

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 18 DE JULIO DE 2017 (460/2017)**

**La simple relación de conocimiento, junto a la
negativa del demandado a la prueba biológica,
permite determinar la paternidad**

Comentario a cargo de:
RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO
Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de La Rioja
Acreditada al cuerpo de Catedráticos de Universidad

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JULIO DE 2017

Roj: STS 2815/2017 - **ECLI:** ES:TS:2017:2815

ID CENDOJ: 28079119912017100020

PONENTE: EXCMO. SR. DON ANTONIO SALAS CARCELLER

Asunto: Valoración de la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica acordada judicialmente en un proceso de reclamación de la paternidad no matrimonial. La acreditación en el proceso de que la actora y el demandado se conocían en el tiempo en que la menor fue concebida, ya que ambos frecuentaban el mismo gimnasio, es un indicio suficiente, junto a la especial fuerza indiciaria reconocida por la jurisprudencia y la doctrina constitucional a dicha negativa, para declarar con certeza la paternidad.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1.** La intensidad probatoria de la negativa del demandado a someterse a la prueba de paternidad. **5.2.** Los supuestos dudosos o intermedios y la carga de la prueba. **5.3.** La valoración de los otros indicios

probatorios en los procesos de filiación. 5.4. La elusión del enunciado de una regla general. 5.5. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

La madre de una menor de 17 años interpuso acción de reclamación de la paternidad no matrimonial contra un hombre a quien afirmaba haber conocido en un gimnasio frecuentado por ambos. En la demanda relataba que habían mantenido una relación sentimental a lo largo de un año, fruto de la cual quedó embarazada. La oposición del demandado a que la actora siguiera adelante con el embarazo había deteriorado la relación, que concluyó cuando se negó a hacerse cargo de la menor. Pese a que la demandante le había comunicado luego la fecha programada para el parto, para que conociera a su hija, el demandado no había contestado. Sólo cuando la menor contaba con año y medio de edad, se la había presentado finalmente en la calle. Luego, con el paso de los años y ante las preguntas de la hija sobre su padre, la actora relataba que había tratado de contactar por teléfono con el demandado, llegando la propia menor a hablar con él. Como principio de prueba para la admisión de la demanda, se presentó una carta enviada por la Letrada de la actora al demandado, fotografías de la menor, el ofrecimiento de practicar en su momento una testifical concreta, así como la pericial biológica, y la solicitud de que las correspondientes compañías telefónicas enviaran la acreditación de las llamadas telefónicas y mensajes de *whatsapp* cruzados entre el domicilio de la demandante y su hija, el móvil de la primera y el del demandado.

Este se opone a la demanda: afirma que conoce desde hace muchos años a la demandante porque efectivamente acudían al mismo gimnasio, pero nunca ha sostenido una relación sentimental ni sexual con ella. Por ello, se opone también a la práctica de la prueba biológica solicitada por estimarla absurda y surrealista.

El Ministerio Fiscal también interesa la desestimación de la demanda.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de San Sebastián, en sentencia de 4 de abril de 2016, tras admitir la demanda y la petición de prueba biológica, que no llegó a practicarse ante la negativa del demandado, desestimó la pretensión de la actora y la condenó en costas.

3. Solución dada en apelación

La SAP Guipúzcoa (Sección 3ª) de 30 de junio de 2016, desestimando el recurso de apelación de la demandante, confirmó la sentencia del Juzgado, con imposición a la apelante de las costas de la segunda instancia.

Tras una larga transcripción de resoluciones judiciales del Tribunal Supremo relativas al valor que ha de darse a la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica, la Audiencia considera que no existen datos suficientes para tener por cierta una relación sentimental entre las partes que pudiera haber dado por fruto el nacimiento de la hija de la demandante. El fundamento de su fallo es la ausencia de fotografías u otros datos que pudieran evidenciar la convivencia o la existencia de viajes en común, y sólo únicamente el hecho de acudir al mismo gimnasio, lo que entiende insuficiente para inferir la existencia de un mínimo de prueba que pueda sumarse a la valoración del indicio que supone la negativa del demandado a someterse a la práctica de la prueba biológica.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

La actora interpuso recurso de casación por infracción de los arts. 14, 39 y 118 C.E., presentando la resolución impugnada interés casacional por vulnerar la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo. En relación con el art. 14 C.E., la recurrente sostiene que la sentencia impugnada atenta al derecho de su hija menor de edad a no ser discriminada, en cuanto impide de hecho la averiguación de su paternidad. Respecto al art. 39 CE, considera infringido el principio de protección integral de los hijos, fundamento del de investigación de la paternidad, ambos recogidos en dicho precepto constitucional. En el mismo sentido cita el art. 118 C.E., que al obligar a los ciudadanos a prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso, ha sido infringido por el demandado al negarse a la práctica de la prueba biológica. Finalmente, con cita de varias sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, denuncia la recurrente que la sentencia impugnada infringe la doctrina jurisprudencial según la cual la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas de paternidad, sin la presencia de causa justificada, es un indicio especialmente valioso o significativo que en unión a otras pruebas permite declarar la paternidad del demandado.

