131) Cfr. MEYERHOFF, arg. loc. cit., y nota núm. 94.

(132) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit.

(133) Cfr. MEYERHOFF, loc. cit. El coste de esta prueba: de 12 a 13 radiografías entre los cuatro sujetos, es de unos 100 DM.

(134) Algunos de los autores citados en este trabajo desempeñan puestos de Magistrados; destaca como convincente la opinión de GORPHE, aplicando un Ordenamiento Jurídico nada favorable a las admisibilidades de aquellas.

Ahora bien, es cuestión primordial la de no poner en marcha el mecanismo de estas pruebas sin tener plena preparación tanto científica como jurídica (legislativa). Se debe de cuidar mucho en la elaboración de las normas que pudieran introducirlas. Aquí se han bocetado algunos de los problemas que suscitan; pero hay muchos e importantes. Solamente el que promueve el choque de la cosa juzgada anterior con la plena demostración científica de su injusticia al amparo de estas nuevas fuentes probatorias nos lleva de nuevo al problema de la esencia jurídica de aquélla, en cuya doctrina es posible que tales innovaciones promuevan nuevas tendencias.

§ 10. Ya dijimos al comenzar esta exposición que la legislación española es de admisión muy restringida en cuanto a la investigación de la paternidad y que la jurisprudencia sigue sus pasos. No nos referimos, p. ej., a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1886 (“el parecido o semejanza de señales en el cuerpo entre el hijo y el supuesto padre no es signo de paternidad, ni es pertinente una prueba de reconocimiento que tienda a verificar esos puntos”), ya que en tal época todavía no eran conocidas las tangibles pruebas biológicas; pero hace poco el referido alto Tribunal, tratando de un caso en que se alegó imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en la época de la concepción, dijo que “no cabrá conceder (valor probatorio) a las (pruebas) de carácter biológico por ser contrarias al criterio que preside la fijación de las presunciones adoptadas por el legislador”. Este respeto cierra un amplio campo de aplicación a las fuentes de pruebas biológicas.

Pero quedan otros puntos en que nuestro Código civil no se muestra tan impermeable a la prueba de la ascendencia; así se ve en la sentencia dictada por el mismo Tribunal Supremo el 5 de febrero de 1949, con relación a la declaración de la filiación natural: “Entendiendo —dice— que la investigación de la paternidad, como distinta del reconocimiento a que se refiere el artículo 135 del C. c., admite toda clase de pruebas...”

Cierto es que se trataba de un caso en que el supuesto padre había muerto y que para nada se aludió a ninguna prueba biológica; pero habiéndose admitido ampliamente la documental y, también se deduce de la sentencia, la testifical, es evidente que en casos análogos podría admitirse la de reconocimiento pericial. ¿Cabe la prueba biológica por este portillo? Queda la pregunta sin responder.

Con ocasión de dudas semejantes, GORPHE dice: “Se ha discutido sobre si este medio de prueba (y se refiere con ello a la de grupos sanguíneos) es compatible con las estrechas normas que regulan la materia en nuestra legislación, tanto para la admisibilidad de la acción como a efectos probatorios. Pero siempre que se encuentran casos en que la investigación de la paternidad es admitida y la prueba puede ser llevada a cabo con libertad no se ve la razón por la que no se podría recurrir a presunciones de tal especie (135).

(135) Cfr. GORPHE, ob. cit., págs. 314 y ss.

No es posible pensar que el derecho aplicado por los Tribunales continúe inmutable ante el progreso científico; se hace, por otra parte, preciso adherirse a la tendencia que preconiza la obtención de la verdad material y no simplemente formal o restringida en los procesos sobre la condición de las personas, y para ello nada mejor que admitir la práctica de pruebas biológicas; aún más, hacerlas exigibles siempre que mediante ellas pueda llegarse o coadyuven a llegar al resultado deseado.

La jurisprudencia francesa, luchando con toda clase de dificultades, nos marca la pauta; es preciso acometer resueltamente el problema de la investigación de la paternidad, revisando los textos legales vigentes.

No nos permitimos en este lugar exponer una serie de posibles ideas sobre lo que debieran ser las nuevas normas legales en relación con la prueba biológica de la ascendencia; nos contentamos con poner de manifiesto la importancia que hoy día concede el mundo jurídico a tal fuente de prueba indirecta. Asimismo exponemos nuestra opinión de que, siempre previa consulta de los especialistas, tanto médicos como juristas, el legislador, en el futuro, debe contar siempre con ella como medio para sustituir a mecanismos probatorios que en cuanto a resultados objetivos incontrovertibles han pasado hoy día a estar muy por detrás de los tipos biológicos, revisando si es preciso las líneas generales de la legislación vigente (136).

Dejando aparte la perentoriedad de que frecuentemente parece verse acometido el legislador español (no perentoriedad en el tiempo, sino en la tarea legislativa), la materia debe de ser profundamente estudiada sobre la base de la doctrina y jurisprudencia de los países que, evidentemente más adelantados que España en tal punto, están ya familiarizados con el manejo de las citadas fuentes probatorias.

Es decir, el legislador no deberá olvidar—a veces parece que ello ocurre—que existe, y se deben seguir sus normas, una técnica legislativa.

(36) CASTRO FÉREZ, en ob. cit., págs. 175 y c., da una serie de ideas sobre estas futuras normas legales; discrepamos en algunos extremos, que subordinan excesivamente la admisibilidad de tales pruebas.