Tanto el demandado como el Ministerio Fiscal se opusieron a la estimación del recurso.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. La intensidad probatoria de la negativa del demandado a someterse a la prueba de paternidad

La STS 18 julio 2017 identifica el interés casacional del recurso, como vía de acceso a la casación, “en la necesidad de determinar la intensidad proba-

toria que ha de atribuirse al hecho de la negativa injustificada por parte del demandado a someterse a la prueba biológica, cuyo resultado está dotado prácticamente de certeza” (F.D. Tercero). Para cuyo análisis, que desarrolla seguidamente en el mismo F.D. de manera breve y sintética, parte de la siguiente afirmación: “Es cierto que resultaría abusiva la pretensión de que se someta a dicha prueba al demandado respecto del que no existiera indicio alguno de contacto con la madre en la época aproximada de la concepción, pero esto no sucede cuando está acreditado que tal relación existió y hay una probabilidad –incluso débil– de que efectivamente fuera cierta la paternidad que se le atribuye”. A partir ahí, la sentencia sintetiza la doctrina jurisprudencial compartida por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre el valor probatorio que ha de darse a la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica en los procesos de filiación.

Como es bien sabido, dicha valoración es una de las cuestiones que más pronunciamientos judiciales ha suscitado desde la reforma del Código civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, y sigue suscitándolos en la actualidad, sin que su contemplación legal expresa en la LEC de 2000 haya atenuado en modo alguno tamaña litigiosidad. Si las sentencias del Tribunal Supremo recaídas al respecto se cuentan por cientos, número que lógicamente multiplican las de las Audiencias Provinciales, también el Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse alrededor de una decena de ocasiones, estimando en no pocas de ellas los recursos de amparo presentados contra sentencias del Tribunal Supremo. Todo lo cual evidencia la conflictividad de la cuestión, obviamente clave en la resolución de un gran número de procesos de filiación.

Como punto de partida, ha de recordarse que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, éste a partir de la fundamental y ya lejana en el tiempo STC 7/1994, de 17 de enero, han ido construyendo sobre el tema una doctrina jurisprudencial pacífica y uniforme, cuyas conclusiones recibieron plasmación legal en el art. 767.4 LEC/2000, que establece: “La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios”. De hecho, lo pacífico y uniforme de esta jurisprudencia explica que sus términos se reiteren en cada nueva sentencia sobre la cuestión, que incorpora indefectiblemente una larga transcripción de la argumentación recogida en resoluciones previas. Ejemplo de ello ofrece la sentencia de la Audiencia cuyo recurso resuelve la sentencia aquí comentada, y la más reciente STS 8 marzo 2017, que se remite a su vez a la STS 28 mayo 2015, que hace lo propio con otras anteriores.

Sin embargo, este acuerdo unánime en la fundamentación o argumentación jurídica concurre con pronunciamientos judiciales muy diferentes a partir de situaciones de hecho prácticamente iguales. Y también de ello es ejemplo la sentencia objeto de este comentario: siendo la tercera vez que en el curso de siete meses el Tribunal Supremo se ocupa de la cuestión, y ante he-

chos prácticamente idénticos, sólo en ésta (la única plenaria) el fallo es favorable a la pretensión de la demandante. En las inmediatamente previas SSTS 17 enero 2017 (nº 18/2017) y 8 marzo 2017 (nº 162/2017), la paternidad no quedó determinada.

Tiene interés resaltar que en todos los supuestos enjuiciados en estas tres recientes sentencias es la madre quien reclama la paternidad extramatrimonial, negándose el demandado a la práctica de la prueba acordada por el juzgado. En los tres el objeto del proceso recae sobre el valor probatorio de dicha negativa injustificada, en unión de los otros indicios presentes en cada caso, para poder determinar la filiación reclamada. Y en los tres, la pretensión de la madre se rechaza en primera y segunda instancia, porque pese a ser un hecho incontrovertido la existencia de relación entre aquélla y el demandado, se consideran insuficientes los indicios para declarar la paternidad, por no estimarse cumplidamente probada la relación sentimental o sexual en el tiempo de la concepción. En el caso de la STS de 17 de enero, porque la existencia de relaciones sexuales entre demandante y demandado sólo resulta de la declaración de la primera, no corroborada por otros datos de testigos. En la de 8 de marzo, porque aun demostradas las relaciones entre las partes en tiempo anterior a la fecha estimada de la concepción, con denuncias entonces de malos tratos, no así que se mantuvieran hasta dicha fecha. Y en el caso de la sentencia objeto de este comentario, porque la Audiencia consideró no suficientemente probada la presencia de relación sentimental entre las partes, ante sus manifestaciones contrarias al respecto.

Además, los recursos de casación presentados respectivamente por las tres demandantes presentan idéntica motivación, para resultar estimado sólo en la sentencia plenaria aquí comentada de 18 de julio de 2017, que al declarar la paternidad del demandado afirma que no es necesario probar la relación sentimental ni sexual entre las partes, sino que basta “una simple relación de conocimiento de la que pudiera inferirse la posibilidad de la procreación”. Y así, a partir del dato acreditado en autos de que demandante y demandado acudían al mismo gimnasio en la época de la concepción, donde se comentaba que “estaban liados”, la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica permite al Tribunal hacer la declaración de paternidad “con plena certeza”.

Considerando que es la primera vez que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo se pronuncia sobre el valor probatorio de la negativa del demandado a la prueba de ADN, pese a lo reiterado del supuesto, y que tanto el sentido como los precedentes inmediatos del fallo conducen a reforzar sustancialmente el peso de dicha negativa, cabe vaticinar que esta sentencia marcará un hito en la evolución posterior de la jurisprudencia.

Ahora bien, es importante destacar que esta resolución no es en absoluto novedosa: ni en los argumentos jurídicos empleados, como ya he dicho invariables desde finales de los años ochenta en la jurisprudencia del Tribunal

Supremo y desde 1994 en la doctrina constitucional, ni en los indicios que se estima suficientes en concurrencia con la negativa a la prueba. Vamos a verlo.

5.2. *Los supuestos dudosos o intermedios y la carga de la prueba*

Como ya he mencionado, el Tribunal Supremo inicia su argumentación en la sentencia comentada señalando que la pretensión de someter al demandado a la prueba biológica cuando “no existiera indicio alguno de contacto con la madre en la época aproximada de la concepción” sería abusiva, pero no “cuando está acreditado que tal relación existió y hay una probabilidad –incluso débil– de que efectivamente fuera cierta la paternidad que se le atribuye”.

Seguidamente, con larga cita del F.D. 6 de la STC 7/1994, de 17 de enero, recuerda que es precisamente en los “supuestos dudosos o intermedios”, “donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola o abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad”, o “donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, donde la práctica de la prueba resulta esencial”. Y sigue transcribiendo el F.D. 6 de dicha trascendental sentencia, que en síntesis declara que una vez constatada por el órgano judicial dicha esencial pertinencia de la prueba, y acordada “la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso”, vulnera los arts. 24.1 14 y 39 C.E. que la negativa a la extracción de sangre “deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial”. Y que dada la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 C.E.), es a la parte que dispone de las fuentes de prueba a quien corresponde aportarla, “a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad”, sin que pueda exigirse de una parte una prueba diabólica so pena de indefensión. Y así, las dificultades puestas por quien tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte. Y continúa la cita con el último párrafo del mismo F.D. 6, que por su interés reproduzco aquí textualmente:

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

Esta larga transcripción de la STC 7/1994 en la STS 18 julio 2017 ilustra el modo en que jurisprudencia y doctrina han navegado en las procelosas aguas de la cuestión aquí debatida: acarreado citas con argumentaciones semejantes para justificar la llegada a un puerto al que no conducen indefectiblemente. Devenir montado, a mi modo de ver, sobre dos pilares. El primero, la declaración reiterada por el Tribunal Supremo de que la toma de muestras para la prueba de paternidad “no puede imponerse a una persona por la fuerza (), ya que dicha acción iría contra los derechos fundamentales a la integridad física y moral así como al de libertad de la persona” (entre otras muchas, SSTs 14 noviembre 1987, 21 mayo y 14 julio 1988, 14 mayo 1991 y 13 marzo 1998). Y el segundo, el *fallo* de dicha STC 7/1994, que en lugar de anular las tres sentencias de los Tribunales ordinarios y ordenar la práctica de la prueba biológica, salva la de la Audiencia porque su valoración de la prueba es respetuosa con los derechos constitucionales de las demandantes. Con tal fallo, el Tribunal Constitucional respaldó la doctrina que el Tribunal Supremo ya había asentado sobre el especial peso indiciario que, unido a otras pruebas, había de atribuirse a la negativa a la prueba biológica, para declarar en tal caso la paternidad.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional llegó a tal resultado a partir de una impecable y minuciosa argumentación donde describió los presupuestos y requisitos bajo los que el sometimiento a la prueba biológica en un proceso de filiación puede estimarse una obligación con diversas raíces constitucionales, que no vulnera ni el derecho a la integridad física ni a la intimidad, “cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación” (F.D. 2). De manera que toda la argumentación de la sentencia, incluida la negación de ese supuesto derecho a negarse a la prueba de paternidad, se dirigía aparentemente a legitimar la práctica judicial coactiva de la misma. Como ejemplo, puede leerse en el tercer párrafo del F.D. 7: “Sin desconocer la conveniencia –apreciada por los Tribunales de las distintas instancias– de una intervención legislativa específica que despeje las dudas al respecto, la legislación vigente, tanto penal como procesal, proporciona al Juez los medios suficientes para actuar con esa diligencia que le exige el mandato constitucional, y, por todo lo dicho, resulta imperativa su utilización”.

Esa contradicción fue denunciada *ab initio* por el voto particular del Magistrado CRUZ VILLALÓN, quien sostuvo que el fallo debería haber ordenado la práctica de la prueba. Y a esta tesis se adscribió parte de la doctrina, defendiendo la constitucionalidad de la medida en el seno de un proceso de filiación (así Rivero Hernández, Ocaña Rodríguez, Quesada González, vid. sus citas en Quesada González [2005], p. 565). Pero no es necesario decir que ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo han explorado esa senda en resoluciones posteriores. Como decía *supra*, ambos se han limitado a citarse respectivamente, consolidándose la doctrina jurisprudencial sobre el mero valor indiciario de la negativa a la prueba biológica, recogida luego en el art.

767.4 LEC. Con el insatisfactorio resultado ya señalado: catorce años después de esa trascendental sentencia constitucional, la cuestión mantiene invariada su frecuente conflictividad e incierto resultado.

Pues bien, y como no podía ser de otro modo, por ese mismo camino transita la sentencia objeto de este comentario, al enlazar la doctrina de la STC 7/1994 sobre el valor de la negativa del demandado a la práctica de la prueba de ADN con la del Tribunal Supremo, para señalar que “la jurisprudencia tiende a aumentar cada vez más el valor probatorio de dicha negativa”, con cita de varias de sus resoluciones. Lo que estima manifestación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria recogido en el art. 217.7 LEC, “que opera aquí con singular intensidad”, de modo que:

“no cabe primar la actuación de quien obstaculiza, sin razón justificada, la averiguación de la verdad teniendo a su alcance la posibilidad de facilitar a la otra parte y al tribunal la solución del problema litigioso, confiando por su parte en que la falta de certeza de la prueba aportada por la demandante le permita obviar la declaración de paternidad y el cumplimiento de su función y obligaciones paterno-filiales. Resulta contrario a elementales principios de justicia propiciar que estas conductas de negación puedan generalizarse privando al hijo de la posibilidad de obtener certeza sobre su filiación, dando efectividad a la negativa únicamente en aquellos casos en que la prueba resulta menos necesaria al existir elementos probatorios suficientes para deducir la paternidad del demandado”.

5.3. La valoración de los otros indicios probatorios en los procesos de filiación

Con esa argumentación, el Tribunal Supremo busca aligerar la fuerza de los otros indicios que han de acompañar a la negativa para poder declarar la filiación. Lo cual, como decía, no es nuevo ni como criterio de decisión ni en cuanto a la entidad de los hechos que se estiman suficientes. Me explico: la regla prevista en el art. 767.4 LEC y la jurisprudencia que lo motivó y aplica terminan ubicando el valor de la negativa del demandado en el inseguro campo de la valoración judicial de los indicios que la acompañan. De manera que la flagrante disparidad de decisiones ante los mismos o muy parecidos datos, según se encarga de poner de manifiesto la doctrina que ha analizado exhaustivamente las innumerables sentencias al respecto (vid. como ejemplos Busto Lago [2005], pp. 47-49, Quesada González [2005 y 2102], Ortega Reinoso [2015], Flores González [2017] y Quicios Molina [2014]), constituye un incentivo para la postura obstruccionista del demandado, porque siempre puede reportarle unos efectos favorables frente a la práctica certeza de la prueba biológica.

Por otra parte, ha de advertirse que esa valoración judicial de los indicios de la paternidad se ha producido ya en dos momentos procesales precedentes. Primeramente, el Juez ha debido valorar el principio de prueba aportado para la admisión de la demanda (arts. 764.2 y 439.5 LEC). Su ausencia identificaría

aquellos supuestos donde, por no existir indicio alguno de relación entre las partes, la práctica de la prueba biológica resultaría abusiva, frente a aquellos supuestos intermedios donde resulta esencial. En segundo lugar, admitida la demanda, el juez ha tenido que decidir sobre la pertinencia y utilidad de dicha prueba (arts. 283 y 339.5 LEC) solicitada por cualquiera de las partes o por el Ministerio Fiscal (art. 443.4 LEC), u ordenarla de oficio (arts. 339.5 y 752 LEC). En esos dos momentos, el demandado puede defender su oposición, primero a la admisión de la demanda, bien a través del recurso de apelación (art. 455), bien en la contestación de la demanda y el acto de la vista (arts. 405.3 y 443 LEC), y después a la admisión de la prueba, mediante recurso de reposición cuya desestimación le facultará para formular protesta al efecto de hacer valer su derecho en la segunda instancia (arts. 285, 445 y 446 LEC).

De manera que cuando en el momento de dictar sentencia el juez se encuentra con la obligación legal de valorar los indicios que acompañan a la negativa a la prueba, es la tercera vez que se enfrenta a dicha valoración. Ciertamente, ahora habrá concluido el período probatorio, que en la mayoría de los casos habrá procurado una mayor aportación de prueba. Pero, sea como fuere, la negativa del demandado habrá “condenado” el proceso a girar alrededor de unos indicios carentes de la “casi certeza” de la prueba biológica, exclusivamente por la voluntad renuente del demandado.

En este punto, y aunque nada se aluda expresamente al respecto en la sentencia comentada, tiene interés recordar que en la interpretación de lo que constituya un principio de prueba bastante para admitir la demanda, el Tribunal Supremo ha defendido desde el primer momento una interpretación denominada “espiritualista”, inspirada en la no obstrucción del derecho de acceso al proceso. En su virtud, ha estimado suficiente el mero relato de la demanda razonable, coherente, creíble o verosímil, sin aportación de otro documento o indicio más que el ofrecimiento de practicar prueba determinada en el momento precedente, incluso la biológica (en este sentido, por ejemplo: **STS 12 noviembre 1987 (RJ 8396)**, **STS 3 junio 1988 (RJ 4736)**, **STS 3 diciembre 1991 (RJ 8909)**, **STS 20 octubre 1993 (RJ 7752)**, **STS 18 julio 2000**). Si bien ulteriormente el Tribunal Supremo ha matizado tal doctrina, excluyendo que el ofrecimiento de practicar prueba biológica sea un principio de prueba bastante (así, **STS 1 febrero 2002**). Esta laxitud, predicable sobre todo en los casos como el que nos ocupa, donde es la madre quien demanda al padre (vid. en este sentido el análisis jurisprudencial aportado por Quicios Molina [2014], p. 216), ha sido en general criticada por la doctrina, por desnaturalizar el requisito (así De la Cámara, citado por Quicios Molina, quien añade nuevos argumentos [2014], p. 219 y Corona Quesada [2012], p. 191). Porque efectivamente, el peinado de la jurisprudencia demuestra que en ocasiones se llega a la desestimación de la acción porque el único indicio contra el demandado es su negativa a la práctica de la prueba biológica (por ejemplo, **SSTS 1 octubre 1999 y 26 marzo 2001**).

Lo cual demuestra que el primero de esos dos filtros previstos por el ordenamiento (y enfatizados por la STC 7/1994 en su F.D. 4) para garantizar que la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica acordada por un juez o Tribunal pueda calificarse de injustificada, no está funcionando. Si se aplicara dicho principio de prueba de forma no digo estricta, sino literal, razonable y ponderadamente, deberían admitirse las demandas que aportaran indicios bastantes para, junto a la posible negativa del demandado, declarar la paternidad. Lo cual beneficiaría tanto a la demandante, que en caso de inadmisión podría volver a proponer la demanda si consiguiera después indicios suficientes (en este sentido, Quesada González [2012], p. 191), como al demandado, colocándole desde el inicio del proceso ante el resultado previsible de la negativa a la prueba. Que, desde luego, desincentivaría.

Por el contrario, y como resultado de esa “espiritualización” en la interpretación del principio de prueba, sumada a la general pertinencia de la biológica en estos procesos, es la determinación misma de la filiación la que pende de la revelación, ya a lo largo de todo el proceso, de *otros* indicios que se estimen por el juzgador suficientes para aportar certeza a la paternidad.

Lo cual sume la cuestión en el casuismo e inseguridad que relataba al inicio, a los que no se sustrae la sentencia comentada. Y así, recriminando a la Audiencia no considerar acreditada la relación sentimental entre las partes ante la existencia de versiones contradictorias, recuerda que es de esencia a la función judicial “valorar la contradicción entre las versiones sostenidas por las partes, teniendo muy en cuenta cuál de ellas resulta ser la más interesada y, por tanto, menos digna de crédito”. Y advirtiendo además que no es necesario probar la existencia de relación sentimental entre las partes, “pues basta una simple relación de conocimiento de la que pudiera inferirse la posibilidad de la procreación en atención a datos como los que concurren en el caso presente, al estar acreditado que la demandante y el demandado se conocían porque frecuentaban el mismo gimnasio –en la época aproximada de la concepción de la hija de la demandante– donde se relacionaban, a lo que hay que añadir que el titular del establecimiento declaró que, según comentarios, estaban *liados*”, considera que tales circunstancias, unidas a la negativa del demandado a la práctica de la prueba permiten declarar la paternidad “con plena certeza”.

Pues bien, si en una lectura individual es obvia la conclusión de que esta sentencia plenaria parece inaugurar un fortalecimiento del valor de la negativa a la prueba, al atenuar la relevancia de los otros indicios –mero conocimiento, declaraciones contradictorias sobre su relación–, el examen de sentencias precedentes demuestra que ni siquiera en ello la STS 18 julio 2017 es novedosa. Por ejemplo, en la STS 26 septiembre 2000, tras un detenido relato sobre la evolución experimentada por la jurisprudencia sobre la cuestión, se advierte que no puede exigirse una cumplida prueba de la relación sexual entre las partes para otorgar valor probatorio a la negativa injustificada del demandado, sino que basta con ofrecer al tribunal “la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción”. Y en la STS 1 julio 2003 se afirma que basta

para ello con el mero conocimiento entre las partes, probado por unas fotografías donde la demandante aparecía en el dormitorio del demandado.

Más aún: en la STS 27 diciembre 2001, 1039, también contra el criterio de la Audiencia, el Tribunal Supremo estimó suficiente la acreditación del conocimiento entre las partes, aunque no una relación íntima o afectiva entre ellas. Esta sentencia fue anulada por la STC 118/2006, de 24 de abril, por motivación irrazonable y vulneración del art. 14, al entender el Tribunal Constitucional que el Supremo había declarado la filiación con el exclusivo apoyo de la negativa del demandado. Pues bien, cuando el Tribunal Supremo se pronunció de nuevo sobre el caso, en la ejemplar, por su exquisita fundamentación, STS 27 febrero 2007 (1868, Ponente Xiol Ríos), reiteró la declaración de paternidad, al valorar los indicios presentes en el caso suficientes para probar la existencia de relaciones sentimentales e íntimas entre las partes, contra el criterio de las dos instancias. El Tribunal Supremo valora la relación laboral entre las partes, la declaración como improcedente del despido de la actora por el demandado tras su embarazo, las declaraciones de testigos que les habían visto juntos frecuentemente y en actitud cariñosa, los telegramas enviados por la actora dando noticia al demandado del nacimiento y bautizo de su hijo, para considerar verosímil, en términos de razonabilidad, la existencia de relaciones sexuales entre las partes en el tiempo de la concepción.

De manera que esa tendencia a aligerar el peso de los otros indicios no es nueva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si acaso, la sentencia objeto de este comentario fortalece una tendencia ya presente que no exige la prueba de la existencia de una relación sentimental, para fijar el foco en la mera *posibilidad* de mantener una relación sexual, anudada al simple conocimiento de las partes.

5.4. *La elusión del enunciado de una regla general*

La sentencia hubiera sido realmente novedosa si hubiera seguido el criterio apuntado en su inmediato antecedente: el voto particular que su ponente, el Magistrado Salas Carceller, formuló al fallo de la STS 17 enero 2017. En él se anticipa toda la argumentación asumida por el Pleno en la sentencia de 18 de julio. Discrepando sólo con el resultado alcanzado en el fallo y no con su fundamentación jurídica, dicho voto observa que:

“no cabe sentar doctrina con eficacia general a raíz del presente caso pues se trata de valorar, en cada supuesto, la suficiencia de los indicios que han de sumarse a la negativa del demandado a someterse a la prueba de paternidad. Lo anterior salvo que la sala hubiera estimado oportuno sentar como regla general que, salvo contadas excepciones, el hecho de negarse a la prueba biológica cuando está acreditada la relación del presunto padre con la madre en las fechas en que debió tener lugar la concepción, constituye indicio suficiente para declarar la paternidad; conclusión que considero la más acertada y generadora de mayor seguridad jurídica”.

El voto defiende que debería haberse estimado el recurso por infracción procesal, ya que la acreditación de la relación entre las partes, que se conocieron y salieron juntos varias veces durante el tiempo de la concepción, debería haberse estimado indicio suficiente, junto a la negativa a la prueba, para la determinación de la paternidad.

Pues bien, tampoco la STS de 18 de julio sienta dicha regla general, lo que insisto en que sí la hubiera convertido en una sentencia realmente novedosa. Y si el resultado ha de aplaudirse, por la solidez de los argumentos relativos a la calificación y consecuencias que ha de reportar la negativa a la prueba del demandado, no termina de satisfacer porque no extrae este trascendental tema de la relatada inseguridad y diversidad de criterios frente a parecidas conductas. La trascendencia de la cuestión debatida, su carácter de orden público, los derechos de interés público implicados, la indisponibilidad del estado civil, la protección del hijo y por ende la asunción de la responsabilidad paterna piden a gritos la formulación de una regla general que extraiga estos procesos del discutible, subjetivo e incierto mundo de la valoración de los indicios que pueden hacer más o menos posible un encuentro sexual. Sin lugar a dudas, la realidad social y por ende las costumbres al respecto en modo alguno apoyan que tal encuentro sólo quepa en el seno de una relación sentimental, aún muy breve, sino que puede enmarcarse en un mero conocimiento o incluso en un simple contacto esporádico, sólo conocido por las partes. El deber constitucional de colaborar con los Tribunales (art. 118 CE), las normas sobre carga de la prueba y la interdicción de indefensión impiden beneficiar la conducta de quien se opone a una prueba mínimamente invasiva y cuya práctica asegura la revelación del objeto del proceso: la relación biológica con el demandado.

Por el contrario, permitir que la negativa del demandado a la prueba reconduzca el objeto del proceso al terreno de la posibilidad del contacto sexual entre las partes implica otorgar a la voluntad un papel del que carece en sede de filiación. Porque es importante destacar que la determinación de la paternidad no es una sanción, es una consecuencia legal unida al hecho de la generación. Los derechos del hijo surgen del principio de responsabilidad paterna (o materna, claro) y no dependen de la voluntad del progenitor. Por ello resulta tan injusto que la conducta obstruccionista del demandado impida decidir con total certeza una cuestión como la filiación. Máxime considerando que, no sólo la prueba de paternidad ordenada en un proceso no implica vulneración del derecho a la integridad corporal, a la intimidad ni a la libertad, sino que, como dice la STS 18 de julio 2017 en el último párrafo de su Fundamento de Derecho Tercero:

“A todo lo anterior es preciso añadir que hoy día ya no resulta imprescindible la extracción de sangre para la práctica de la prueba, pues los avances científicos permiten obtener con total fiabilidad las muestras necesarias para ello de forma absolutamente indolora, bastando una muestra del ADN de ambos (posible padre, e hijo) mediante la obtención de las cé-

lulas epiteliales de la mucosa oral, siendo suficientes incluso las muestras derivadas de manchas de sangre o sudor; uñas cortadas, cepillo de dientes, chicles, dientes de leche o pelos arrancados de raíz, entre otros medios”.

Esto es, con los adelantos científicos actuales, la posibilidad de que la práctica de esta prueba pueda comportar “un gravísimo quebranto para la salud del demandado”, está más que desechada. Lo que excluye una de las dos causas que según la STC 7/1994 haría justificada su negativa. A mi entender, estas palabras del Tribunal Supremo refuerzan el valor indiciario de tal negativa del demandado. En palabras de la STS 27 febrero 2007: “La virtualidad que debe otorgarse a los indicios que puedan confluír con la negativa a la práctica de la prueba biológica, depende del grado de relevancia indiciaria que deba atribuirse a ésta”. Si en la sentencia objeto de este comentario se aligera la entidad de los indicios que puedan hacer verosímil o razonable el encuentro sexual entre las partes, es porque el desarrollo científico de la prueba de ADN, en su certeza y en sus requerimientos fácticos, refuerza el peso que ha de atribuirse a la negativa del demandado.

Con la vigente legislación y doctrina constitucional, tal parece ser la mayor contundencia posible sin hollar terrenos polémicos. No parece aventurado deducir la falta de acuerdo en el Tribunal Supremo para enunciar la expuesta regla general defendida previamente por el ponente de la STS 18 julio 2017 como más conforme con la seguridad jurídica. Probablemente, además de por conllevar una interpretación forzada del art. 767.4 LEC, por temor a una nueva estimación de un posible recurso de amparo. Resulta oportuno traer a colación aquí lo declarado por la STS 20 septiembre 2002 (8461):

“si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa a la prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que, unido a los indicios, permite declarar la filiación; si la prueba es más endeble, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama filiación. Lo cual debe aplicarse al presente caso, para acoger el motivo segundo”.

Pues bien, como la comentada STS 18 julio 2017, esta sentencia también se apartó del criterio de las dos instancias para declarar la filiación. Y resultó anulada, de manera muy semejante a la expuesta *supra* STS 27 diciembre 2001, por la STC 29/2005, de 14 de febrero, que le imputó vulneración de los arts. 24 y 14 C.E. por falta e irrazonable motivación, al apartarse sin justificación de la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo al fundar la declaración de paternidad exclusivamente en la negativa del demandado a la prueba biológica. Ha de reconocerse que la fundamentación no es cuidadosa y elude toda ponderación sobre los indicios que acompañaron en el caso a la negativa a la prueba: basa la declaración, precisamente, en ese intento (mejorable) de enunciar una regla general sobre su valor. Final-

mente, cuando el asunto vuelve al Tribunal Supremo, la STS 7 diciembre 2005 (10182), precursora de la ya mencionada STS 27 febrero 2007, por cuanto su común ponente desarrolla en ambas similar argumentación, declara la paternidad con apoyo en indicios leves (el silencio del demandado ante el requerimiento notarial de la autora a hacerse cargo de sus obligaciones paternas, las frecuentes llamadas telefónicas de aquélla, la comunicación al demandado de su cambio de domicilio), precisamente por la relevancia que ha de atribuirse a la negativa a la prueba biológica:

“ofreciendo una especial relevancia como indicio la negativa a la práctica de la prueba biológica, al menos cuando, como ocurre en el presente caso, esta negativa no ha sido acompañada de ninguna razón que la justifique (pues el afectado arguyó motivos heterogéneos difícilmente admisibles), los demás indicios concurrentes no es exigible que generen una virtualidad probatoria plena por sí mismos, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado de las cosas, acreditado por la experiencia, para corroborar el indicio especialmente significado derivado de la negativa a la práctica de la prueba pericial biológica”.

Bastan estos significativos ejemplos para ilustrar que la sentencia comentada nada innova, persevera en la misma línea ya sostenida en resoluciones precedentes (por el contrario, considera que representa un vuelco en la jurisprudencia precedente Costas Rodal [2017]).

5.5. Conclusión

La STS 18 julio 2017 refuerza el valor de indicio especialmente cualificado que la jurisprudencia ordinaria y la doctrina constitucional llevan décadas atribuyendo a la negativa del demandado a la prueba biológica. Con fundamento en las declaraciones unánimes y uniformes de esa consolidada y depurada jurisprudencia, aligera la virtualidad probatoria exigible a los indicios que deben acompañar a dicha negativa para poder declarar la paternidad, ubicándola en la mera posibilidad de procreación fundada en el simple conocimiento entre las partes, y no en la acreditación de una relación sentimental. Late en ello, además de la aplicación del Derecho conforme a la realidad social, el reproche a la conducta que priva de certeza al proceso, sin justificación alguna.

Sin embargo, si tanto la argumentación como el fallo merece un juicio favorable, la experiencia de décadas demuestra lo insatisfactorio de la solución, dado que incentiva esa conducta obstruccionista de la que cabe obtener unas consecuencias favorables al demandado, cuando los otros indicios se estimen insuficientes para declarar la filiación.

A mi juicio, toda la batería de argumentos reiterados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y expuestos a lo largo de este comentario permiten, al menos, enunciar fundadamente y sin vulnerar lo dispuesto en el art. 767.4 LEC una regla general sobre la negativa del demandado que, puesta en relación con el principio de prueba necesario para admitir la demanda pueda comportar la declaración de paternidad. La presencia de esos indicios que excluyen el carácter caprichoso, frívolo o arbitrario de la reclamación, además de justificar la admisión judicial de la prueba biológica, deben ser bastantes, en presencia de esa negativa, para declarar la filiación. Porque insistir en seguir cargando la prueba en los indicios que la acompañan no se cohonestan bien con la naturaleza de los intereses en juego, con los deberes constitucionales del demandado ni con las normas sobre la carga de la prueba. Por consiguiente, estimo que debería abordarse una reforma legislativa que formulara una regla semejante. O bien que, siguiendo el ejemplo de otros Derechos europeos, el español abordara legislativamente la posibilidad de imponer coactivamente al demandado, en un proceso de filiación, la práctica de la prueba biológica, con los presupuestos y requisitos fijados en la doctrina constitucional (en sentido, Quesada González [2012], pp. 171 ss.).

6. Bibliografía

- BUSTO LAGO, J.M. “Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 19, 2005, pp. 7-54.
- COSTAS RODAL, L. “Alcance de la negativa del demandado a someterse a prueba biológica en los procesos de reclamación de paternidad no matrimonial”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11/2017 (BIB 2017\43286).
- FLORES GONZÁLEZ, B. “La investigación biológica de la paternidad y su aplicación jurisprudencial”, *R.C.D.I.*, nº 763, 2017, pp. 2165-2216.
- ORTEGA REINOSO, G. “El análisis del ADN en los procesos civiles de filiación desde una perspectiva constitucional y jurisprudencial”, *Actualidad Civil*, nº 7, agosto 2015 (La Ley 4948/2015).
- PÉREZ CONESA, M.C. “Interés superior del menor y negativa a la prueba biológica en proceso de reclamación de paternidad. Voto particular. STS 17 enero 2017”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 4/2017 (BIB 2017\43286).
- QUESADA GONZÁLEZ, M.C. “La prueba del ADN en los procesos de filiación”, *A.D.C.*, vol. 58, 2005.2, pp. 493-594.
- *La determinación judicial de la filiación*, Barcelona, Bosch, 2012.
- QUICIOS MOLINA, S. *Determinación e impugnación de la filiación*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014.

